

Telefonwerbung Einwilligung

ohne

Amtlicher Leitsatz

1. Der Basisvertrag, mit dem sich der Betreiber eines Call Centers gegenüber einem Auftraggeber verpflichtet, bei Dritten ohne deren Einwilligung Telefonwerbung zu betreiben, ist nach § 134 BGB nichtig.

2. Dem Betreiber des Call Centers stehen auch keine Ansprüche nach § 683 BGB oder § 812 BGB auf Aufwendungsersatz zu, namentlich im Hinblick darauf, dass er seine Telefonisten bezahlt hat.

Oberlandesgericht Stuttgart

Beschluss vom 26.8.2008

Az.: 6 W 55/08

Beschluss

Tenor

In der Prozesskostenhilfesache ... wegen Forderung aus Callcentervertrag wird die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Landgerichts Stuttgart vom 29. Februar 2008 (18 O 94/07) zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die sofortige Beschwerde ist zwar zulässig, insb. per Fax rechtzeitig eingelegt worden. Sie hat in der Sache aber keinen Erfolg, weil die beabsichtigte Klage keine Aussicht auf Erfolg hat (§ 114 ZPO). Der Antragstellerin steht der geltend gemachte Anspruch mit solcher Sicherheit nicht zu, dass eine

Bewilligung von Prozesskostenhilfe auch nicht unter dem Gesichtspunkt in Betracht kommt, dass schwierige Rechtsfragen nicht im Prozesskostenhilfe-, sondern im Hauptsacheverfahren zu klären sind.

1.

Die Klage würde allerdings noch nicht daran scheitern, dass die Antragstellerin als Scheinselbständige Arbeitnehmerin oder wenigstens arbeitnehmerähnlich einzustufen wäre und daher der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten statt zur Zivilgerichtsbarkeit eröffnet wäre.

a. Über diese Frage war weder vom Landgericht noch ist darüber vom Senat nach § 17a GVG vorab durch Beschluss zu entscheiden, denn das Prozesskostenhilfeverfahren fällt nicht unter diese Vorschrift (Kissel/Mayer GVG 5. Auflage § 17 Rdnr. 6).

b. In der Sache selbst ist § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG nicht einschlägig, was bei einem aut-aut- oder et-et- Fall komplett zu prüfen ist.

aa. Die Antragstellerin ist nicht Arbeitnehmerin. Zwar wurde im erstinstanzlichen Verfahren sowohl eine ausdrücklich vereinbarte Arbeitnehmereigenschaft als auch eine Scheinselbständigkeit angesprochen. Beides liegt aber nicht vor.

Wie schon die eigene Abrechnung der Antragstellerin zeigt, rechnet sie für andere Beschäftigte u.a. deren Lohn ab. Mag dies auch nicht allein ausschlaggebend gegen die Einordnung der Antragstellerin als Arbeitnehmerin sein, ist es doch ein wesentliches Indiz und – jedenfalls für die endgültige Vertragsgestaltung zwischen den Parteien – ist kein schlüssiger Vortrag erfolgt, der es entkräftigen würde. Zudem fehlt es an der erforderlichen Weisungsgebundenheit in einer von der Antragsgegnerin bestimmten Arbeitsorganisation. Gerade

der Streit zwischen den Parteien über die Höhe der geforderten Vergütung zeigt, dass die Antragstellerin die Arbeitsorganisation selbst bestimmte.

bb. Die Antragstellerin ist auch eine arbeitnehmerähnliche Person (§ 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG). Abgesehen davon, dass sie nach ihrem eigenen Vorbringen lediglich ihre Selbstkosten an die Antragsgegnerin weiter geben sollte und daher ihren Lebensunterhalt nicht aus den Einnahmen des Call Centers bestreiten können sollte, fehlt es bei mehreren von ihr entlohnten weiteren Beschäftigten auch daran, dass ihre soziale Stellung nicht dem Typ einer arbeitnehmerähnlichen Person entsprach (BAGE 14, 17, 20f).

2.

Vertragliche Ansprüche stehen der Antragstellerin aber deswegen nicht zu, da der mit der Antragsgegnerin abgeschlossene Vertrag wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig ist (§ 134 BGB). Da der Vertreter der Antragsgegnerin den entscheidenden Gesichtspunkt des Verstoßes der von der Antragstellerin zu erbringenden Dienstleistungen gegen die „guten wettbewerblichen Sitten“ nahezu von Anfang an problematisiert hatte, konnte der Senat ohne eigenen Hinweis nach § 139 ZPO durchentscheiden.

