Formulärmäßige Einwilligung zur Telefonwerbung ist unzulässig

Eigener Leisatz:

Telefonanrufe zu Werbezwecken gegenüber Verbrauchern gelten als unzumutbare Belästigung. Begründet wird dies damit, dass der Schutz der Individualsphäre höher gestellt ist als das wirtschaftliche Gewinnstreben und dass es eine Reihe andere Werbemethoden gibt, die es nicht erforderlich machen, auch noch in den privaten Bereich des Verbrauchers einzudringen. Eine Einwilligung in allgemeine Geschäftsbedingungen ist grundsätzlich unwirksam, weil sie eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB darstellt. Die Einwilligungsklausel benachteiligt den Kunden, wenn sie sich nicht auf die Werbung bezüglich des angebahnten Vertragverhältnisses beschränkt, sondern ebenfalls die Möglichkeit für Werbung für sonstige Vertragschlüsse schaffen soll. Denn dadurch wird dem Kunden ein unüberschaubares Risiko aufgebürdet.

Landgericht Hamburg

Urteil vom 16.12.2008

Az.: 321 O 436/08

Urteil

in der Sache ...

erkennt das Landgericht Hamburg, Zivilkammer 12
für Recht:

I. Die Beklagte wird verurteilt,

1. unter Androhung 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 6 Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens € 250.000; Ordnungshaft insgesamt höchstens 2 Jahre)

es zu unterlassen,

Verbraucher unaufgefordert und ohne dass hierzu eine ausdrückliche Einwilligung erteilt wurde, telefonisch zu kontaktieren bzw. kontaktieren zu lassen, um diesen die entgeltliche Inanspruchnahme eines sogenannten Gewinnspielservice anzudienen.

2. an den Kläger € 150,00 nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 17.09.2008 zu zahlen.

II. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

III. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

IV. Das Urteil ist hinsichtlich der Unterlassungsverpflichtung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von € 15.000,00 vorläufig vollstreckbar. Im Übrigen ist das Urteil vorläufig vollstreckbar, die Beklagte darf die Vollstreckung jedoch durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand

Der Kläger nimmt die Beklagte wegen unaufgeforderter Telefonwerbung auf Unterlassung und Zahlung von Schadenersatz in Anspruch.

Der Kläger ist eine Vereinigung zur Förderung gewerblicher Belange. Die Beklagte vermittelt gegen Entgelt die Teilnahme

an Gewinnspielen.

Am 04.03.2008 ging auf dem privaten Telefonanschluss des Prozessbevollmächtigten des Klägers, des Zeugen Zeuge Friedhelm F., gegen 19.15 Uhr ein Anruf ein, bei dem sich ein Herr Rainer R. als Mitarbeiter der Firma Firma M. vorstellte. Für zunächst drei Monate könne Herr Zeuge Friedhelm F. zum Preis von € 39,90 pro Monat an insgesamt 750 Gewinnspielen teilnehmen, so das Angebot von Firma M. testen und das Spiel sodann wieder beenden, falls er nicht zufrieden sei. Ansonsten laufe der Vertrag zum reduzierten Preis von € 29,90 pro Monat für 21 Monate weiter.

Der Zeuge signalisierte Interesse, woraufhin die vorliegenden Daten verglichen wurden. Name, Adresse und Telefonnummer stimmten überein. Der Zeuge gab noch das Geburtsdatum und die Bankdaten an. Im Telefonbuch ist der Zeuge nicht mit seiner privaten Adresse und Telefonnummer verzeichnet.

Einige Tage später ging ein Schreiben (Anlagenkonvolut K 1) der Beklagten mit Datum 12.03.2008 bei dem Zeugen Zeuge Friedhelm F. ein, in dem dessen „Telefonische Bestellung bei Rainer R.“ bestätigt wurde.

