
Datum: 25.02.2005
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 155/04
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2005:0225.6U155.04.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 10 O 27/04

Tenor:

1.

Die Berufung der Beklagten gegen das am 06.07.2004 verkündete Urteil des Landgerichts Bonn – 10 O 27/04 – wird zurückgewiesen.

2.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die gegen sie gerichtete Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des zu vollstreckenden Kostenerstattungsbetrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

4.

Die Revision wird nicht zugelassen.

B E G R Ü N D U N G

- I. 2
- Bei dem Kläger handelt es sich um den Dachverband aller Verbraucherzentralen und verbraucher- und sozialorientierten Organisationen in Deutschland, zu dessen satzungsgemäßen Aufgaben u.a. die Wahrnehmung und Förderung von Verbraucherinteressen gehört. Die Beklagte ist das größte deutsche Unternehmen auf dem Gebiet der Telekommunikation. 3
- Mitarbeiter der Beklagten bzw. der in ihrem Auftrag handelnden Callcenter riefen zwischen Juni 2003 und Januar 2004 vier Privatpersonen (Fälle N., Q., O., G.) an, die über einen von der Beklagten bereitgestellten Telefonanschluss verfügen und insoweit in Geschäftsverbindung zu ihr stehen. In allen vier Fällen wurde den Kunden u.a. eine Umstellung ihrer bisherigen auf andere Tarife der Beklagten angeboten. Hinsichtlich eines fünften Telefonats (Fall R.) ist streitig, ob der Anruf von der Beklagten oder dem Kunden ausgegangen war und was Gegenstand des Gesprächs war. 4
- Der Kläger hält dies für wettbewerblich unlautere Telefonwerbung und nimmt die Beklagte auf Unterlassung in Anspruch. Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 06.07.2004, auf dessen tatsächliche Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergänzend Bezug genommen wird, antragsgemäß stattgegeben. Im Berufungsverfahren, mit dem die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter verfolgt, wiederholen und vertiefen beide Parteien ihren erstinstanzlichen Vortrag. 5
- II. 6
- Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat zutreffend festgestellt, dass es zumindest in zwei Fällen zu einer unverlangten telefonischen Kontaktaufnahme der Beklagten mit Privatpersonen gekommen ist, welche sich als wettbewerbswidrige Telefonwerbung darstellt und folglich zu unterlassen ist. 7
1. 8
- Nach der zu § 1 UWG a.F. entwickelten ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist Telefonwerbung gegenüber Privatpersonen grundsätzlich unzulässig und nur ausnahmsweise dann nicht, wenn der Angerufene zuvor ausdrücklich oder stillschweigend sein Einverständnis erteilt hat (vgl. zuletzt BGH GRUR 2004, 517 – E-Mail-Werbung sowie die weiteren Nachweise bei Köhler/Piper, UWG, 3. Auf., § 1 Rn. 143). Hieran hat sich durch die Gesetzesnovellierung nichts geändert, welche den fraglichen Wettbewerbsverstoß nunmehr in § 7 Abs. 2 Nr. 2, 1. Alt. UWG ausdrücklich regelt. 9
- Der Senat vermag der von der Beklagten vertretenen Ansicht nicht zu folgen, dass diese nationale Regelung in Widerspruch zu gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben stehe. Soweit das deutsche Verbot darauf abhebt, dass es an einer Einwilligung der Verbraucher fehlt, steht dies vielmehr in Einklang mit den Regelungen über die Telefonwerbung in Art. 10 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG vom 20.05.1997. Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie sieht die vorherige Zustimmung des Verbrauchers zwar nur in im Streitfall unzweifelhaft nicht berührten Fällen vor. Nach den gemeinschaftsrechtlichen Regelungen des § 10 Abs. 2 käme es deshalb im Streitfall nicht auf ein vorheriges Einverständnis der Verbraucher, sondern ausschließlich darauf an, ob der Verbraucher die telefonische Werbung offenkundig abgelehnt hat. Indes hat das Landgericht zu Recht festgestellt, dass es sich bei diesen Vorschriften nur um den 10

