

# Keine Telefonwerbung ohne vorherige Einwilligung

## Eigener Leitsatz:

Telefonwerbung ist ohne vorherige Einwilligung des angerufenen Verbrauchers wettbewerbsrechtlich unzulässig, sog. Cold-Calls.

## Oberlandesgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 04.12.2012

Az.: 6 U 133/11

## Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 25.5.2011 verkündete Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110.000 € abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

## Entscheidungsgründe:

I.  
Die Parteien sind Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen und streiten um die Zulässigkeit von Werbeanrufen bei Verbrauchern. Wegen des Sachverhalts wird gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts Frankfurt am

Main in der angefochtenen Entscheidung vom 25. Mai 2011 verwiesen.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, im geschäftlichen Verkehr gegenüber Verbrauchern mittels Telefonanrufen für Telekommunikationsprodukte zu werben oder werben zu lassen, unabhängig davon, ob der Anruf der Begründung oder Erweiterung einer Vertragsbeziehung oder dem Anbieten von Telekommunikationsprodukten dient, solange der Angerufene vor dem Werbeanrufen nicht sein ausdrückliches Einverständnis mit einer Telefonwerbung erklärt hat. Ferner hat das Landgericht der Klägerin Ersatz für die Kosten ihrer Abmahnung zugesprochen.

Das Landgericht hat festgestellt, dass die Beklagte im September 2010 durch ein beauftragtes Unternehmen Frau A, Stadtl auf ihrem Privatanschluss anrufen lies, um ihr einen Telefontarif der Beklagten anzubieten. Es hat den Einwand der Beklagten, Frau A hätte zuvor im Rahmen ihrer Teilnahme an dem Gewinnspiel [www....de](http://www....de) ihr Einverständnis mit entsprechenden Werbeanrufen erklärt, als unerheblich zurückgewiesen, weil die dort vorformulierte Erklärung (Anlage B 12 – Bl. 116 d. A.) eine unangemessene Benachteiligung der Vertragspartner des Verwenders darstelle und daher gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sei. Die Einwilligungserklärung beschränke sich nämlich nicht auf den Erhalt von Werbeanrufen im Rahmen des konkreten Vertragsverhältnisses sondern solle auch in unzulässiger Weise die Werbung durch andere Unternehmen und für sonstige Vertragsschlüsse ermöglichen.

Mit der form- und fristgerecht eingelegten Berufung wiederholt und vertieft die Beklagte ihren erstinstanzlichen Vortrag. Die Beklagte wirft dem Landgericht ferner vor, sich mit seinem Unterlassungsgebot nicht an der konkreten Verletzungshandlung orientiert zu haben. Das Verbot, für „Telekommunikationsprodukte“ zu werben, erfasse beispielsweise auch die telefonische Bewerbung von Telefonkabeln oder USB-Sticks, die zwar zum Angebot der Beklagten gehörten, aber von

den angegriffenen Verletzungshandlungen gar nicht erfasst seien. Die Beklagte verweist auf ein Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18. 10. 2011 (Az.: I – 20 U 96/10 – Anlage B 5), in dem die Grenzen entsprechender Rechtsverfolgung aufgezeigt worden seien. Der Verbotsumfang sei auch deshalb zu weitgehend, weil er nur auf das Einverständnis „des Angerufenen“ abstelle und damit auch zulässige Fälle der Telefonwerbung einschlieÙe, bei denen der Inhaber des Telefonanschlusses sein Einverständnis erteilt habe.

*Die Beklagte beantragt,*

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

*Die Klägerin beantragt,*

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

Der Senat hat Beweis erhoben über die Behauptung der Beklagten, Frau A habe am 24. 5. 2010 an dem o. g. Internet-Gewinnspiel teilgenommen und durch aktives Anklicken des entsprechenden Kästchens ihre Einwilligung für entsprechende Werbeanrufe erklärt. Wegen der Einzelheiten wird auf den Beweisbeschluss vom 7. Mai 2012 (Bl. 413 f. d. A.) sowie auf die schriftliche Aussage von Frau A (Bl. 426 ff. d. A.) und auf das Vernehmungsprotokoll vom 13. 11. 2012 (Bl. 450 ff. d. A.) verwiesen.

