

Grenzen wettbewerbsrechtlich zulässiger Telefonwerbung auch für wohltätige Organisation

Eigener Leitsatz:

Im Rahmen geschäftlicher Handlungen ist es grundsätzlich unzulässig, Verbraucher ohne deren vorheriges ausdrückliches Einverständnis zum Zwecke der Werbung anzurufen. Auch Angebote für Hausnotrufdienste eines Malteserordens, der hiermit keine Gewinnerzielungsabsicht, sondern ausschließlich wohltätige und religiöse Motive verfolgt, können eine unzumutbare belästigende Telefonwerbung darstellen. Maßgeblich ist nicht der Grund des Tätigwerdens, sondern die tatsächliche Stellung im Wettbewerb. Trotz ihrer sozialunternehmerischen Tätigkeit tritt eine wohltätige Einrichtung in einem Wettbewerbsverhältnis zu anderen Anbietern und muss die Grenzen wettbewerbsrechtlich zulässiger Werbung beachten.

Oberlandesgericht Köln

Urteil vom 07.12.2012

Az.: 6 U 69/12

Die Berufung der Beklagten gegen das am 29.02.2012 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 84 0 236/11 – wird zurückgewiesen.

Die weiteren Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

Dieses Urteil sowie das Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung des Unterlassungstenors durch Sicherheitsleistung in Höhe von

15.000,00 EUR abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Im Übrigen dürfen die Parteien die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Gegner vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Kläger ist ein Verband zum Schutz von Verbraucherinteressen. Die Beklagte ist eine dem souveränen Malteserorden und seinen wohltätigen Zielen verbundene gemeinnützige Organisation; unter anderem ist sie im Bereich der Versorgung behinderter und älterer Menschen sozialunternehmerisch tätig und bietet (wie andere Wohlfahrtsverbände und private Unternehmen) Hausnotrufdienste an.

Am 11.05.2011 rief eine Callcenter-Agentin im Auftrag der Beklagten bei den Eheleuten C in L an, um Frau C über das Thema Hausnotruf zu informieren. Der Kläger sieht in dem nach kurzer Zeit beendeten Telefonat eine unzumutbar belästigende Telefonwerbung. Er hat die Beklagte auf Unterlassung und Abmahnkostenersatz in Anspruch genommen. Die Beklagte hat behauptet, Frau C habe am 21.01.2010 gegen 16:05 Uhr an einer Marktbefragung zum Thema "Barrierefrei Reisen – Urlaub mit Rollstuhl – Urlaub für Senioren" durch ein Meinungsumfrageinstitut teilgenommen und gegen Ende die Frage bejaht, ob sie von Hilfs- und Wohlfahrtsorganisationen über Assistenzsysteme und Hilfsmittel in der Häuslichkeit telefonisch angesprochen und informiert werden wolle, was elektronisch erfasst worden sei und dem Anruf vom 11.05.2011 zu Grunde gelegen habe.

Mit dem angefochtenen Urteil, auf das Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von 200,00 € nebst Zinsen an den Kläger sowie dazu verurteilt, es bei Meidung von Ordnungsmitteln zu unterlassen, im Rahmen geschäftlicher Handlungen Verbraucher ohne ihre vorheriges ausdrückliches Einverständnis anzurufen bzw. anrufen zu lassen, um für einen Hausnotruf zu werben.

Mit ihrer Klageabweisung erstrebenden Berufung rügt die Beklagte unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens, dass der Verbotstenor zu unbestimmt sei. In der Information über ihren Hausnotrufdienst liege wegen der damit verfolgten religiösen und gemeinnützigen Zwecke kein Handeln im geschäftlichen Verkehr. Zudem habe das Landgericht die Anforderungen an die Wirksamkeit einer Einwilligung in die telefonische Ansprache überspannt. Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil.

II.

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg.

1. Entgegen der Auffassung der Beklagten sind der Verbotstenor und der ihm zu Grunde liegende Klageantrag hinreichend bestimmt.

Allerdings darf ein Unterlassungsantrag gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts nach § 308 Abs. 1 ZPO nicht erkennbar abgegrenzt ist, für den Anspruchsgegner keine hinreichenden Verteidigungsmöglichkeiten bestehen und der Streit um eine Zuwiderhandlung gegen das ausgesprochene Verbot in das Vollstreckungsverfahren verlagert würde. Daher genügt die bloße Wiederholung des Gesetzeswortlauts dem Bestimmtheitserfordernis eines Unterlassungsantrag in der Regel nicht (st. Rspr.: BGH, GRUR 2000, 438 [440] – Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; BGH, GRUR 2002, 77 [78] – Rechenzentrum; BGH, GRUR 2007, 607 [Rn. 16] – Telefonwerbung für "Individualverträge"; BGH, GRUR

2011, 433 [Rn. 10] – Verbotsantrag bei Telefonwerbung; BGH, GRUR 2011, 936 [Rn. 17] – Doubleoptin-Verfahren). Ob für den in § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG geregelten Fall unzulässiger Telefonwerbung von vornherein etwas anderes gilt, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden (BGH, GRUR 2007, 607 [Rn. 13, 17] – Telefonwerbung für "Individualverträge"; BGH, GRUR 2011, 936 [Rn. 18] – Doubleoptin-Verfahren).

