

Unerwünschte telefonische Werbung bei Abschluss eines Girokontos

Eigener Leitsatz:

Die Einwilligungsklausel aus einem Girokontoeröffnungsvertrag, dass man den Service der Bank nutzen möchte auch telefonisch oder per Telefax informiert und beraten zu werden, ist zu weit gefasst. Da der Bank durch diese Klausel auch anderweitige über das Vertragsverhältnis hinausgehende telefonische Beratung in Geldangelegenheiten ermöglicht werden soll, ist sie wegen des Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

Landgericht Hamburg

Urteil vom 23.04.2009

Az.: 315 O 358/08

Tenor:

I.
Die Beklagte wird verurteilt, es 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 EUR 250.000; Ordnungshaft insgesamt höchstens 2 Jahre) zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs ihre Privatkunden anzurufen mit dem Ziel, für Geldanlagen zu werben, wenn diese Privatkunden nicht zuvor in eine solche

telefonische Kontaktaufnahme eingewilligt haben.

II.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 192,60 nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.2.2008 zu zahlen.

III.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

IV.

Das Urteil ist in Ziffer I. vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung i.H.v. EUR 30.000; in Ziffer II. und III. ist es vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags.

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt die Beklagte unter dem Gesichtspunkt einer „unzumutbaren Belästigung“ auf Unterlassung in Anspruch und macht Ersatz von Abmahnkosten geltend.

Die Beklagte ließ durch eine Mitarbeiterin, die Assistentin eines Kundenberaters, am 21.1.2008 ihre Privatkundin Frau W. anrufen. Die Assistentin hinterließ eine Nachricht auf dem Anrufbeantworter der Kundin. Sie gab dabei an, eine Nachfrage betreffend den Freistellungsauftrag der Kundin zu haben und bat um Rückruf. Als die Kundin zurückrief, erklärte die Bankmitarbeiterin, dass sie gesehen habe, dass auf dem Konto der Kundin eine größere Summe eingegangen sei. Sie erkundigte sich, ob die Kundin schon über die Abgeltungssteuer informiert sei. Die Kundin brach das Gespräch daraufhin ab und verbat sich weitere Anrufe.

Die Klägerin mahnte die Beklagte hierauf ab (s. Anlage K 2). Die Beklagte unterwarf sich nicht. Sie verwies auf eine Einwilligungsklausel aus dem Girokontoeröffnungsantrag, den die Kundin unterzeichnet hatte (s. Anlage K 3). Die Klausel lautet:

„Ich möchte den Service der H. nutzen, auch telefonisch und/oder per Telefax informiert und beraten zu werden.“

Einige Zeit vorher, am 29.11.2007, war die Kundin W. in einer Filiale der Beklagten gewesen. Dort war sie bereits einmal auf die Themen Freistellungsauftrag und Abgeltungssteuer, darüber hinaus auf das hohe Saldo auf ihrem Girokonto angesprochen worden. Welchen Inhalt das Gespräch weiter hatte – die Beklagte leitet aus ihm eine Einwilligung in den geschilderten Telefonanruf her – ist zwischen den Parteien umstritten geblieben.

Die Klägerin ist der Auffassung,

die Beklagte habe gegen §§ 3, 7 Abs. 2 Ziffer 2 UWG verstoßen. Die Kundin habe nicht in Werbeanrufe eingewilligt. Insbesondere enthalte der Kontoeröffnungsantrag keine wirksame Einwilligung, wie sich aus der BGH- Rechtsprechung ergebe. Soweit die Beklagte vortrage, die Kundin habe bei einem Besuch am 29.11. in einer Filiale der Beklagten um ein „weiteres Gespräch“ zu den Themen „hoher Saldo auf dem Girokonto“, „Freistellungsauftrag“ und „Abgeltungssteuer“ gebeten, sei dies unzutreffend. In einer solchen Bitte liege zudem keine Einwilligung in einen Telefonanruf.

Sie beantragt

– wie erkannt -.

Hilfsweise hat sie den Klagantrag zu 1. gestellt unter Hinzufügung der Worte

„...insbesondere, wenn die Einwilligungserklärung der Kundin lediglich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten wie anliegend Anlage K 3 erteilt wird.“.

Höchst hilfsweise hat sie den Klagantrag zu 1. gestellt unter

Hinzufügung der Worte

„...wenn nämlich die Einwilligungserklärung der Kundin lediglich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten wie anliegend Anlage K 3 erteilt wird.“

Die Beklagte beantragt

Klagabweisung.

Sie trägt vor,

der Anruf der Kundenberaterin der Beklagten habe schon keinen werblichen Hintergrund. Der Anruf habe vielmehr bezweckt, die Kundin über den größeren Geldeingang zu informieren und eine unentgeltliche Beratung über die Abgeltungssteuer anzubieten. Zu diesem Zwecke habe die Mitarbeiterin lediglich einen Termin vereinbaren wollen, in dem es dann um den ausstehenden Freistellungsauftrag und über wesentliche Inhalte der Abgeltungssteuer gegangen wäre – ein unentgeltlicher Service der Beklagten (s. auch Anlage B 1).

Im Übrigen könne sich die Beklagte auf eine wirksame Einwilligung der angerufenen Kundin berufen. Diese ergebe sich zum einen aus dem Giroeröffnungsantrag. Zum anderen sei die Kundin am 29.11.2007 in einer Filiale der Beklagten gewesen. Dort habe sie mit der Kundenberaterin Frau S. vereinbart, ein weiteres Gespräch zu den Themen hohes Saldo, Freistellungsauftrag und Abgeltungssteuer solle Anfang/Mitte Januar 2008 erfolgen.

Der Klagantrag sei unbestimmt. Zwischen den Parteien sei gerade umstritten, ob die Beklagte eine (wirksame) Einwilligung für sich in Anspruch nehmen könne.

Das Gericht hat Beweis erhoben über die Behauptung der Beklagten, Frau W. habe mit der Zeugin S. bei einem Gespräch am 29.11.2007 vereinbart, dass wegen eines hohen Saldos auf

dem Girokonto der Kunden, wegen eines fehlenden Freistellungsauftrags und wegen der Einführung der Abgeltungssteuer ein weiteres Gespräch Anfang / Mitte Januar 2008 erfolgen solle durch Vernehmung der Zeugin S.. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird verwiesen auf das Protokoll der Beweisaufnahme vom 15.1.2009.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird verwiesen auf die Schriftsätze der Parteien, die Anlagen und das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 3.12.2008.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Klage ist zulässig und begründet.

1. Die Fassung des Unterlassungsantrags ist aus Sicht der Kammer nicht zu beanstanden. Die Klägerin hat zulässigerweise einen abstrakten, d.h. von der konkreten Verletzungsform gelösten, Verbotsantrag gestellt. Dass sie dabei nach der Antragsfassung auf eine fehlende Einwilligung abhebt, während die Beklagte sich auf eine – hinsichtlich ihrer Wirksamkeit zwischen den Parteien umstrittene – Einwilligung beruft, begründet keine durchgreifenden Bedenken. Der 5. Senat des Hanseatischen Oberlandesgerichts hat in einem vergleichbaren Fall unlängst ausgeführt (Az. 5 U 62/08):

„Ohne Erfolg beanstandet die Berufung erneut den Verfügungsantrag als zu weit. Gegenstand der Verfügungsantrags ist das Verbot, im geschäftlichen Verkehr zum Zwecke des Wettbewerbs Verbraucher auf ihrem privaten Telefonanschluss anzurufen, um für Zeitschriftenabonnements zu werben, wenn nicht die Verbraucher zuvor einer solchen telefonischen Kontaktaufnahme zugestimmt haben. Gegenstand des Verfügungsantrags ist also nicht das Verbot, für die Teilnahme an einem derartigen Gewinnspiel eine Gewinnspielkarte wie diejenige gemäß Anlage Ast.4 mit der darin befindlichen vorformulierten Einwilligungsklausel zu

verwenden. Der Inhalt dieser Karte spielt zwar inzident für die Frage eine Rolle, ob mit ihr eine Einwilligung der Zeugin H in den Werbeanruf begründet werden kann; sie selbst ist jedoch nicht Gegenstand des Verbots, sondern nur Teil des Lebenssachverhalts, aus dem das Verbot abgeleitet wird. Wenn die Einwilligung nicht wirksam erteilt worden ist, war der Telefonanruf zu Werbezwecken unzulässig und die Antragstellerin hat Anspruch auf ein uneingeschränktes Verbot. Es spielt für den Unterlassungsantrag keine Rolle, aus welchem Grunde keine wirksame Einwilligung im Sinne des § 7 Abs.2 Nr.2 UWG vorlag, ob also die Antragsgegnerin überhaupt zunächst versucht hat, eine Einwilligung zu erhalten – so der vorliegende Fall – oder ob sie von vornherein ohne eine – wenn auch unwirksame – Einwilligung bei der Zeugin H angerufen hat. Der „wettbewerbliche Unwert“ mag im ersten Fall zwar geringer sein, eine Einschränkung des Unterlassungsantrags folgt hieraus jedoch nicht.“

Diese Auffassung wird von der Kammer geteilt.

2. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch besteht auf der Grundlage von §§ 8, 3, 7 Abs. 1; Abs. 2 Nr. 2 UWG.

a. Das von der Klägerin beanstandete Telefonat der Beklagten mit der Zeugin W. hatte werblichen Charakter .

Die Kammer kann offen lassen, ob es für die Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen (Un-)Zulässigkeit des Verhaltens der Beklagten auf den Anruf ankommt, der von der Beklagten ausging und der – da die Zeugin W. nicht abhob – damit endete, dass die Beklagte um Rückruf bitten ließ, oder ob auf den – von der Beklagten provozierten – Anruf der Zeugin bei der Beklagten abzustellen ist. Denn das eine wie das andere Telefonat waren von Seiten der Beklagten darauf ausgerichtet, mit der Beklagten zu bestimmten Themen in Kontakt zu treten. Diese Themen waren ein höherer Geldeingang auf dem Konto der Zeugin, ein fehlender Freistellungsauftrag und die Abgeltungssteuer.

Dass das (jeweilige) Telefonat werblichen Charakter hatte, zeigt sich bereits daran, dass die Beklagte den hohen Geldeingang auf dem Girokonto der Kundin thematisieren wollte. Es ist lebensfremd anzunehmen (und es ist von der Beklagten auch nicht vorgetragen worden), dass die Beklagte dies für den Fall vorhatte, dass der Kundin der Geldeingang entgangen sein sollte, und sie ihr insoweit die „gute Nachricht“ überbringen wollte. Lebensnah ist vielmehr die Annahme, dass die Beklagte entweder im Anschluss an die Mitteilung von sich aus Anlagemöglichkeiten präsentieren (oder zu einem diesbezüglichen persönlichen Beratungstermin einladen) oder zumindest die Nachfrage von Seiten der Kundin provozieren wollte, was mit dem Geld anzufangen sein könnte. In jedem Fall wäre der Anruf schon aus diesem Grunde als werblicher Anruf einzuordnen.

Das gleiche ergibt sich auch noch daraus, dass die Beklagte zum Thema „Abgeltungssteuer“ informieren wollte bzw. zu einem diesbezüglichen Beratungstermin einladen wollte. Die Beklagte mag ihren Kunden hier vorderhand einen kostenlosen Service angeboten haben. Es bei dieser Interpretation zu belassen, wäre aber wiederum wenig lebensnah. Die Beklagte ist hier nicht im Interesse der Allgemeinbildung ihrer Kunden oder sonst aus altruistischen Motiven heraus tätig geworden. Auch wenn die Darstellung der neuen Rechtslage bzgl. der Abgeltungssteuer im Vordergrund hätte stehen sollen, so ist es allein lebensnah anzunehmen, dass Gegenstand der Beratung auch die Vermeidung von Nachteilen der Steuer vermittels Vermögensumschichtungen Thema gewesen wäre. Im Übrigen ist der Service (wie z.B. ein kostenloser „Frühjahrs-Check“ des KFZ durch eine Automobilwerkstatt) als Instrument der Kundenbindung und deshalb jedenfalls im Weiteren Sinne als Werbemaßnahme einzustufen.

b. Auf eine wirksame Einwilligung (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG) in Form der Einwilligungserklärung aus dem Girovertrag (Anlage K 3) kann sich die Beklagte nicht berufen.

Auch insoweit kann die Kammer wieder offen lassen, ob es auf den ersten Anruf der Beklagten (auf den Anrufbeantworter der Kundin) ankommt oder auf den provozierten Anruf der Kundin bei der Beklagten. Denn die Beklagte hat um den Rückruf gebeten, so dass auch im letzteren Fall von einer von ihr initiierten Kontaktaufnahme auszugehen wäre (s. dazu Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 27. Aufl., §7 Rn 137; s. außerdem § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG als Sonderfall des „provozierten Rückrufs“).