mindestens vorauszusetzenden Verbraucherschutz handelt und die Mitgliedstaaten nach Maßgabe des Art. 14 Satz 1 der Richtlinie berechtigt sind, strengere Regeln zu erlassen oder aufrechtzuerhalten. Diese Mindestschutzklausel und im Übrigen auch die Regelungen des Art. 10 der Richtlinie, soweit im Streitfall einschlägig, haben durch die Finanzdienstleistungsfernabsatzrichtlinie 2002/65/EG vom 23.09.2002 keine Veränderung erfahren (vgl. auch Harte/Henning/Ubber, UWG, § 7 Rn. 119). Soweit die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 1 UWG a.F. sowie der nunmehr eingefügte § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG strengere Maßstäbe anlegen als gemeinschaftsrechtlich vorgesehen, steht dies mithin in Einklang mit den vorgesehenen Rechten der Mitgliedstaaten zur Erhaltung und Schaffung strengeren nationalen Rechts (vgl. BGH GRUR 2002, 637 – Werbefinanzierte Telefongespräche; BGH GRUR 2001, 1181 – Telefonwerbung für Blindenwaren; Baumbach/Hefermehl-Köhler, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl., § 7 Rn. 36; Fezer/Maukowski, UWG, § 7 Rn. 52 ff).

2. 11

Entgegen der Auffassung der Beklagten hat es sich zumindest bei den mit den Zeugen N., Q., O. und G. geführten Telefonaten, unabhängig von der Frage einer Einwilligung der Betroffenen, um Wettbewerbshandlungen i.S. des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG gehandelt. Insbesondere steht der Umstand, dass die Beklagte Vertragsbeziehungen zu den Angerufenen unterhält, ihrer Wettbewerbsabsicht nicht entgegen. 12

Maßnahmen, die der Erweiterung oder Fortsetzung eines bestehenden Vertragsverhältnisses dienen, sind grundsätzlich Wettbewerbshandlungen, weil und soweit der Kunde die Wahl hat, ob er sich darauf einlässt oder sich lieber an einen Mitbewerber wendet (vgl. Baumbach/Hefermehl-Köhler a.a.O. § 2 Rn. 53). Um vertragserweiternde Angebote in diesem Sinne – und nicht etwa, wie dies die Beklagte irrig anführt, um Vertragsverletzungen – hat es sich aber nach dem insoweit übereinstimmenden Parteivortrag in allen Fällen gehandelt, weil den Betroffenen jeweils Umstellungen auf neue Tarife, vornehmlich bestimmte ISDN-Tarife angeboten worden sind, die bis dahin nicht Gegenstand der Vertragsbeziehungen mit der Beklagten gewesen waren. 13

3. 14

Der Senat neigt der Auffassung zu, dass die Beklagte der ihr als Verletzer obliegenden Beweislast zum Vorliegen eines die Wettbewerbswidrigkeit ausschließenden Einverständnisses (vgl. hierzu BGH a.a.O. – E-Mail-Werbung m.w.N.) einzelner Betroffener nicht nachgekommen ist, zumal die Voraussetzungen einer Beweiserleichterung oder gar Umkehr der Beweislast nicht vorliegen. Vorbehaltlich der Frage, ob die von dem Kläger insoweit vorgelegten Einverständniserklärungen der fraglichen Personen mit der Offenbarung ihrer Daten dem nicht ohnehin entgegen stehen, vermag die Beklagte sich jedenfalls nicht darauf zu berufen, dass Vorschriften des Datenschutzes sie an einer substantiierten Darlegung zu im Einzelfall zustande gekommenen Einverständniserklärungen hindere. Datenschutzrechtliche Bestimmungen bezwecken den Schutz vor Missbrauch personenbezogener Daten. Dieses besonderen Schutzes vor der Offenlegung ihrer Daten bedürfen die im Streitfall betroffenen Personen aber deshalb nicht, weil der Kläger im vorliegenden Verfahren gerade ihre Interessen vertritt und überhaupt erst auf ihre Beanstandungen gegenüber ihm selbst bzw. ihm angeschlossenen Organisationen hin das vorliegende Verfahren initiiert hat. 15

Letztlich kann dies aber offen bleiben. Zu Recht hat das Landgericht nämlich festgestellt, dass zumindest in zwei Fällen, nämlich betreffend die Verbraucher O. und G., die 16

tatbestandlichen Voraussetzungen einer i.S. des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG unlauteren Telefonwerbung vorliegen.