Auf Antrag des Klägers hat die Kammer mit Beschluss vom 16.04.2008, Az. 312 0 222/04, der Beklagten unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Verbraucher unaufgefordert und ohne deren vorheriger erklärter Einwilligung mit Telefonanrufen zu kontaktieren bzw. kontaktieren zu lassen, um diesen die entgeltliche Inanspruchnahme eines sogenannten Gewinnspielservice anzudienen.

Ein Abschlusschreiben durch den Kläger (Anlage K 3) vom 17.06.2008 wies die Beklagte mit Schreiben vom 23.07.2008 (Anlage K 4) zurück.

Der Kläger behauptet, zu seiner ausreichend erheblichen Zahl

von Mitgliedern

zählten insbesondere der Landesverband des Hamburger Einzelhandels e.V. sowie die Handelskammer Hamburg.

Der Kläger behauptet, der Zeuge Zeuge Friedhelm F. habe vor dem streitgegenständlichen Anruf noch nie etwas von der Firma Firma M. gehört und dieser keine Einwilligung für werbliche Telefonanrufe erteilt; er erteile grundsätzlich keine Einwilligung mit werblicher Belästigung per Telefon oder Email.

Der Kläger beantragt,

I. die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung 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 bis zu

€ 250.000,00, Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre) zu unterlassen,

Verbraucher unaufgefordert und ohne dass hierzu eine ausdrückliche

Einwilligung erteilt wurde, telefonisch zu kontaktieren bzw. kontaktieren zu

lassen, um diesen die entgeltliche Inanspruchnahme eines sogenannten

Gewinnspielservice anzudienen.

II. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 150,00 nebst 5% Zinsen über

dem Basiszinssatz seit dem 19.07.2008 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie bestreitet die Aktivlegitimation des Klägers, der nicht vorgetragen habe, dass dem Kläger eine ausreichend erhebliche

Zahl von Unternehmen angehört, die die Gewinnspieleintragung als Dienstleistung, vor allem im Fernabsatz, anbieten und somit Wettbewerber der Beklagten seien.

Die Beklagte behauptet, der Zeuge Zeuge Friedhelm F. habe am 30.12.2007 auf der Internetseite [http:// boeing-###-fliegen.de](http://boeing-###-fliegen.de) (Ausdruck Anlage B 1) durch Anklicken des entsprechenden Kästchens erklärt:

„JA, ich möchte am boeing-###-fliegen-Gewinnspiel teilnehmen und einen Flug im boeing-###-Simulator gewinnen. Ich bin mit der Speicherung meiner Daten gemäß Bundesdatenschutzgesetz einverstanden. Ich bin damit einverstanden, dass Partnerunternehmen der L...expert GmbH & Co. KG aus der Lotto- oder Gewinnspieldienstleistungsbranche mich anrufen oder per Mail oder Briefpost aktuelle Angebote ihrer Produkte unterbreiten. Falls ich mein Recht wahrnehmen und diese Einwilligung mit Wirkung für die Zukunft widerrufen möchte, genügt es, den Widerspruch an L...expert GmbH & Co. KG, ...damm ##, ##### D..., oder den Unternehmen, von welchen ich keine Anrufe/Mails mehr erhalten möchte, mitzuteilen.“

Er habe hierbei die folgenden Daten hinterlegt:

Wohnanschrift: ##

Telefonnummer: ### / #####

eMailadresse: Zeuge Friedhelm F.@###.de

Die Beklagte vertritt die Auffassung, die – bestrittene – Mitgliedschaft der Handelskammer Hamburg bei dem Kläger allein reiche für dessen Aktivlegitimation nicht aus.

Die Beklagte ist weiter der Ansicht, § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG sei seit dem 12.07.2007 zwingend richtlinienkonform auszulegen, so dass Art. 8, 5 iVm Anhang I Nr. 26 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (RL 2005/29/EG) Anwendung finde, der besage, dass als aggressive Geschäftspraktik anzusehen sei, wenn Kunden durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon usw. geworben werden; dies schließe

ein einmaliges unerwünschtes Ansprechen als aggressive Geschäftspraktik bereits aus, da es an der Hartnäckigkeit fehle.

