Werbeanrufender kann sich bei einem Mehrpersonenhaushalt nicht auf die Einwilligung eines Mitbewohners berufen

Landgericht Karlsruhe

Urteil vom 17.11.2016

Az.: 15 O 75/16 KfH

Tenor

1. Der Beschluss (einstweilige Verfügung) vom 23.09.2016 wird in Ziffer 2. aufgehoben und in Ziffer 1. abgeändert wie folgt:

Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung eines Ordnungsgeldes bis zu zweihundertfünfzigtausend Euro oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten – Ordnungshaft auch für den Fall, dass das Ordnungsgeld nicht beigetrieben werden kann – wegen jeder Zuwiderhandlung

untersagt,

im geschäftlichen Verkehr Verbraucher zu werblichen Zwecken telefonisch zu kontaktieren oder kontaktieren zu lassen, wenn diese nicht zuvor ausdrücklich hierin eingewilligt haben oder wenn – im Fall einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung eines Mitbenutzers desselben Telefonanschlusses – sich der Anruf nicht lediglich auf die Frage beschränkt, ob dieser Mitbenutzer zum Zwecke der werblichen Ansprache für einen Energieanbieterwechsel zu sprechen ist.

2. Die Verfügungsklägerin trägt 1/5, die Verfügungsbeklagte 4/5 der Kosten des Rechtsstreits.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht zuvor die jeweils andere Partei Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags geleistet hat.

Tatbestand

Die Verfügungsklägerin und die Verfügungsbeklagte sind Stromanbieter und stehen im Wettbewerb. Die Verfügungsbeklagte beauftragt einen privaten Dienstleister, Kunden anderer Stromanbieter im Wege eines werblichen Telefonanrufs zum Wechsel zu ihr zu bewegen.

Die Verfügungsklägerin trägt vor, ihr Kunde S.K. sei von der Verfügungsbeklagten zu Werbezwecken angerufen worden, ohne in einen solchen Anruf eingewilligt zu haben. Auf die eidesstattliche Versicherung des Kunden vom 24.08.2016 ... wird Bezug genommen.

Aufgrund dieses Sachverhalts mahnte die Verfügungsklägerin die Verfügungsbeklagte mit Anwaltsschreiben vom 08.09.2016 ab, diese antwortete mit Anwaltsschreiben vom 14.09.2016. Mit Schriftsatz vom 22.09.2016, am selben Tage bei Gericht eingegangen, beantragte die Verfügungsklägerin die sodann mit Beschluss vom 23.09.2016 erlassene einstweilige Verfügung, wonach der Verfügungsbeklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln wegen jeder Zuwiderhandlung untersagt wurde,

im geschäftlichen Verkehr Verbraucher zu werblichen Zwecken telefonisch zu kontaktieren oder kontaktieren zu lassen, wenn diese nicht zuvor ausdrücklich hierin eingewilligt haben.

Hiergegen richtet sich der Widerspruch der Verfügungsbeklagten vom 21.10.2016, begründet mit Schriftsatz vom 15.11.2016. Die Verfügungsbeklagte bringt vor, der Antrag sei unzulässig, da

Frau N.K. bei einem Online-Gewinnspiel eine Werbeeinwilligung erteilt habe und deswegen der bloße Anruf bei Herrn K. noch nicht wettbewerbswidrig sei. Die Handlungen des beauftragten Dienstleisters, eines Maklers, bzw. des von diesem eingesetzten Call Centers seien ihr, der Verfügungsbeklagten, nicht zurechenbar.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 17.11.2016 hat die Verfügungsbeklagte beantragt,

den Beschluss vom 23.09.2016 aufzuheben und den Antrag der Antragstellerin vom 22.09.2016 zurückzuweisen.

Die Verfügungsklägerin hat beantragt,

den Beschluss vom 23.09.2016 zu bestätigen.

Entscheidungsgründe

Der Verfügungsbeklagten liegt ein ihr zurechenbarer Wettbewerbsverstoß zur Last. Der Beschluss vom 23.09.2016 ist gleichwohl im Hinblick auf zwei Möglichkeiten rechtskonformen Verhaltens der Verfügungsbeklagten abzuändern, indem die zweite Möglichkeit ergänzt wird.