Die Frage kann auch im Streitfall offen bleiben, weil der hier in Rede stehende Unterlassungsantrag das konkrete Begehren jedenfalls hinreichend deutlich umschreibt. Statt des Gesetzesbegriffs "vorherige ausdrückliche Einwilligung" bedient er sich des Ausdrucks "vorheriges Einverständnis", was der Bundesgerichtshof als konkretisierende Formulierung anerkannt hat (BGH, GRUR 2007, 607 [Rn. 14] – Telefonwerbung für "Individualverträge"). Eine weitere Konkretisierung gegenüber dem Gesetzeswortlaut erfolgt dadurch, dass der Antrag mit den Worten "um für einen Hausnotruf zu werben" auf die beanstandete Verletzungsform Bezug nimmt (vgl. für den Ausdruck "zum Zwecke der Kundenakquise" BGH, GRUR 2011, 936 [Rn. 19] – Doubleoptin-Verfahren). Gegenstand des Angriffs ist aus der maßgeblichen Sicht des Klägers der von der Beklagten ausgehende Anruf bei Verbrauchern zur Werbung für einen Hausnotruf ohne deren Einverständnis. Umstände einer Einverständniserklärung, wie sie nach Behauptung der Beklagten im Fall C erfolgt sein soll, taugen nicht als weitere konkretisierende Merkmale, weil der Kläger den betreffenden Vorgang insgesamt bestreitet. Die Formulierung "im Rahmen geschäftlicher Handlungen" nimmt Verhaltensweisen unwillkürlicher oder privater Art von der Unterlassungspflicht aus, hat angesichts der Einschränkung auf Werbeanrufe für einen Hausnotruf aber ohnehin keine eigenständige Bedeutung. Eine Frage der Begründetheit, nicht dagegen der Bestimmtheit des Antrags ist es, ob von der Beklagten veranlasste telefonische Informationen über die Möglichkeit des Hausnotrufs im rechtlicher Hinsicht überhaupt Werbung und damit geschäftliche Handlungen sind.

2. Als qualifizierte Einrichtung im Sinne des § 4 UklaG ist der Kläger gemäß § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 3 UWG klagebefugt und aktivlegitimiert.

Der neuerdings von Köhler (GRUR 2012, 1073 ff. [1078 ff.]) vertretenen Auffassung, dass Verstöße gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG in richtlinienkonformer Auslegung gerichtlich nur von den betroffenen Verbrauchern, nicht aber von Verbänden verfolgt werden könnten, folgt der Senat nicht. Zwar sieht die mit dieser gesetzlichen Regelung umgesetzte Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie) selbst keine Verbandsklagebefugnis vor. Es würde jedoch zum einen auf ein auch von Köhler (a.a.O., S. 1080) abgelehntes Judizieren contra legem hinauslaufen und ist zum anderen auch europarechtlich nicht geboten, die den Verbraucherschutzverbänden vom deutschen Gesetzgeber durch Integration der Regelungen des Art. 13 der Datenschutzrichtlinie in das UWG über § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG eingeräumte Klagebefugnis zu verneinen. Nach Art. 13 Abs. 3 der Datenschutzrichtlinie sind die Mitgliedsstaaten gehalten, Regelungen zur Verhinderung unerbetener Nachrichten zum Zwecke der Direktwerbung außerhalb von konkreten Vertragsbeziehungen zu erlassen, womit primär der in Art. 8 EMRK garantierte Schutz der Privatsphäre gewährleistet werden soll (vgl. Erwägungsgründe Nr. 2, 3, 12). Anspruchsberechtigt sollen bei Verstößen natürliche und juristische Personen sein (Art. 13 Abs. 5 der Datenschutzrichtlinie). Konkrete Vorgaben zur verfahrensrechtlichen Ausgestaltung des Rechtsschutzes macht die Richtlinie den Mitgliedsstaaten aber nicht; ihnen wird lediglich aufgegeben, die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um den Rechtsschutz der betroffenen natürlichen und juristischen Personen zu gewährleisten. Der deutsche Gesetzgeber war daher frei, nicht nur im Rahmen der von der Datenschutzrichtlinie vorgegebenen – und von der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken unberührt gelassenen (vgl. BGH, GRUR 2011, 936 [Rn. 26] – Doubleoptin-