Sie ist weiter der Auffassung, durch Art. 5 Abs. 5 der RL iVm der Liste sei festgelegt, dass Art. 8 iVm Anhang I Nr. 26 der RL als speziellere Regelung verhindere, dass ein einmaliges unerwünschtes Ansprechen durch nationales Recht verboten werde.

Wegen der Einzelheiten des Vortrags wird auf die gewechselten Schriftsätze und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 18.11.2008 verwiesen.

Entscheidungsgründe

I. Die Klage ist zulässig und begründet.

Der Kläger ist aktivlegitimiert. Es ist gerichtsbekannt, dass zu seiner ausreichend erheblichen Zahl von Mitgliedern der Landesverband des Hamburger Einzelhandels e. V. gehört. Über diese Mitgliedschaft stehen auch insbesondere Einzelhandelsgeschäfte wie Toto- und Lottoannahmestellen als mittelbare Mitglieder des Klägers zur Verfügung, so dass die Kammer an der Klagebefugnis des Klägers keine Zweifel hat.

1. Dem Kläger steht ein Anspruch gemäß §§ 3, 7 Abs. 1, 2 Nr. 2 UWG auf Unterlassung zu, da es sich bei dem Anruf um eine unzumutbare Belästigung handelt.

a. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist anwendbar. Europäisches Recht steht nicht entgegen.

Zwar mag zweifelhaft sein, ob die Regelung in §§ 3, 4 Nr. 6 UWG mit der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vereinbar ist. Die Richtlinie führt zu

einer Vollharmonisierung des Lauterkeitsrechts in ihrem Anwendungsbereich mit der Folge, dass es dem nationalen Gesetzgeber verwehrt ist, strengere Bestimmungen aufrechtzuerhalten oder neu zu schaffen (vgl. BGH GRUR 2008, 807, 810 – Millionen-Chance). Insofern könnten die im genannten Vorlagebeschluss des BGH aufgeführten Zweifel an der Vereinbarkeit des deutschen Wettbewerbsrechts (dort hinsichtlich § 4 Nr. 6 UWG) mit den europarechtlichen Vorgaben auf den hier zu entscheidenden Fall übertragbar sein.

Weiter wäre zu entscheiden, ob – anders als im genannten Vorlagebeschluss –

§ 7 Abs. 1, 2 UWG durch das Merkmal der „Unzumutbarkeit“ auf eine Gefährdung der Verbraucherinteressen im Einzelfall abstellt, so dass gerade kein strengeres per se-Verbot als in der Richtlinie aufgestellt wird (vgl. BGH aaO Rn. 20). Es stellte sich dann die weitere Frage, ob angesichts des verbraucherschützenden Charakters der Richtlinie nicht ohnehin davon auszugehen wäre, dass eine strengere Regelung als in Nr. 26 des Anhangs I der Richtlinie vorgesehen von der Richtlinie nicht verboten wird. Eine Telefonwerbung könnte lediglich nicht als „unter allen Umständen unlautere“ Geschäftspraktik angesehen werden, so dass sie u.U. als unlautere Geschäftspraktik im Sinne der Art. 8, 9, 5 der RL angesehen werden kann (so i. E. auch Köhler, NJW 2008, 3032, 3033; Henning-Bodewig, GRUR Int. 2005, 629, 633).