Nach übereinstimmendem Vortrag der Parteien sollte die Antragstellerin durch ihr Call Center für die Antragsgegnerin Verbraucher telefonisch akquirieren, die hierzu vorher keine Einwilligung gegeben hatten. Damit war der Vertrag darauf gerichtet, dass die Antragstellerin durch ihre Mitarbeiter systematisch gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 1, § 3 UWG in der im Vertragszeitraum geltenden Fassung der Bekanntmachung vom 3. Juli 2004 verstieß, wofür es genügt, wenn Inhalt der Anrufe die Vereinbarung eines Vertretertermins sein soll (BGH GRUR 1989, 753, 754).

Wie ein anderer Senat des erkennenden Gerichts bereits 1996 entschieden hat (NJW-RR 1997, 236) und was in der Literatur durchgehend genauso beurteilt wird (z.B. Armbrüster in Münchener Kommentar zum BGB 5. Auflage § 134 Rdnr. 67 mwN oder Sack in Staudinger BGB § 134 Bearb. 2003 Rdnr. 298), ist ein Vertrag nach § 134 BGB nichtig, der zur Begehung unlauteren Wettbewerbs verpflichtet („Basisvertrag“), ohne dass zwischen den verschiedenen möglichen Verstößen differenziert werden müsste.

Ob daneben auch eine von der Antragsgegnerin geltend gemachte Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten vorliegt (vgl. hierzu OLG Stuttgart aaO S. 237), kann dahingestellt bleiben.

3.

Ansprüche aus § 683 BGB, also auf Aufwendungsersatz aus Geschäftsführung ohne Auftrag, bestehen ebenfalls nicht, da die Antragstellerin die Erbringung der Dienstleistung wegen des Verstoßes gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG den Umständen nach nicht für erforderlich halten durfte (vgl. hierzu BGHZ 37, 258, 263f).

4.

Der Antragstellerin stehen auch keine Ansprüche aus Bereicherungsrecht zu. Ihnen steht der Ausschlusstatbestand des § 817 S. 2 BGB entgegen, weil nicht nur der Antragsgegnerin ein Gesetzesverstoß zur Last fällt, sondern auch der Antragstellerin.

a. Zwar verlangt die Rechtsprechung über den Gesetzesverstoß hinaus zusätzlich, dass der Leistende vorsätzlich gegen das Gesetzesverbot verstoßen hat. Ein solcher Vorsatz ist aber bereits dann anzunehmen, wenn er sich der Einsicht in die Gesetzeswidrigkeit leichtfertig verschließt (Sprau in Palandt

BGB 67. Auflage § 817 Rdnr. 17). Dies ist angesichts der ständig in den Medien präsenten, bereits jahrzehntelangen Versuche der Rechtsprechung, der unlauteren Telefonwerbung Herr zu werden, ohne weiteres anzunehmen.

b. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Einschränkung des § 817 S. 2 BGB (Sprau aaO Rdnr. 18) greifen vorliegen nicht. Insb. ist die vorliegende Konstellation nicht damit vergleichbar, dass dem unrechtmäßigen Verleiher von Arbeitskräften wenigstens ein Aufwendungsersatzanspruch gegenüber dem Entleiher zugesprochen wurde, soweit er die verliehenen Arbeitskräfte bereits entlohnt hatte (vgl. hierzu BGHZ 75, 299, 302ff). So stehen bei der Nichtigkeit des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags keine sozialpolitische Zwecke im Vordergrund, die dazu zwingen würden, wie im Bereich des Arbeitnehmerüberlassungsrechts Rücksicht darauf zu nehmen, dass der Streit zwischen Ver- und Entleiher nicht über das bereicherungsrechtliche Dreieck unter Einbeziehung der Arbeitnehmer erfolgt, deren Arbeitserbringung an sich nicht zu beanstanden ist. Vielmehr ist gerade die Arbeit der Mitarbeiter der Antragstellerin, nämlich die wettbewerbswidrigen Telefonanrufe, Grund für die Nichtigkeit des Vertrags zwischen den Parteien. Zudem ist der Zweck des Verbots von Cold Callings am ehesten dadurch zu erreichen, dass dem Leistenden jeder Anspruch versagt wird.

Bei dieser Sachlage muss der Frage nicht nachgegangen werden, ob den Mitarbeitern der Antragstellerin überhaupt Entlohnungsansprüche gegen diese zustanden oder ob auch diese Verträge trotz – sofern Arbeitsverhältnisse vorliegen sollten – der Grundsätze faktischer Arbeitsverhältnisse (jedenfalls insoweit) nach § 134 BGB nichtig sind, als sie in eigener Person Verstöße gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG begehen sollten (vgl. dazu dass auch die Telefonisten selbst Täter sein können: Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm UWG 8. Auflage § 8 Rdnr. 2.5 und zur Überwindung der Lehre der faktischen Gesellschaft bei verbotenen Leistungen des Arbeitnehmers: BAG

BB 2005, 782, 783f).

II.

Eine Kostenentscheidung erübrigt sich (vgl. Reichold in Thomas/Putzo ZPO 29. Auflage § 127 Rdnr. 11).

III.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.