Verfahren) -Wahlmöglichkeit materiellrechtlich die strengere "Opt-In"-Lösung vorzusehen, wonach eine Kontaktaufnahme nur bei vorheriger Einwilligung zulässig ist (vgl. BT-Drs. 15/1487, S. 21), sondern auch für die gerichtliche Rechtsdurchsetzung eine Klagebefugnis der Verbraucherverbände entsprechend den im Wettbewerbsrecht bestehenden Regelungen zuzulassen. Dies trägt nicht zuletzt wesentlich zur Verwirklichung des im gesamten Gemeinschaftsrecht angestrebten hohen Verbraucherschutzniveaus (vgl. Art. 114 Abs. 3, 153 Abs. 1 AEUV) bei, denn die Verbandsklage ermöglicht eine kumulierte, geordnete und sachkundige Wahrnehmung der durch die Richtlinie geschützten Individualinteressen.

3. Ohne Erfolg rügt die Berufung, dass das Landgericht den streitbefangenen Telefonanruf vom 11.05.2011 als eine der Beklagten nach § 8 Abs. 2 UWG zuzurechnende geschäftliche Handlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG, nämlich als Verhalten einer von ihr beauftragten Person zu Gunsten ihres Unternehmens angesehen hat, das mit der Förderung des Absatzes von Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.

Auch wenn die Beklagte – wie sie geltend macht – mit dem Angebot von Hausnotrufdiensten für ältere oder behinderte Menschen keine Gewinnerzielungsabsicht, sondern ausschließlich wohltätige und religiöse Motive verbindet, tritt sie potentiellen Abnehmern ihrer Dienste doch ebenso wie die anderen auf diesem Gebiet werbend tätigen verbandlichen und privaten Anbieter (vgl. den vom Kläger mit der Berufungserwiderung vorgelegten Untersuchungsbericht der Stiftung Warentest, Anlage K 3) unternehmerisch auf der Ebene der Gleichordnung entgegen. Von den kirchlichcaritativen Aufgaben der Beklagten und ihrem Verhältnis zum Malteserorden sowie seiner Mitglieder und Untergliederungen als Träger und Gesellschafter sind die Beziehungen zu ihren Mitbewerbern auf dem freien Dienstleistungsmarkt zu unterscheiden; maßgeblich für die Anwendbarkeit der Regeln des UWG ist insoweit nicht der Grund ihres Tätigwerdens, sondern ihre tatsächliche

Stellung im Wettbewerb (vgl. BGH, GRUR 1981, 823 [825] – Ecclesia-Versicherungsdienst; Köhler / Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 2 Rn. 24; Piper / Ohly / Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 2 Rn. 11; zu eng Götting / Nordemann, UWG, § 2 Rn. 22). Wo die Beklagte im Rahmen ihrer sozialunternehmerischen Tätigkeit in Konkurrenz mit anderen Anbietern steht (vgl. zu den für sie registrierten Dienstleistungsmarken nur BGH, GRUR 2010, 859 – Malteserkreuz III) und um Abnehmer wirbt, hat sie die Grenzen wettbewerbsrechtlich zulässiger Telefonwerbung ebenso zu beachten wie ihre Mitbewerber.

4. Den mit der Klage verfolgten Unterlassungsanspruch aus §§ 7 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2, 8 Abs. 1 S. 1 UWG hat das Landgericht im Ergebnis zu Recht als begründet angesehen, weil es an einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung der Zeugin C – der im Auftrag der Beklagten angerufenen Verbraucherin – mit dem Werbeanruf am 11.05.2011 fehlt.

a) Es ist allerdings nicht von vornherein wettbewerbswidrig, dass eine Wohlfahrtsorganisation wie die Beklagte sich zur Förderung ihres Dienstleistungsabsatzes am Telefonmarketing beteiligt und dazu auf anderweitig beschaffte Kontaktdaten zurückgreift, solange der Eindruck vermieden wird, als handele sie insoweit in Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben (vgl. zur Verknüpfung hoheitlicher Aufgaben mit privatem Gewinnstreben BGH, GRUR 2009, 606 [Rn. 14] – Buchgeschenk vom Standesamt). Im Übrigen ist es eine Frage des Einzelfalles, ob eine von dem betroffenen Verbraucher anderweitig erklärte Einwilligung mit telefonischen Werbemaßnahmen dem in Rede stehenden Telefonanruf den Charakter einer unzumutbaren Belästigung nimmt.

