

„Cold-Calls“

Eigener Leitsatz:

Werden durch sogenannte "Cold-Calls" Verbrauchern ungefragt diverse Dienstleistungen von einem Telekommunikationsunternehmen angeboten, können diese im Klageantrag als "Telekommunikationsdienstleistungen" zusammengefasst werden und sind hinreichend bestimmt. Eine Erstbegehungsgefahr kann nach einem Inhaberwechsel nicht allein darin liegen, dass der Rechtsnachfolger das gleiche rechtsverletzende Verhalten an den Tag legt wie sein Rechtsvorgänger.

Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg

Urteil vom 12.12.2007

Az.: 5 U 50/07

Urteil

In dem Rechtsstreit ... hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 5. Zivilsenat, durch ... nach der am 10. Oktober 2007 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Hamburg, Kammer 6 für Handelssachen, vom 16.2.2007 (406 0 254/06) unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen im Kostenausspruch abgeändert und im Tenor unter I. wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens € 250.000,-, Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre) es zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Verbraucher unter deren privaten Telefonanschlüssen anzurufen und/oder anrufen zu lassen, um diesen entgeltliche Telekommunikationsdienstleistungen anzubieten, sofern eine vorherige Einwilligung des Verbrauchers zu einem derartigen Werbeanruf nicht vorliegt.

Von den Kosten des Rechtsstreites trägt der Kläger 4/5 und die Beklagte 1/5.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

und beschließt:

Der Streitwert der Berufung wird auf € 18.950,- festgesetzt.

Gründe

I.

Der Kläger ist als eingetragener Verein eine Einrichtung im Sinne der §§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG, 3. 4 UKlaG.

Die Beklagte bietet aufgrund Umwandlung als Rechtsnachfolgerin der f.de AG mit Wirkung vom 2.3.2007 diverse Telefondienstleistungen an.

Der Kläger hat erstinstanzlich mit der Klagschrift vom 11.9.2006 vorgetragen, dass die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die f.de AG, verschiedentlich Verbraucher zu Hause oder auf ihrem Handy, also unter ihrem Privatanschluss angerufen habe bzw. habe anrufen lassen, ohne dass die Verbraucher zuvor ihre Einwilligung hierzu erteilt hätten (sog. Cold Calls), um Telefondienstleistungen anzubieten, und zwar -unstreitig- in folgenden 2 Fällen:

-S. K. (29.5.2006, 15.30 Uhr; Angebot eines DSL-Anschlusses der f.de AG)

-M. G. (29.5.2006, 12.42 Uhr; Angebot einer günstigen Flatrate)

Nachdem die Rechtsvorgängerin der Beklagten unter dem 1.12.2006 Stellung genommen hat, wobei sie nur den zu weiten Unterlassungsantrag rügte, trug der Kläger mit dem am 8.1.2007 eingegangenen Schriftsatz vom 5.1.2007 weitere 6 Fälle von Cold Calls vor:

-S. -M. A. (28.12.2006, 12.19 Uhr; Angebot eines günstigen Telefon- und Internetanschlusses)

-K. -M. A. (13.12.2006, 16.05 Uhr; Angebot eines neuen DSL-Tarifangebots)

-S. K. (18.10.2006, 17,15; Angebot eines günstigen Telefonanschlusses)

-W. H. (28.10.2006, 12.33 Uhr; Angebot eines günstigen Telefon-Internet-Angebots)

-V. Z. (1.11.2006, 16.15 Uhr; Angebot eines günstigen DSL-Produkts)

-A. J. (10.10.2006, 11.30 Uhr; Angebot eines günstigen PreSelect-Angebots)

Das Landgericht leitete diesen Schriftsatz lediglich weiter, ohne im Rahmen prozessleitender Maßnahmen zugleich zur Stellungnahme aufzufordern. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten bestritt mit Schriftsatz vom 1.2.2007 die „nachgeschobenen“ Fälle und trug vor, dass ihr in dem von der Deutschen Telekom gegen sie geführten Verfügungsverfahren durch das die einstweilige Verfügung des LG Hamburg vom 29.8.2005 (315 0 609/05, Anlage B 1) bestätigende Widerspruchsurteil vom 6.10.2006 (Anlage B 2) u.a. verboten worden sei, „im Rahmen der Akquise von DSL-Anschlüssen Verbraucher anzurufen und/oder anrufen zu lassen, wenn diese zuvor nicht ausdrücklich erklärt haben, zu Werbezwecken