Unstreitig haben beide Verbraucher keine vorherige Einwilligung mit telefonischer Werbung erteilt. Soweit die Beklagte mit Schriftsatz vom 28.04.2004 (GA 132 und 133) vorträgt, dass der Anruf "erkennbar nicht unerwünscht" bzw. der fragliche Teilnehmer "erkennbar einverstanden" gewesen sei, verkennt sie, dass die nachträgliche Billigung des Anrufs keine Einwilligung i.S. des Gesetzes darstellt (vgl. hierzu Baumbach/Hefermehl a.a.O. Rn. 43). Auch die Voraussetzungen einer konkludenten Einwilligung sind weder ersichtlich noch dargetan und liegen insbesondere nicht schon darin begründet, dass – wie im Streitfall – der Werbende geschäftliche Beziehungen zu den fraglichen Verbrauchern unterhält (vgl. Baumbach/Hefermehl a.a.O. Rn. 53).

4. 18

Der wettbewerbliche Unlauterkeitsvorwurf scheidet nicht an der Erheblichkeitsschwelle des § 3 UWG. 19

Die Zuwiderhandlung gegen das in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG normierte Verbot unlauterer Telefonwerbung ist ohne Zweifel geeignet, wettbewerbsrechtlich geschützte Interessen der Verbraucher an der Wahrung ihrer Privatsphäre zu beeinträchtigen, sich mithin nachteilig auszuwirken. Ob die tatbestandsmäßige Verwirklichung der Norm nicht schon deshalb, weil § 7 Abs. 2 UWG die mit unlauterer Telefonwerbung einhergehende Beeinträchtigung als "unzumutbare Belästigung" qualifiziert, zugleich die Voraussetzungen eines "nicht nur unerheblichen" Nachteils i.S. des § 3 UWG indiziert (vgl. Köhler, Die "Bagatellklausel" in § 3 UWG, GRUR 2005, 1 ff, 4 und 9), sei dahin gestellt. Auch dann nämlich, wenn über das Unwerturteil des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG hinaus die Erheblichkeit besonders zu prüfen sein sollte, ist diese im Streitfall zu bejahen. 20

In Anlehnung an die zur Wesentlichkeitsgrenze des § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG a.F. ergangene Entscheidung des Bundesgerichtshofs "Telefonwerbung VI" (WRP 2000, 1264) sieht der Senat es nämlich als ausreichend an, wenn die Interessen nur eines einzigen Verbrauchers beeinträchtigt werden können, und Umstände, welche die mit den im Streitfall in zwei Fällen erfolgten unlauteren Werbemaßnahmen einhergehenden Nachteile als in Art und Schwere gering erscheinen ließen, sind nicht ersichtlich. Insbesondere vermag die Beklagte nicht mit Erfolg einzuwenden, dass es sich bei den Anrufen bei den Verbrauchern O. und "mutmaßlich" auch G. um reine Versehen im Zuge der Umstellung von Datensätzen gehandelt habe. Ihre ohnehin auf einer bloßen Vermutung beruhende und im Berufungsverfahren nicht weiter vertiefte Behauptung, es müsse bei der "Umwandlung der Datenhaltung" "offensichtlich ... zur versehentlichen Bereitstellung der Kundendaten für Call-Center-Aktivitäten" (GA 189) gekommen sein, ist nicht hinreichend substantiiert. Es fehlt nämlich an jeglicher konkreten Darlegung der näheren zeitlichen und tatsächlichen Umstände, unter denen eine Änderung der Datenhaltung dazu geführt haben soll, dass es trotz der von ihr beschriebenen Praxis, Merkmale zur Unterscheidung nur schriftlich (Werbekennzeichen "3") oder auch fernmündlich (Werbekennzeichen "1") zu bewerbender Kunden zu verwenden, zu den fraglichen Anrufen gekommen sein soll. 21

Die Beklagte ist mithin nach Maßgabe des tenorierten Gebots, gegen dessen Fassung keine Bedenken bestehen, zur Unterlassung verpflichtet. Ausnahmefälle einer wettbewerbsrechtlich erlaubten Telefonwerbung, welche zwar keine Einwilligung voraussetzen, gleichzeitig aber auf eine Erweiterung der Geschäftsbeziehung i.S. des Verbots hinauslaufen, sind nämlich weder ersichtlich noch vorgetragen. 22

5.	23
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.	24
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	25
Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. Der Rechtssache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu, noch erfordert die Rechtsfortbildung oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof. Streitentscheidend ist vielmehr eine über den entschiedenen Fall nicht hinausweisende Subsumtion eines individuellen, auch tatrichterlich zu beurteilenden Sachverhalts unter Normen und Rechtsgrundsätze, die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits eine Klärung erfahren haben.	26
<u>Streitwert</u> im Berufungsverfahren: 15.000 EUR	27