Eine konkludente oder gar nur mutmaßliche Erklärung genügt nach dem geltenden § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht, doch kann eine fernmündliche Erklärung ausreichen (vgl. Köhler / Bornkamm, a.a.O., § 7 Rn. 145-145b), die grundsätzlich auch in der Bejahung einer für einen aufmerksamer und verständigen Durchschnittsverbraucher hinreichend klaren Frage bestehen

kann (vgl. Köhler / Bornkamm, a.a.O., Rn. 147b). Im Lichte von Art. 2 S. 2 lit. f, 13 Abs. 3 der Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG bedarf es – wie vom Landgericht zutreffend angenommen – einer Einwilligung für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage (vgl. Köhler / Bornkamm, a.a.O., Rn. 149 ff., 186 ff.; Götting / Nordemann / Menebröcker, a.a.O., § 7 Rn. 61 ff.). Während damit Generaleinwilligungen und solche Erklärungen von vornherein unbeachtlich bleiben müssen, aus denen der Verbraucher den Umfang seiner Einwilligung nicht erkennen kann, hätte der Senat es als ausreichend angesehen, wenn die Zeugin C – wie von der Beklagten im Prozess zunächst behauptet – sich im Rahmen einer Meinungsumfrage am 21.01.2010 damit einverstanden erklärt hätte, von Hilfs- und Wohlfahrtsorganisationen über Assistenzsysteme und Hilfsmittel in der Häuslichkeit telefonisch angesprochen und informiert zu werden. Denn Telefonwerbung eines Wohlfahrtsverbandes für von ihm angebotene Hausnotrufdienste wäre davon jedenfalls erfasst gewesen, und zwar auch noch zum hier in Rede stehenden Zeitpunkt, denn die erklärte Einwilligung ist zwar widerruflich, aber grundsätzlich unbefristet (vgl. Köhler / Bornkamm, a.a.O., Rn. 148), und von von einem erkennbaren Wegfall des Verbraucherinteresses infolge Zeitablaufs kann sechzehn Monate nach der Umfrage nicht ausgegangen werden.

b) Den ihr obliegenden Beweis einer solchen Einwilligung (vgl. BGH, GRUR 2011, 936 [Rn. 30] – Doubleoptin-Verfahren) hat die Beklagte jedoch nicht geführt.

Die auf ihren Antrag vernommene Zeugin C2 hat lediglich angeben können, als Agentin des gleichen Callcenters, von dem aus der Anruf vom 11.05.2011 erfolgte, schon im Jahr 2010 Marktbefragungen im Auftrag des sogenannten Meinungsumfrageinstituts durchgeführt zu haben, dem gegenüber die Einwilligung erklärt worden sein soll. Bereits an die Themen dieser Umfragen und an dabei gestellte Fragen und mögliche Antworten hatte die unsicher wirkende Zeugin keine Erinnerung mehr. Geschildert hat sie zwar den regelmäßigen

Ablauf solcher Befragungen, insbesondere ihr allgemeines Vorgehen bei der Identifizierung der ihr vorgegebenen Telefonanschlusssinhaber und bei der Abwicklung der Arbeitsaufträge; Anhaltspunkte für bewusste Falschangaben der Zeugin bei ihrer Vernehmung oder für von ihr manipulierte Eingaben während der von ihr geführten Telefonate hat der Senat nicht. Zum Nachweis einer ihr gegenüber erklärten Einwilligung der Zeugin C war die detailarme und insgesamt wenig konkrete Aussage der Zeugin C2 aber nicht geeignet, zumal die Zeugin C überzeugend bekunden konnte, zum fraglichen Zeitpunkt am 21.01.2010 nicht zu Hause gewesen zu sein, sondern an einer Fachleiterkonferenz teilgenommen zu haben. Der Senat sieht insoweit von weiteren Ausführungen ab, weil die Beklagte die Angaben der Zeugin C in ihrem beweiswürdigen Schriftsatz vom 13.11.2012 selbst als glaubhaft bewertet. Soweit die Beklagte es in demselben Schriftsatz als möglich und unwiderlegt ansieht, dass ein anderes Mitglied der Familie C den Anruf entgegengenommen und sich unter dem Familiennamen gemeldet habe, für Frau C gehalten worden sei, an der Umfrage teilgenommen und zuletzt die Einwilligung mit künftiger Telefonwerbung im fraglichen Umfang erteilt habe, erscheint dies spekulativ und keinesfalls wahrscheinlicher als eine Fehlzuordnung von Kontaktdaten und sogenannten "whitelist"-Einträgen im Bereich des Marktfortschungsunternehmens. Im Übrigen genügt es zur Feststellung einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung des telefonisch umworbenen Verbrauchers gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ersichtlich nicht, dass anstelle des Verbrauchers und Telefonanschlusssinhabers (oder seines Ehegatten) ein anderes unbekanntes Mitglied seines Haushalts unter seinem Namen die Einwilligung erklärt hat, wie die Beklagte anscheinend jetzt – abweichend von ihrem früheren Vorbringen im Prozess – behaupten will.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs.1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§

708 Nr. 10, 711 ZPO. Es besteht kein begründeter Anlass, gemäß § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen.