

Empfehlung durch Dritte ersetzt nicht die Einwilligung in Werbeanrufe und Werbefaxe

Eigener Leitsatz:

Werbemaßnahmen ohne Einwilligung des betroffenen Verbrauchers sind unzulässig. Erfolgt ein Werbeanruf aufgrund einer Empfehlung durch einen Dritten, ist hierzu dennoch die Einwilligung des Angerufenen erforderlich. Dies gilt auch bei einem Thema von hochgradigem öffentlichen Interesse. Gegenüber Unternehmen kommt es bei der Beurteilung des mutmaßlichen Interesses des Angerufenen immer auf dessen Sicht an und nicht auf die eines Dritten. Entsprechendes gilt zudem für Faxzusendungen.

Oberlandesgericht Hamm

Urteil vom 26.03.2009

Az.: 4 U 219/08

Tenor:

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 26. November 2008 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Bochum wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass das Wort "insbesondere" im Verbotstenor des angefochtenen Urteils jeweils entfällt.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil seine unter dem 02.10.2008 erlassene einstweilige Verfügung bestätigt, wonach der Antragsgegnerin unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt worden ist,

selbst oder durch von ihr Beauftragte ohne Einwilligung oder Aufforderung Telefaxschreiben, insbesondere solchen werbenden Inhalts, an den Antragsteller, insbesondere an dessen Telefaxnummer #####/#####, zu senden oder selbst oder durch von ihre Beauftragte telefonischen Kontakt, insbesondere zu Werbezwecken, mit dem Antragsteller aufzunehmen.

Wegen des zugrunde liegenden Sachverhalts und der Entscheidungsgründe wird gemäß § 540 ZPO auf den Tatbestand (S. 2 f.) und die Entscheidungsgründe (S. 3 ff.) des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Die Antragsgegnerin greift das Urteil mit ihrer Berufung an, mit der sie geltend macht: Es handele sich um eine rechtsmissbräuchliche Rechtsverfolgung durch den Antragsteller. Der Anruf und das Faxschreiben des Mitarbeiter E von der Werbeagentur H seien von ihr nicht veranlasst worden; die vermeintlichen Verstöße seien ihr nicht zurechenbar. Die Faxzusendung sei auf ausdrücklichen Wunsch des Antragstellers erfolgt. Hinsichtlich der Telefonwerbung habe eine mutmaßliche Einwilligung bestanden; dem Anruf habe eine Empfehlung von inserierenden Ärztekollegen zugrunde gelegen. Es lägen keine Umstände vor, die eine Wiederholungsgefahr begründen könnten.

Die Antragsgegnerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts die einstweilige Verfügung vom 02.10.2008 aufzuheben und den Antrag auf ihren Erlass zurückzuweisen.

Der Antragsteller beantragt,

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass das Wort "insbesondere" im Verbotstenor des angefochtenen Urteils jeweils entfällt.

Er verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

Die zulässige Berufung der Antragsgegnerin ist unbegründet. Der Antragsteller kann von ihr nach §§ 823 I, 831, 1004 BGB im Wege der einstweiligen Verfügung die Unterlassung der streitgegenständlichen Werbeanrufe und -telefaxe verlangen.

I.

Soweit der Antragsteller seine Antragsfassung geringfügig modifiziert und jeweils das Wort "insbesondere" gestrichen hat, handelt es sich im Hinblick auf § 253 II Nr. 2 ZPO um bloße Klarstellungen, die den mit der Antragschrift begründeten Streitgegenstand als solchen nicht berühren und die auch kostenunschädlich sind.

II.

Im Hinblick auf die Anspruchsgrundlage ist zunächst festzustellen, dass vorliegend keine Unterlassungsansprüche unmittelbar nach dem UWG bestehen. Die Parteien sind nicht Mitwettbewerber i.S.v. §§ 2 Nr. 3; 8 III Nr. 1 UWG. Von daher findet das UWG, insbesondere mit den Verletzungstatbeständen des § 7 II Nr. 2 und 3 UWG, keine unmittelbare Anwendung. Jedoch können sich entsprechende Ansprüche aus §§ 823 I, 831 BGB unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder – wie hier – des Rechts am Unternehmen ergeben. Bei der Prüfung dieser generalklauselartigen Tatbestände des Bürgerlichen Rechts

sind, um unterschiedliche Ergebnisse zu vermeiden, freilich grundsätzlich die gleichen Wertmaßstäbe wie bei § 7 UWG anzulegen (Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl. 2009, § 7 Rn. 14).

III.

Eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung der Unterlassungsansprüche, wie von der Antragsgegnerin geltend gemacht, kann nicht festgestellt werden. Auf § 8 IV UWG kann insoweit schon aus Rechtsgründen nicht abgestellt werden. Vielmehr müssten Umstände vorliegen, die zeigen, dass dem Begehren keine schutzwürdigen Eigeninteressen des Antragstellers zugrunde liegen (vgl. hierzu Palandt-Heinrichs, BGB, 68. Aufl. 2009, § 242 Rn. 50 f.). Dies liegt im Streitfall fern. Weder ist feststellbar, dass das Vorgehen des Antragstellers lediglich im Gebühreninteresse erfolgt ist, noch ist von Belang, dass sich der Antragsteller häufiger durch Werbeanrufe gestört fühlt und entsprechend häufiger hiergegen vorgehen mag. Dass der Antragsteller, der hier ein berechtigtes Interesse verfolgt, der Antragsgegnerin letztlich nur schaden möchte, ist mitnichten feststellbar.

IV.

Der Verfügungsgrund ist zu bejahen. Dieser wird zwar nicht nach § 12 II UWG vermutet, ist jedoch im Sinne von § 935 ZPO dargetan und glaubhaft gemacht. Da die Antragsgegnerin die geforderte strafbewehrte Unterlassungserklärung nicht abgegeben hat und nach wie vor ihre Telefonpraxis von Drittempfehlungen rechtfertigt, ist zu besorgen, dass weitere unzulässige Werbeanrufe oder –Werbesendungen per Telefax an den Antragsteller, also Eingriffe in seinen eingerichteten und ausgeübten Praxisbetrieb erfolgen.

V.

Die geltend gemachten Verfügungsansprüche sind begründet, und zwar in Bezug auf die beanstandete Telefonwerbung wie auch auf die Telefaxwerbung. Es handelt sich dabei streitgegenständlich, verknüpft durch das Wort "oder" in der

Antrags- und Verbotsfassung, um zwei selbständige Streitgegenstände.

1. Die Antragsgegnerin ist passivlegitimiert und für die Belästigungen auch verantwortlich.

Sie hat sich zum Vertrieb der Anzeigenschaltung der Agentur H bedient, deren Anrufer und Faxversender wiederum der Mitarbeiter E war. Die Anzeigenakquisition wurde von der Antragsgegnerin in ihrem wirtschaftlich Interesse und nicht etwa der Q durchgeführt. Die eigene Verantwortlichkeit der Antragsgegnerin, die mit Schreiben vom 18.09.2008 im Anschluss an die Abmahnung vom 15.09.2008 überhaupt nicht in Abrede gestellt worden ist, ergibt sich im Übrigen auch aus dem beanstandeten Faxschreiben vom 05.09.2008, in dem zwar auch die Q als Absender angegeben ist, aus dem sich aber ergibt, dass Ansprechpartner für die Antragsgegnerin ("Ansprechpartner beim W für Auftragserteilung") Herr E war, bei dem es sich um einen von ihr "beauftragten" Mitarbeiter gehandelt habe.

Das Fehlverhalten des E ist der Antragsgegnerin zurechenbar. Die Antragsgegnerin hat den Vorteil einer arbeitsteiligen Organisation in Anspruch genommen, sie muss hieraus resultierend im Streitfall auch die damit verbundenen Risiken tragen. Dies gilt zum einen unter dem Gesichtspunkt eines eigenen Organisationsverschuldens der Antragsgegnerin, weil die Anrufpraxis aufgrund einer vermeintlichen Empfehlung von ärztlichen Kollegen von ihr selbst verfochten wird und so erkennbar auch in die Anruftätigkeit der Agentur eingeflossen ist. Dass die Antragsgegnerin demgegenüber ausreichende organisatorische Vorkehrungen gegen belästigende Anrufe und Faxschreiben getroffen hat, kann auch unter Berücksichtigung der eidesstattlichen Versicherung ihres Geschäftsführers vom 16.10.2008 nicht festgestellt werden, zumal die Anforderungen an ein etwaiges Einverständnis oder einer "Aufforderung" der Kunden dort nicht konkretisiert ist. Zum anderen besteht eine Haftung aus § 831 I BGB. Die Agentur H mit ihrem Mitarbeiter E ist als Verrichtungsgehilfe im Sinne dieser Vorschrift

anzusehen. Per Definitionem ist zu einer Verrichtung bestellt, wem von einem anderen eine Tätigkeit übertragen worden ist, unter dessen Einfluss er allgemein oder im konkreten Fall handelt und zu dem er in einer gewissen Abhängigkeit steht (sog. Weisungsrecht; BGH WM 1998, 257). Nicht entscheidend dabei ist, ob der Bestellte selbständig ist (BGH NJW 1956, 1715; Palandt-Sprau, a.a.O., § 831 Rn. 5). Vorliegend war die Antragsgegnerin in der Lage, die Tätigkeit der von ihr eingesetzten Agentur zu steuern. Sie konnte deren Tätigkeit – anderes ist auch nicht mitgeteilt – jederzeit beschränken, entziehen und nach Art und Umfang bestimmen. Der Anrufer und Versender des streitgegenständlichen Telefaxes hat in Ausübung dieser Verrichtung gehandelt. Bei der Agentur handelte es sich letztlich um den "verlängerten Arm" der Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin hat sich alsdann nicht exkulpiert und glaubhaft gemacht, dass sie insoweit die nötigen Aufsichts- und Sicherungsanordnungen getroffen hat.

2. Der Anruf, der vor der Faxzusendung erfolgt ist, war verbotswidrig.

Es handelte sich zunächst unzweifelhaft – auch wenn es sich in Bezug auf die Publikation "Kindesmisshandlung und Kindesmissbrauch" um ein ungemein wichtiges Thema von allgemeinem Interesse handelte – um einen Werbeanruf, da im Kern entgeltliche Anzeigen angedient werden sollten. Unerheblich dabei ist, wenn nach dem Vortrag der Antragsgegnerin zunächst nur festgestellt werden sollte, ob der Antragsteller überhaupt an dem Thema interessiert ist. Die potentiell verbotswidrige Belästigung ist bereits durch den Anruf als solchen erfolgt. Der weitere Gesprächsinhalt ist unerheblich.

Eine Einwilligung oder zumindest eine mutmaßliche Einwilligung bestand in Bezug auf diesen Anruf nicht. Eine ausdrückliche Einwilligung des Antragstellers hat unstreitig nicht bestanden. Ein vorheriger direkter Kontakt zu ihm existierte auch nach dem eigenen Vortrag der Antragsgegnerin nicht. Auch

eine mutmaßliche Einwilligung bestand nicht. Der Vortrag der Antragsgegnerin, die hierfür darlegungs- und glaubhaftmachungspflichtig ist, ist insoweit unerheblich. Sie hat lediglich vorgetragen, dass das Themenheft von Ärzten finanziert werde, dass das Thema von allgemeinem Interesse sei und dass Inserenten Kollegen benennen würden, von denen sie annähmen, dass sie ebenfalls an einer solchen Themenstellung interessiert seien. Abgesehen davon, dass eine solche Empfehlung durch einen konkreten Kollegen nicht nachvollziehbar mitgeteilt ist und dass es selbstverständlich um ein Thema von hochgradigem öffentlichen Interesse geht, muss sich nach Sinn und Zweck des Verbotes das mutmaßliche Interesse aus der Sicht des Angerufenen ergeben. Allein auf dessen Interesse kann es nach Sinn und Zweck des Verbots ankommen, nicht aber auf die Benennung oder Empfehlung durch Dritte. Dass der Antragsteller seinerseits Interesse hieran, nämlich im Kern auch an der Anzeigenschaltung, um die es letztlich geht, hatte, kann nicht festgestellt werden. Wenn man im Übrigen ein allgemeines Interesse ausreichen ließe, würde der Schutzzweck der hier maßgeblichen Verbotsbestimmungen leer laufen. Von daher liegt auch die Argumentation der Antragsgegnerin neben der Sache, dass nicht verständlich sei, warum der Antragsteller das "Erscheinen einer solchen Publikation durch sein Vorgehen erschwere". Darum geht es nicht. Die Antragsgegnerin in ihrer Funktion als Publikationsorgan für die Q hat keinerlei Sonderberechtigung gegenüber sonstigen Anzeigengeschäften. Eine Geschäftsverbindung bestand zwischen den Parteien vorher nicht. Außerdem handelte es sich dabei um eine Leistung, die nicht in unmittelbarem beruflichen Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit des Antragstellers, der Orthopädiearzt ist, stand, sondern um ein beworbenes Sponsoring, das der Antragsteller für seinen Praxisbetrieb im engeren Sinne nicht benötigte und dabei erst recht nicht auf telefonischem Wege.

3. Entsprechendes gilt für die Faxzusendung vom 05.09.2008, die, wie sich auch aus der beigegefügte Anzeigen-Preisliste

ergibt, zweifelsohne wiederum eine Werbemaßnahme darstellt. Eine diesbezügliche Einwilligung – wie bei § 7 II Nr. 3 UWG – hat nicht bestanden. Eine solche ergibt sich auch nicht daraus, dass sich der Antragsteller mit der Übersendung der Kontaktdaten per Telefax einverstanden erklärt hat.