angerufen zu werden wollen, und dieses Einverständnis, insbesondere aufgrund eines bestehenden Vertragsverhältnisses mit der Antragsgegnerin auch nicht zu vermuten ist.“ Die Rechtsvorgängerin der Beklagten gab im Hinblick hierauf unter dem 26.10.2006 gegenüber der Deutschen Telekom AG die Abschlusserklärung vom 26.10.2006 (Anlage B 3) ab.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Hamburg vom 2.2.2007 hat der Kläger erklären lassen, dass er die Klage auf alle vorgetragene Fälle stütze. Das Landgericht Hamburg hat die Beklagte mit Urteil vom 16.2.2007 antragsgemäß zur Unterlassung und zur Zahlung von € 200,- nebst 5% Zinsen seit dem 27.9.2006 verurteilt.

Hinsichtlich der Einzelheiten wird – auch zur Ergänzung des Tatbestandes- auf das landgerichtliche Urteil verwiesen.

Mit der fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung wiederholt die jetzige Beklagte die Bedenken bezüglich der Weite des Unterlassungsantrages. Mit dem Antrag würde ihr die entsprechende Werbung für jegliche Produkte untersagt. Für eine entsprechende Werbung z.B. für Schuhe habe sie keine Begehungsgefahr

gesetzt. Das Landgericht habe verfahrensfehlerhaft festgestellt, dass sie die –bestrittenen- „nachgeschobenen“ Cold Calls vorgenommen bzw. veranlasst habe. Die Zurückweisung ihres erstinstanzlichen Vorbringens bezüglich des Wegfalls der Wiederholungsgefahr durch die Dritt-Abschlusserklärung vom 26.10.2006 sei ebenfalls verfahrensfehlerhaft erfolgt. Durch die Umwandlung der früheren Beklagten in die f. AG mit Wirkung vom 2.3.2007 sei sie nicht für die Verstöße der f..de AG verantwortlich zu machen. Sie trägt weiterhin vor, dass sie „die streitgegenständlichen Aussagen“ in der Werbung nicht wiederholen werde. Die

Klageänderung durch Einführung neuer Anrufe sei unzulässig, da sie der Klageänderung nicht zustimme und sie auch nicht sachdienlich sei.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 16.2.2007 (Az.: 406 0 254/06) abzuändern und die Klage abzuweisen, hilfsweise, das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 16.2.2007 (Az.: 406 0 254/06) aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Hamburg zurückzuverweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuverweisen mit der Maßgabe, dass das Verbot des Unterlassungsantrages lautet, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Verbraucher unter deren privaten Telefonanschlüssen anzurufen und/oder anrufen zu lassen, um diesen entgeltliche Telekommunikationsdienstleistungen anzubieten, sofern eine vorherige Einwilligung des Verbrauchers zu einem derartigen Werbeanruf nicht vorliegt. Er trägt mit der Berufungserwiderung vom 31.5.2007 vor, dass es auf die Umwandlung der f.de AG in die Beklagte nicht ankomme, da weitere –unstreitig- 2 Fälle von sog. Cold Calls nach dem Zeitpunkt der Umwandlung vorlägen:

-K. –H. R. (3.5.2007; Angebot von f. DSL, Bestätigung einer Bestellung durch die Beklagte vom 7.5.2007, Anlage K 6)

-R. N. (4.5.2007; Umstellung des Telekom-Anschlusses auf günstigeren f. -Tarif; Bestätigung eines Umstellungsauftrages durch Beklagte am 9.5.2007).

Mit Schriftsatz vom 23.7.2007 trug der Kläger weitere 2 Fälle vor, und zwar:

-U. F. (16.3.2007; Angebot eines DSL-Anschluss, Auftragsbestätigung vom 20.3.2007, Anlage K 7)

-J. –U. B. (20.4.2007; Frage, ob B. noch Kunde der Telekom sei).

Die Abschlusserklärung habe die Wiederholungsgefahr nicht

ausräumen können. Im Übrigen sei durch die neuen Fälle erneut Wiederholungsgefahr durch die jetzige Beklagte begründet worden.