Auf all dies kommt es jedoch nicht an. Die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (2002/58/EG v 12. 7. 2002, ABl EG Nr L 201/37) stellt es, wie sich aus Art. 13 Abs. 3 und Erwägungsgrund 42 ergibt, den Mitgliedstaaten frei, Regelungen beizubehalten, die für Telefonwerbung die Einwilligung des Teilnehmers fordern. Von dieser Möglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG Gebrauch gemacht. Daher hat der Beispielstatbestand des

Anhang I Nr. 26 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken für Deutschland keine Bedeutung (Köhler in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, WettbR, 26. Aufl., UWG § 7 Rn. 37). Auf diesen Aspekt hat die Kammer in der mündlichen Verhandlung am 18.11.2008 bereits hingewiesen.

b. Es handelte sich bei dem streitgegenständlichen Anruf um eine Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern.

c. Ob der Zeuge Zeuge Friedhelm F. am 30.12.2007 gemäß Anlage B 1 seine Einwilligung zum Telefonanruf erteilt hat, ist zwischen den Parteien streitig. Hierauf kommt es aber nicht an, weil die Einwilligungserklärung ohnehin unwirksam wäre.

aa. Einwilligungserklärungen in AGB unterliegen der Kontrolle nach §§ 305 ff BGB, obwohl es sich bei der Einwilligung in die Telefonwerbung um eine vom Wortlaut des § 305 I nicht erfasste einseitige Erklärung handelt (BGHZ 141, 124 = WRP 99, 660, 661 – Einverständnis mit Telefonwerbung; BGHZ 141, 137 = WRP 99, 847, 851 – Private Vorsorge bei Arbeitslosigkeit; bestätigt in BGH GRUR 00, 818, 819 – Telefonwerbung VI; Köhler in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, WettbR, 26. Aufl., UWG § 7 Rn. 47; Ohly in: Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl. § 7 Rn. 51).

bb. Eine formularmäßige Einverständniserklärung zur Telefonwerbung ist unwirksam, weil sie eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 BGB bzw. § 9 AGBG a.F. darstellt (BGH MMR 1999, 477 ff. – Formularmäßige Einverständniserklärung zur Telefonwerbung).

Ebenso wie in den genannten, vom BGH entschiedenen Fällen blieb dem Zeugen Zeuge Friedhelm F. – unterstellt, er habe die Erklärung abgegeben – hier keine Wahl, ob er sein Einverständnis zur Werbung geben wollte oder nicht: Wenn er bei dem Gewinnspiel mitmachen wollte, musste er formularmäßig sein Einverständnis geben.

cc. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass es sich bei dem zugrunde liegenden Vertrag nicht um einen zweiseitigen Austauschvertrag handelt, sondern um die Teilnahme an einem Gewinnspiel, bei dem der Preis letztlich nur aus dem Interesse an den persönlichen Daten der Teilnehmer und der Einverständniserklärung ausgelobt wird (vgl. auch OLG Hamm, MMR 2008, 684).

Einerseits könnte man zwar argumentieren, dass dem Verbraucher hier – in gewissem Sinne unentgeltlich – eine Gewinnchance eröffnet wird und es ihm freisteht, unter den ihm bekannten, mit einem Häkchen zu bestätigenden, Bedingungen nicht mitzuspielen. Letztendlich werden bei einem vollständigen Verbot der Adressgewinnung durch Gewinnspiele auch kaum noch solche Gewinnspiele stattfinden und damit würde Verbrauchern, die im Austausch ihre Aufnahme in Adresslisten akzeptieren, eine Gewinnchance genommen.

Andererseits ist auch ohne weiteres ein Gewinnspiel vorstellbar, bei dem lediglich die Adresse und eine Einverständniserklärung z. B. zur brieflichen Werbung abgefragt werden, ohne dass Telefonwerbung mit enthalten sein muss.

dd. Darüber hinaus wird die Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern vom BGH in ständiger Rechtsprechung grundsätzlich als unzumutbare Belästigung angesehen. Der wettbewerbsrechtlichen Missbilligung unerbetener Telefonwerbung im privaten Bereich liegt der Gedanke zugrunde, dass der Schutz der Individualsphäre vorrangig gegenüber dem wirtschaftlichen Gewinnstreben ist und dass die berechtigten Interessen der gewerblichen Wirtschaft, ihre Produkte werbemäßig anzupreisen, es angesichts der Vielfalt der Werbemethoden nicht erfordern, mit der Werbung auch in den privaten Bereich des Verbrauchers einzudringen, wie es in besonderer Weise bei Telefonanrufen der Fall ist, bei denen der Verbraucher zu einer Zeit, die vollständig der Disposition

des Anrufers unterliegt, aus seiner derzeitigen Tätigkeit herausgerissen wird.