Die Einwilligung muss "für den konkreten Fall" erteilt sein (vgl. Köhler, a.a.O., § 7 Rn. 186). Bei der allgemeinen Preisgabe der Telefaxnummer in öffentlichen Verzeichnissen, Briefköpfen, der Homepage etc. erklärt der Unternehmer regelmäßig nur sein Einverständnis dazu, dass potentielle Kunden seinen Telefaxanschluss bestimmungsgemäß nutzen und ihm auf diesem Wege insbes. Kaufanfragen im Rahmen seiner üblichen Verkaufstätigkeit übermitteln (vgl. BGH GRUR 2008, 923; Köhler, a.a.O., § 7 Rn. 187 m.w.N.). Da der Anruf aber nicht mit der ärztlichen Praxis des Antragstellers zu tun hatte, rechtfertigt zunächst die Mitteilung der Anschlussdaten eine solche Faxsendung noch nicht.

Alsdann ist in dem Telefonat mit dem Anrufer E, der die Fax-Nummer erfragt hat, konkret eine Einwilligung in die hier in Rede stehende Werbung für das Anzeigengeschäft im Zusammenhang mit der Veröffentlichung in Sachen "Kindesmisshandlung und Kindesmissbrauch" nicht erklärt worden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Angerufene zunächst nur "zum Schein" auf das Angebot des Anrufers eingegangen ist, um dessen Kontaktdaten zu erhalten und um so gegen die ungewollte Werbung vorgehen zu können. Vielmehr ist maßgeblich, zu welchem Zweck die Einwilligung zu der Faxsendung erteilt worden ist. So liegt, wenn ein Unternehmen nur auf Grund eines Anrufs seine Faxnummer angibt, eine Einwilligung in eine Faxwerbung dann nicht vor, wenn dabei der werbliche Zweck der Anfrage nicht ausdrücklich offen gelegt worden ist (vgl. zutr. OLG Stuttgart WRP 2007, 854 red. Ls.; Köhler, a.a.O., § 7 Rn. 187). Hier ist insofern von Seiten der darlegungs- und nachweispflichtigen Antragsgegnerin nicht glaubhaft gemacht, dass der Antragsteller konkret in die Offerte einer Anzeigenwerbung für

die fragliche Dokumentation eingewilligt hat. Der Antragsteller hat in nicht widerlegter Weise vorgetragen, dass er nur die Übersendung von "Kontaktdaten" erbeten habe und dass der Anrufer nicht auch offenbart habe, dass er den Kläger als Wirtschaftsunternehmen für Werbemaßnahmen gewinnen wolle. Das beinhaltet nicht, dass der Antragsteller auch Werbung konkret für Anzeigenaufträge erhalten wollte. Nach dem eigenen Vortrag der Antragsgegnerin diene der Anruf zunächst lediglich dazu, herauszufinden, ob ein Interesse des Antragstellers "an dem Projekt" bestand. Das Projekt war allenfalls die Publikation in Sachen Kindesmissbrauch. Dass nunmehr per Telefax ein Anzeigenauftrag beworben werden sollte und dass der Antragsteller dies dann entsprechend erwünscht hätte, wie die Antragsgegnerin geltend macht, ist nicht feststellbar.

Überdies sind die maßgeblichen Kontaktdaten, was vom Einverständnis erfasst gewesen wäre, auch gar nicht mitgeteilt worden. Denn es ist gerade nicht mitgeteilt worden, dass E als Mitarbeiter der Agentur H für die Antragsgegnerin gehandelt hat. Dieser nämlich war nicht unmittelbar Ansprechpartner für die Antragsgegnerin, die ihn ihrerseits nach eigenen Angaben gar nicht kannte. Als Kontakt wurde zudem die Q suggeriert, wie sich nicht zuletzt aus der Unterschriftenzeile "Mit freundlichen Grüßen, Q, i.A. E" ergibt.

4. Die Wiederholungsgefahr ist sowohl in Bezug auf die Telefonwerbung wie auch in Bezug auf die Faxzusendung zu bejahen. Diese wird durch die Tatsache des Verstoßes vermutet. Sie kann grundsätzlich nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung beseitigt werden (BGH WM 1994, 641; Palandt-Sprau, a.a.O., Einf. v. § 823 Rn. 20 m.w.N.). Die Wiederholungsgefahr ist insbesondere nicht deshalb entfallen, weil Herr E aus der Agentur ausgeschieden ist und dieser vermeintlich nicht würde erneut anrufen, zumal die Antragsgegnerin das verbotswidrige Vorgehen auch in der Sache weiterhin verteidigt.

V.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 I, 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Vorinstanz:

Landgericht Bochum, 6 0 453/08