In der mündlichen Verhandlung vom 10.10.2007 vor dem Senat hat der Prozeßbevollmächtigte des Klägers erklärt, dass er die Klage auch auf die Fälle R. und N., hilfsweise auch auf die Fälle F. und B. stütze. Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf das Vorbringen der Parteien in den in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätzen nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist im Ergebnis nicht begründet.

1. Der Unterlassungsantrag ist mit dem in der Senatsverhandlung vom 10.10.2007 konkretisierten Wortlaut zulässig. Insbesondere ist der Klagantrag im Hinblick auf die Bezeichnung „Telekommunikationsdienstleistungen“ hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Nach dem Vorbringen des Klägers sind mit den Telefonanrufen, für welche die Beklagte verantwortlich sein soll, eine Reihe von Leistungen der Beklagten angeboten worden. Hierzu zählen DSL-Anschlüsse und entsprechende DSL-Tarife einschließlich von Flatrates, DSL-Telefonie, DSL-Splitter sowie sonstige Hardware (vgl. z.B. Anlagen K 6, K 7). Teilweise haben die Anrufer nach dem Vorbringen des Klägers auch nur nachgefragt, ob der angerufene Verbraucher Telekomkunde sei, um das Leistungsangebot der Beklagten darzulegen, ohne dass dieses bereits detailliert benannt worden ist. Es ist davon auszugehen, dass sich diese Anrufe auf das gesamte Leistungsangebot der Beklagten bezogen haben. Im Hinblick auf diese telefonischen Angebote können diese abstrahierend als „Telekommunikationsdienstleistungen“ in dem Klagantrag zusammengefasst werden, ohne dass der Antrag damit unbestimmt würde.

2. Der Kläger besitzt aufgrund des in der Berufung vorgebrachten Tatsachenvortrages einen Unterlassungsanspruch

gemäß §§ 3, 7 Abs. 2 Nr. 2, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 3 UWG.

a. Nach dem Vorbringen des Klägers in der Berufungsinstanz hat die Beklagte am 3. und 4.5.2007 in den hauptweise vorgetragene Fällen R. und N. jeweils Verbraucher unter ihren privaten Telefonanschlüssen angerufen, um die Leistungen der Beklagten, insbesondere DSL-Anschlüsse und entsprechende Tarife, anzubieten. Eine Einwilligung des jeweiligen Verbrauchers lag unstreitig nicht vor. Eine solche Einwilligung wird von der insoweit darlegungsbelasteten Beklagten auch nicht vorgetragen. Diese Cold Calls sind von der Beklagten, obwohl ihr vom Senat eine Frist zur Stellungnahme eingeräumt worden ist, nicht bestritten worden. Soweit die Beklagte ausweislich ihres Protokollberichtigungsantrages vom 31.10.2007 in der Senatsverhandlung vom 10.10.2007 bestritten haben will, dass die beiden Anrufe unter den Privatanschlüssen erfolgt seien, ist dieses nicht zutreffend. Insoweit wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 10.10.2007 verwiesen. Vielmehr hat der Prozessbevollmächtigte der Beklagten nach Konkretisierung des Unterlassungsantrages durch den Kläger behauptet, dass der Kläger bislang nicht vorgetragen habe, dass die Anrufe unter dem Privatanschluss der Verbraucher erfolgt seien. Daraufhin hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers die sich in dem Protokoll auf Seite 2 befindliche Erklärung abgegeben. Diese Erklärung entspricht auch dem bereits schriftsätzlich vorgebrachten Klägervortrag. Danach sind die Anrufe bei den Zeugen R. und N. jeweils „zu Hause“ und damit unter ihrem privaten Anschluss erfolgt – wie im Übrigen auch in den ansonsten in diesem Verfahren vorgetragene Fällen.

b. Das tatsächliche Vorbringen des Klägers in der Berufungsinstanz ist nicht verspätet im Sinne von § 531 Abs. 2 ZPO. Dieses folgt bereits aus dem Umstand, dass die vorgebrachten Tatsachen von dem Kläger erstinstanzlich nicht vorgetragen werden konnten, da die Anrufe erst nach Schluss

der mündlichen Verhandlung

erster Instanz erfolgten und dem Kläger zur Kenntnis gelangt sind. Es kommt hinzu, dass die Anrufe von der Beklagten nicht bestritten worden sind und somit -nach der Rechtsprechung des Senates- der Entscheidung als unstreitig zugrunde gelegt werden können.