II.

Das Rechtsmittel der Beklagten ist nicht begründet.

1. Der Klageantrag ist hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Der Unterlassungsantrag der Klägerin lehnt sich zwar mit der Formulierung "gegenüber Verbrauchern mittels Telefonanrufen ... zu werben, solange der Angerufene vor dem

Werbeanruf nicht sein ausdrückliches Einverständnis mit einer Telefonwerbung erklärt hat... " an den Text des § 7 Abs. 2 Nr. 2, Fall 1 UWG 2004 an. Er ist gegenüber dem Gesetzeswortlaut aber dadurch konkretisiert, dass er mit den Worten "...mittels Telefonanrufen für Telekommunikationsprodukte zu werben..." auf die beanstandete Verletzungsform Bezug nimmt, bei der es der Beklagten um die Gewinnung neuer Kunden für ihre Telefontarife geht.

Die Klägerin macht geltend, dass sich die angerufenen Verbraucher nicht mit den Werbeanrufen einverstanden erklärt hätten, weil sie an den Online-Gewinnspielen nicht teilgenommen und daher auch keine Bestätigungsmails erhalten oder abgesandt hätten. Die charakteristische Verletzungsform ist daher ein Werbeanruf bei Verbrauchern zur Kundenakquise ohne deren Einverständnis. Es ist der Klägerin bei dieser Fallgestaltung nicht möglich, die Verletzungsform durch Aufnahme weiterer Merkmale der Verletzungshandlung in den Klageantrag näher zu konkretisieren. Gegen den Unterlassungsantrag bestehen unter diesen Umständen keine Bedenken (vgl. dazu BGH GRUR 2011, 936, Tz. 19 – Double-Opt-In-Verfahren).

2. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Unterlassungsanspruch in dem vom Landgericht ausgesprochenen Umfang zu (§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1; § 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 UWG). Die letztgenannte Vorschrift sieht es als unzulässige, da unzumutbare Belästigung an, wenn mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung geworben wird. So liegt der Fall hier:

a) Die Beklagte hat unstreitig im September 2010 Frau A, Stadtl auf deren privaten Festnetzanschluss anrufen lassen, um dieser einen „attraktiven“ Telefontarif vorzustellen. Diese Form des Telefonmarketings ist als Werbung gegenüber einem Verbraucher zu werten und daher ohne dessen Einwilligung unzulässig (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Auflage, Rn. 145 zu

§ 7 UWG).

b) Frau A hatte keine Einwilligung zu diesem Werbeanruf erklärt.

Darlegungs- und beweispflichtig für die Einwilligung ist die Beklagte. Sie muss nachweisen, dass der Angerufene die Einwilligung persönlich erklärt hat (BGH GRUR 2011, 936, Tz. 30 – Double-Opt-In-Verfahren; Köhler/Bornkamm, a.a.O., Rn 134 zu § 7 UWG).

Die Vernehmung von Frau A hat das Gericht nicht davon überzeugt, dass sie an dem o. g. Gewinnspiel teilgenommen und dabei elektronisch ihre Einwilligung zum Telefonmarketing der Beklagten erteilt hat. Frau A ist der Internet-Auftritt des vom Partnerunternehmens der Beklagten, der Fa. B AG, veranstalteten Gewinnspiels [www....de](http://www....de) (Anlage B 12 – Bl. 116 d. A.) vorgehalten worden. Sie hat dazu angegeben, sie habe in der Vergangenheit an Gewinnspielen teilgenommen und tue dies auch heute gelegentlich; angesichts des dort ausgelobten hochwertigen Gewinns halte sie es für wahrscheinlich, dass sie sich auch in diesem Fall zu einer Teilnahme habe verleiten lassen. Definitiv bestätigen konnte Frau A die ihr gestellte Beweisfrage allerdings nicht. Dabei ist sie auch geblieben, nachdem ihr das vermeintliche Datum ihrer Einwilligungserklärung als „Erinnerungsstütze“ vorgehalten worden ist. Die Zeugin hat ferner die Frage, ob sie damals ein konkretes Interesse an der Kamera gehabt hätte, verneint und statt dessen bekundet, ihre Vermutung gründe sich nur darauf, dass der hochwertige Gewinn für sie hätte interessant sein können.