Demgemäß ist eine Einwilligung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG in Allgemeinen Geschäftsbedingungen schon grundsätzlich unwirksam (so BGHZ 141, 124, 128; BGHZ 141, 137, 149 – Private Vorsorge bei Arbeitslosigkeit).

ee. Im vorliegenden Fall stellt die von der Beklagten vorformulierte

Einwilligungserklärung noch aus einem weiteren Grund eine unangemessene

Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar. Eine Einwilligungsklausel führt dann zu einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden, wenn sie sich nicht auf Werbung im Rahmen des angebahnten konkreten Vertragsverhältnisses beschränkt, sondern auch die Werbung für sonstige Vertragsschlüsse ermöglichen soll (vgl. BGH GRUR 2000, 818, 820 – Telefonwerbung VI). Denn damit wird ein vom Kunden nicht überschaubares und von seinem Interesse nicht abgedecktes Risiko geschaffen (Hefermehl/Köhler/Bomkamm, WettbR, 26. Aufl. 2008, UWG § 7 Rn. 47). Das ist hier der Fall. Dem Verbraucher wird die Teilnahme an einem Gewinnspiel ermöglicht. Im Zusammenhang mit diesem Gewinnspiel mag es zwar zulässig sein, dass die Beklagte – auch in AGB – die Einwilligung in Telefonanrufe vorformuliert. Diese Einwilligung darf sich aber nur auf den konkreten Zweck, die Teilnahme an einem Gewinnspiel, beziehen. Jeder über diesen Zweck hinausgehende Anruf steht nicht mehr mit dem konkreten Anlass, der konkreten Beziehung zwischen Verbraucher und Antragsgegnerin in einem Zusammenhang. Die Einwilligung bezieht sich auf Anrufe von „Partnerunternehmen der L...expert GmbH & Co. KG aus der Lotto- oder Gewinnspieldienstleistungsbranche“, die auch nicht weiter spezifiziert sind (vgl. auch LG Hamburg, Urteil vom 14.02.2008 – 315 0 869/07 – BeckRS 2008 06600; OLG Köln, Urt. v. 23.11.2007 – 6 U 95/07 – zur Unwirksamkeit einer Einwilligung wenn diese nicht nur im Hinblick auf den Vertragspartner,

sondern auch auf die übrigen Unternehmen des (großen) Konzerns erteilt wird, dem der Verwender angehört).

An der Unwirksamkeit der Einwilligung ändert es nichts, dass der Kunde diese jederzeit widerrufen kann, weil dadurch dem Angerufenen die Last zur Wiederherstellung der ungestörten Privatsphäre aufgebürdet wird (BGH aaO – Telefonwerbung VI).

ff. Nach alledem kommt es auf die Frage, ob der Zeuge die behauptete Einwilligungserklärung erteilt hat, nicht an, da sie ohnehin unwirksam wäre.

2. a. Der geltend gemachte Zahlungsanspruch in Höhe von € 150,00 ergibt sich aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG. Es handelt sich um den im vorgerichtlichen Abmahnungsschreiben (Anlage K 2) geltend gemachten Kostenerstattungsanspruch.

b. Die beanspruchten 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 19.07.2008 stehen dem Kläger nicht zu. Ein Verzug ist durch die genannte Abmahnung nicht eingetreten. Dem Kläger stehen allerdings die geltend gemachten Zinsen gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 BGB ab dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit zu, mithin seit dem 17.09.2008.

II. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

III. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich hinsichtlich der Unterlassungsverpflichtung aus § 709 ZPO, hinsichtlich der Geldforderung aus §§ 708 Nr. 11, 711, 709 S. 2 ZPO.