c. Soweit nach der Rechtsprechung des BGH (BGH GRUR 2006, 1118 ff. –Markenparfümverkäufe) in den in zweiter Instanz hauptweise neu vorgebrachten Fällen ein neuer Streitgegenstand zu erblicken ist, stellt sich die diesbezüglich vorliegende Klagänderung als zulässig gemäß § 533 ZPO dar. Denn die Klagänderung

ist sachdienlich (§ 533 Nr. 1 ZPO) und die hierzu vorgetragenen Tatsachen können nach § 529 Abs. 1 Nr. 2 iVm § 531 Abs. 2 ZPO zugrunde gelegt werden (§ 533 Nr. 2 ZPO). Auf die obigen Ausführungen wird insoweit verwiesen.

d. Die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr in der Person der verantwortlichen Beklagten wird aufgrund der in der Berufungsinstanz vorgebrachten Wettbewerbsverstöße vermutet. Die Fälle R. und N. lagen nach dem Zeitpunkt der Umwandlung am 2.3.2007.

3. Der Unterlassungsanspruch kann allerdings nicht auf die in erster Instanz vorgetragenen Fälle von Cold Calls, seien sie streitig oder unstreitig, gestützt werden.

a. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob bezüglich der Anrufe, die zeitlich vor der Abgabe der Dritt- Abschlusserklärung vom 26.10.2006 liegen (K., G., K. und J.) ein Unterlassungsanspruch wegen Wegfalls der erforderlichen Wiederholungsgefahr nicht gegeben ist. Anerkannt ist allerdings, dass es Sinn einer Abschlusserklärung ist, die erwirkte Unterlassungsverfügung ebenso effektiv und dauerhaft werden zu lassen wie einen im Hauptsacheverfahren erwirkten Titel (vgl. BGH GRUR 2005, 1009, 1011 -statt-Preis; Teplitzky, Kap. 43 Rn. 8). Die Abschlusserklärung beseitigt –ebenso wie

ein rechtskräftiger Unterlassungstitel (BGH GRUR 2003, 511, 514 -Begrenzte Preissenkung)- die Wiederholungsgefahr auch im Verhältnis zu Dritten, sofern sich der Schuldner dem Dritten gegenüber ausschließlich auf diese Wirkung und nicht auch auf andere Einwendungen gegen den Anspruch beruft (Teplitzky a.a.O. Kap. 43 Rn. 11 a m. w. N.). Ob die Wiederholungsgefahr hinsichtlich der erstinstanzlich, oben bezeichneten 4 Fälle, seien sie streitig oder unstreitig, entfallen ist, erscheint dem Senat allerdings angesichts des eingeschränkten Tenors der Dritt- Abschlusserklärung der f.de AG gegenüber der Deutschen Telekom AG vom 26.10.2006 (nur bezogen auf DSL-Anschlüsse) zweifelhaft zu sein, braucht aber im Hinblick auf die folgenden Ausführungen unter b. nicht entschieden zu werden. Der Senat folgt jedoch nicht der Argumentation des Landgerichts, wenn es ausführt, dass die Wiederholungsgefahr durch die Cold Calls, die nach der Abschlusserklärung liegen (H., Z., A. und A.), wieder neu begründet sei. Denn das Landgericht ist hierbei trotz substantiierten Bestreitens der Beklagten dieser 4 Fälle verfahrensfehlerhaft und somit –ohne Beweisaufnahme- zu Unrecht davon ausgegangen ist, dass diese Anrufe stattgefunden haben.

b. Die Wiederholungsgefahr bezüglich sämtlicher von der Klägerin erstinstanzlich vorgetragener Fälle ist aber durch die unstreitige Umwandlung der Rechtsvorgängerin f.de AG in die Beklagte freenet AG mit Wirkung vom 2.3.2007 entfallen. Der –zum Teil zu unterstellende- Wettbewerbsverstoß der f.de AG hat nur bei dieser eine Begehungsgefahr begründet. Als übertragende Gesellschaft ist die freenet.de AG aber gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG erloschen.