Nachdem Frau A die ihr gestellte Beweisfrage nicht eindeutig beantworten konnte, hätte die Beklagte weitere Indizien vorlegen müssen, die dem Gericht die subjektive Überzeugung verschaffen konnten, dass die Zeugin an dem o. g. Gewinnspiel teilgenommen hat. Das ist aber nicht geschehen:

Die Beklagte hat zum Beleg für die Gewinnspielteilnahme von Frau A die unausgefüllte und damit nicht aussagekräftige Anmeldemaske des Gewinnspiels (Anlage B 12) präsentiert. Ferner ist ein mit „Online-Registrierung von Privatpersonen“ überschriebenes Formular der Fa. B vorgelegt worden, in das u. a. persönliche Daten der Frau A eingetragen worden sind (Anlage B 13 – Bl. 117 d. A.). Auch dies reicht aber nicht aus, denn es lässt sich nicht sicher feststellen, dass die Fa. B AG über die hier streitgegenständliche Gewinnspielteilnahme von Frau A zu diesen Daten gekommen ist. Die Beklagte hat zur Entstehung der Anlage B 13 und zur Herkunft der dort eingetragenen Daten nichts vorgetragen. Da sich Frau A nach eigenem Bekunden mehrfach an Gewinnspielen beteiligt und dabei u. a. auch ihre Festnetz-Nummer hinterlassen hatte, lässt sich nicht ausschließen, dass diese Daten vom Gewinnspielbetreiber aus anderen Quellen beschafft, hier verwendet, und an die Beklagte und ihre Vertriebspartner weitergegeben worden sind. Diese Möglichkeit ist hier nicht nur theoretischer Natur, wie die fehlerhafte Eintragung zum Lebensalter von Frau A in dem Formular B 13 belegt. Es ist dort mit „... Jahre“ angegeben. Frau A ist ausweislich ihrer schriftlichen Zeugenaussage am ... 1953 geboren und war in der Anmeldemaske Anlage B 12 aufgefordert, ihr Geburtsdatum exakt einzugeben. Wäre dies geschehen, so hätte das Alter der Zeugin zu dem hier relevanten, vermeintlichen Eintragungszeitpunkt (24. 5. 2010) auf dem Formular B 13 mit „... Jahre“ wiedergegeben werden müssen.

Die Klägerin hat nicht vorgetragen, dass die Fa. B AG an Frau A eine e-mail versandt hätte, um diese im Wege eines sog. „Double-Opt-In-Verfahrens“ zur Bestätigung ihrer Teilnahme und ihrer Einwilligung zu bewegen. Da diese Möglichkeit grundsätzlich bestanden und die Beweislage der Beklagten verbessert hätte, kann die Beklagte mit dem Argument, ihr sei ein Nachweis der Einwilligung unmöglich und ihr müssten deshalb Beweiserleichterungen zugebilligt werden, nicht gehört werden.

c) Das Landgericht hat sich mit seinem Verbot hinreichend an der konkreten Verletzungshandlung orientiert. Im Fall von Frau A ist eine Telekommunikationsdienstleistung angeboten worden. Ansprüche auf Unterlassung können über die konkrete Verletzungshandlung hinaus gegeben sein, soweit in der erweiterten Form das Charakteristische der Verletzungshandlung noch zum Ausdruck kommt (BGH GRUR 2011, 433, Tz 26 – Verbotsantrag bei Telefonwerbung).

Im Fall des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG besteht das Charakteristische der Verletzungshandlung in dem unverlangten Werbeanruf gegenüber einem Verbraucher. Ein Werbeanruf liegt stets vor, wenn der Angerufene zum Eingehen, zur Fortsetzung, zur Wiederaufnahme, zur Änderung oder zur Erweiterung eines Vertragsverhältnisses bestimmt werden soll (vgl. Köhler/Bornkamm a.a.O., Rn. 130 zu § 7 UWG). Wofür geworben wird, ist im Prinzip irrelevant (BGH GRUR-RR 2011, 343 – Werbeanrufe und Gewinnspiel). Wenn ein Gewerbetreibender einen Werbeanruf für die Waren oder Dienstleistungen vornimmt, die Gegenstand seines Geschäftsbetriebs sind, so reicht allerdings die durch die Verletzungshandlung begründete Wiederholungsgefahr im Regelfall nicht über seinen Unternehmensgegenstand hinaus. Dies ist hier vom Landgericht berücksichtigt worden:

Die Beklagte gehört bundesweit zu den größten Telekommunikationsanbietern. Sie vertreibt neben Telekommunikationsdienstleistungen auch technische Geräte (z. B. Telefonanlagen, USB-Sticks, Splitter, Telefonkabel etc.), die ihr Dienstleistungsangebot „abrunden“, so dass das Landgericht den Unterlassungsantrag zulässigerweise auf „Telekommunikationsprodukte“ verallgemeinert hat. Eine weitere Beschränkung auf „Telekommunikationsdienstleistungen“, ist nach den Vorgaben in den oben zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs nicht angezeigt (BGH GRUR 2011, 936, Tz. 19 – Double-Opt-In-Verfahren; BGH GRUR 2011, 433, Tz 27 – Verbotsantrag bei Telefonwerbung). Der Senat vermag sich der

entgegenstehenden Ansicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf in dessen Entscheidung vom 18. 10. 2011 (Az.: I 20 – U 96/10 – Anlage B 5, Bl. 296 d. A.) nicht anzuschließen.

Die Rüge der Beklagten, der Verbotsumfang gehe im Hinblick auf den Ausspruch „... ob der Anruf der Begründung... einer Vertragsbeziehung... dient...“ über die Verletzungshandlung hinaus, ist ebenfalls unbegründet. Im Fall „A“ bestanden keine Vertragsbeziehungen zwischen der Angerufenen und der Beklagten.

Aus den dargelegten Gründen hat das Landgericht auch zutreffend ausgeführt, dass sich die charakteristische Verletzungsform soweit verallgemeinern lässt, dass davon nicht nur das Anbieten von Telekommunikationsprodukten sondern auch die Begründung oder Erweiterung einer Vertragsbeziehung umfasst ist (vgl. BGH GRUR 2011, 936, Tz. 19 – Double-Opt-In-Verfahren).

Unerheblich ist auch der Einwand der Beklagten, das Landgericht habe mit seinem Werbeverbot nur auf das Einverständnis „des Angerufenen“ abgestellt und verbiete damit auch Fälle, bei denen zwar nicht der Angerufene, wohl aber der Inhaber des Telefonanschlusses sein Einverständnis erteilt habe. Das Argument ist hier irrelevant, weil die angerufene Frau A zugleich Anschlussinhaberin ist. Da der Streitgegenstand den Umfang der Rechtskraft beschränkt, und damit der Verbotsausspruch nur in seinem Bezug zu der vom Gericht festgestellten Verletzungshandlung in Rechtskraft erwächst, sind die von der Beklagten angesprochenen Fälle vom Verbotsausspruch nicht erfasst (vgl. Köhler/Bornkamm, a.a.O., Rn 2.113 zu § 12 UWG).

3. Der Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten gründet sich auf § 12 Abs. 1 Nr. 2 UWG.

Die Kostenentscheidung folgt § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit und die



Schuldnerschutzanordnung folgt § 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Da der Senat bei der Bemessung des zulässigen Verbotsumfangs eine von der o. g. Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf abweichende Ansicht vertritt, ist die Revision zuzulassen (§ 543 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. ZPO).

Das Gericht hat davon abgesehen, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen, um die Rechtssache dem Europäischen Gerichtshof mit der Frage vorlegen zu können, ob Artikel 13 der Richtlinie 2002/58/EG der in § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG normierten Klagebefugnis von Mitbewerbern in Fällen des sog. „Cold Calling“ entgegensteht (vgl. dazu Köhler GRUR 2012, 1073; WRP 2012, 1329). Diese Frage kann im Rahmen des Revisionsverfahrens erörtert werden. Der Senat ist zu einer Vorlage nicht verpflichtet und sieht hierzu auch keine Veranlassung (Art. 267 Abs. 2 AEUV).