In beiden Fällen könnte sich die Beklagte auf die im Giroantrag enthaltene Einwilligung nicht berufen, weil sie wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist:

In der Rechtsprechung des BGH ist die Frage, ob eine vorformulierte Einwilligung in Telefonwerbung nicht schon schlechthin unzulässig ist, umstritten (zum Streitstand s. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, WettbR, 27. Aufl., § 7 Rn 47). Der 1. Zivilsenat des BGH ist für die Rechtslage zum alten UWG grundsätzlich von der Möglichkeit einer vorformulierten Einwilligung ausgegangen, hat diese aber der AGB-Kontrolle nach § 9 AGBG (jetzt 307 BGB) unterzogen, da der Verwender für die Einverständniserklärung wie bei vorformulierten Vertragsbedingungen einseitig seine rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit für sich in Anspruch nehme und der Kunde nur darauf, ob er die Erklärung abgeben wolle, nicht aber auf ihren Inhalt Einfluss habe (s. BGH GRUR 2000, 818 – Telefonwerbung VI ; s. auch BGH GRUR 2008, 1010 – Payback, Tz. 27 ff. für vorformulierte Einwilligungen in unverlangt versandte e-Mails und SMS gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG). Dieser Auffassung folgt – wie das Hans. OLG (s. aus jüngster Zeit die Entscheidung zum Az. 5 U 62/08) – auch die Kammer.

Die streitgegenständliche Klausel ist wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Nach der Entscheidung Telefonwerbung VI des BGH ist eine Einverständniserklärung in dem Eröffnungsantrag für ein Sparkonto, mit der in die telefonische Werbung „in Geldangelegenheiten“ eingewilligt

wird, wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG – der inhaltsgleichen Vorgängerbestimmung zu § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB – unwirksam, weil sie zu weit ist, nämlich der Bank telefonische Werbung auch in anderweitigen Geldangelegenheiten ermöglichen soll, die über das Vertragsverhältnis mit der Bank hinausgehen. Erst Recht muss das für den vorliegenden Fall gelten, in dem die Klausel aus dem Giroeröffnungsantrag nicht einmal auf „Geldangelegenheiten“ beschränkt ist.

Dahin stehen kann, ob die vorformulierte Einverständniserklärung darüber hinaus wegen unklarer Reichweite – nämlich hinsichtlich des Gegenstands möglicher Anrufe – gegen § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verstößt und auch aus diesem Grunde unwirksam ist (s. zur Frage Hans. OLG zum Az. 5 U 62/08).

c. Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Zeugin W. am 29.11.2007 bei ihrem Besuch in der Filiale der Beklagten mündlich (konkludent) in eine telefonische Kontaktierung eingewilligt hätte.

Das folgt zwar – insoweit ist die Kammer von ihrer ursprünglichen Rechtsauffassung abgerückt – noch nicht daraus, dass die Beklagte eine Einwilligung schon nicht schlüssig vorgetragen hätte. Dazu hat die Kammer in ihrem Hinweisbeschluss vom 8.12.2008 näher Stellung genommen und verweist zur Vermeidung von Wiederholungen auf die dortigen Ausführungen.

Der Beklagten ist jedoch der – von ihr zu führende (s. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 27. Auf., § 7 Rn 134) – Beweis nicht gelungen, dass die Zeugin W. bei ihrem Besuch in der Filiale der Beklagten am 29.11.2007 tatsächlich in eine telefonische Kontaktaufnahme eingewilligt hat. Die Vernehmung der Zeugin S. hat vielmehr ergeben, dass zumindest durchgreifende Zweifel daran bestehen, dass die Kundin eingewilligt hat.

Die Zeugin S. konnte sich an den konkreten Verlauf des Gesprächs vom 29.11.2007 in der Filiale nicht erinnern. Sie hat angegeben:

„ Ich weiß nicht mehr genau, wie wir verblieben sind. Ob die Kundin etwa gesagt hat, sie meldet sich noch einmal. Möglich ist auch, dass wir vorgeschlagen haben, wir melden uns noch einmal.“

Die Zeugin hat sodann im Rahmen der Beweisaufnahme ihren Vermerk in das Computersystem vorgelesen, welcher lautete:

„ Kundin meldet sich: Nachfassen!“.

Auf eine Einwilligung der Kundin W. in eine telefonische Kontaktaufnahme lässt diese Aussage nicht schließen, eher im Gegenteil. Wenn die Kundenberaterin vermerkt hat, die Kundin werde sich melden, so spricht das dafür, dass die Kundin den umgekehrten Weg – die Bank werde sich bei der Kundin melden – abgelehnt hat. Letztlich kann das aber offen bleiben. Die Beklagte trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Einwilligung. Die Kammer ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme von der Erteilung einer solchen Einwilligung nicht überzeugt. Denn für eine solche Einwilligung hat die Zeugin nichts von Substanz bekundet. Sie hat sie lediglich für „möglich“ gehalten; ebenso möglich ist das Gegenteil, nämlich dass die Kundin kein Einverständnis in eine weitere (telefonische) Kontaktierung gegeben hat.

II.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 ZPO.