Auf die f. AG konnte die für den gesetzlichen Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr nicht übergehen (vgl. BGH Urteil vom 26.4.2007, I ZR 34/05; Senat im Urteil vom 11.7.2007, 5 U 174/06). Die Wiederholungsgefahr ist ein tatsächlicher Umstand, der nach den Verhältnissen in der Person des in Anspruch Genommenen zu beurteilen ist (BGH a.a.O.). Dieses gilt auch, wenn der Wettbewerbsverstoß durch

Organe des Rechtsvorgängers oder Mitarbeiter seines Unternehmens begangen worden ist (BGH a.a.O.). Allerdings führt der BGH in seinem Urteil aus (S. 6), dass nach einem Inhaberwechsel unter Fortführung des Betriebs eine Erstbegehungsfahr für einen Wettbewerbsverstoß, wie er unter der Verantwortung des früheren Rechtsinhabers begangen worden ist, durch besondere Umstände, die zu der früher begangenen Zuwiderhandlung hinzutreten, neu begründet werden kann (Unterstreichung durch den Senat). Für derartige hinzutretende Umstände hat der Kläger nichts vorgetragen. Sie dürften auch nicht allein darin liegen, dass der Rechtsnachfolger –wie hier- das gleiche rechtsverletzende Verhalten im Wettbewerbsgeschehen an den Tag legt wie sein Rechtsvorgänger. Denn diese erneuten Wettbewerbsverstöße des Rechtsnachfolgers begründen zunächst nur allein in seiner Person eine Wiederholungsfahr. Mangels entsprechenden weitergehenden Vortrages der Klägerin wird somit davon auszugehen sein, dass eine Erstbegehungsfahr in der Person der jetzigen Beklagten bezüglich der erstinstanzlich vorgebrachten Fälle nicht gegeben ist. Der Kläger hat sich mit seinem Berufungsvorbringen auch nicht auf eine Erstbegehungsfahr berufen, bei der es sich um eine Klageänderung handelt, die nur nach der Bestimmung des § 533 ZPO zulässig wäre (vgl. Senat, Urteil vom 11.7.2007, 5 U 174/06).

4. Die Berufung der Beklagten ist auch unbegründet, soweit sie die Abänderung des landgerichtlichen Urteils im Hinblick auf den Zahlungsantrag begehrt.

Der Zahlungsanspruch ist nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG bzw. aus dem Gesichtspunkt der GoA (§§ 683, Satz 1, 677, 670 BGB) begründet. Der Kläger hat die Rechtsvorgängerin der jetzigen Beklagten mit Schreiben vom 20.6.2006 (Anlage K 3) bezüglich des unstreitigen Cold Call im Fall K. abgemahnt. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten hat insoweit gegen die §§ 3, 7 Abs. 1, 2 Nr. 2 UWG verstoßen, so dass die Abmahnung

berechtigt gewesen ist.

Die Beklagte kann sich insoweit nicht auf die Dritt-Abschlusserklärung gegenüber der Deutschen Telekom berufen. Denn diese kann lediglich zum Wegfall der Wiederholungsgefahr als Tatbestandsmerkmal des Unterlassungsanspruches führen, hat aber keine Auswirkungen auf den zu diesem Zeitpunkt bereits bestehenden

Aufwendungsersatzanspruch. Die Umwandlung und der Untergang der früheren Beklagten f.de AG hat keine Auswirkung auf den Zahlungsanspruch, da die Beklagte hinsichtlich der gegen die Rechtsvorgängerin gerichteten Schadensersatzansprüche Rechtsnachfolgerin ist (vgl. BGH Urteil vom 26.4.2007 (I ZR 34/05)). Die jetzige Beklagte f. AG ist insoweit passiv legitimiert. Dieses gilt auch für den auf die GoA gestützten Aufwendungsersatzanspruch. Die Beklagte hat der Höhe nach den zugesprochenen Zahlungsanspruch mit der Berufung nicht in Zweifel gezogen. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 291 Abs. 1, 288 Abs. 1 ZPO.

5. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO und berücksichtigt, dass die Unterlassungsklage mit dem erstinstanzlichen Vortrag nicht begründet gewesen ist. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 in Verbindung mit § 26 Nr. 8 EGZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 542 Abs. 2 ZPO). Es handelt sich um die Entscheidung eines Einzelfalles. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert keine Entscheidung des Revisionsgerichts.