1. Ein Verfügungsgrund liegt vor, denn die Kenntnisnahme vom Wettbewerbsverstoß am 22.08.2016 ist unstreitig und die Verfügungsklägerin hat binnen einen Monats den Antrag bei Gericht gestellt.

2. Auch ein Verfügungsanspruch ist gegeben.

a) Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist eine unzumutbare und damit unzulässige Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG stets anzunehmen bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung.

b) Diese Voraussetzungen sind glaubhaft gemacht.

Aufgrund der eidesstattlichen Versicherung von Herrn S.K. ist davon auszugehen, dass eine Call-Center-Mitarbeiterin am 19.08.2016 bei ihm anrief und ihn zu einem Stromanbieterwechsel zur Verfügungsbeklagten, und zwar deren Marke „...“, bewegen wollte. Unstreitig hat Herr K. eine Einwilligung für einen solchen Werbeanruf nie erteilt.

Ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass nach dem Vortrag der Verfügungsbeklagten Frau N.K. eine solche Einwilligung erteilt hat. Offensichtlich handelt es sich um einen Mehrpersonenhaushalt, bei welchem mehrere Personen denselben privaten Telefonanschluss benutzen. Haben nicht alle in den konkreten Werbeanruf eingewilligt, so ist ein Werbeanruf, der von einer Person entgegengenommen wird, die nicht eingewilligt hat, ihr gegenüber an sich unzulässig. Die Kammer ist mit der Kommentierung von Köhler (Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl., § 7, Rn. 128e, 144) der Auffassung, dass in solchen Fällen das Verbot dahingehend auszulegen ist, dass der werbende Anrufer nicht schon durch den Anruf an sich, sondern erst dann gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG verstößt, wenn er nicht sofort klarstellt, dass er nur mit der Person sprechen möchte, die in den Anruf eingewilligt hat. Verboten ist es hingegen, sozusagen die Gelegenheit zu nutzen und gegenüber dem Gesprächspartner zu werben, denn insoweit würde es zumindest an einer vorherigen Einwilligung fehlen (ebenso OLG Köln, Urteil vom 05.06.2009 – 6 U 1/09, BeckRS 2009, 15806). Da jedoch im Streitfall die Anruferin nicht nach Frau N.K. verlangt, sondern das Werbegespräch unmittelbar mit Herrn S.K. geführt hat, kann die Verfügungsbeklagte hieraus nichts für sich herleiten.

Es kann dementsprechend auch offen bleiben, ob die Einwilligung von Frau N.K. ... wirksam ist. Zweifel ergeben sich schon daraus, dass das Geburtsdatum nicht angegeben ist. Außerdem erstreckt sich das Werbeeinverständnis auf die Marken „...“ und „...“ der Verfügungsbeklagten, nicht auf die – wohl im

überregionalen Markt verwandte – Marke „...“ bzw. „...“. Angesichts der vom Gesetzgeber beabsichtigten Formalisierung des Einwilligungsverfahrens, mit welchem das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung einer einwilligungsfähigen Person sichergestellt werden soll, tendiert die Kammer dazu, im Streitfall eine wirksame Einwilligung zu verneinen. In diesem Zusammenhang bedarf auch keiner Entscheidung, ob das Online-Gewinnspiel, in dessen Rahmen die Einwilligung erhoben wurde, datenschutzrechtlich bedenkenfrei ist.

c) Das Handeln des beauftragten Dienstleisters bzw. des von diesem eingesetzten Call Centers ist der Verfügungsbeklagten zurechenbar, § 8 Abs. 2 UWG. Denn die Zuwiderhandlung wurde begangen von einer Mitarbeiterin eines „Beauftragten“ im Sinne dieser Vorschrift.

aa) Der Unternehmensinhaber, dem die Geschäftstätigkeit seiner Beauftragten zu Gute kommt, soll sich bei seiner Haftung nicht hinter den von ihm abhängigen Dritten verstecken können. Der innere Grund für die Zurechnung der Geschäftstätigkeit des Beauftragten liegt vor allem in einer dem Betriebsinhaber zu Gute kommenden Erweiterung des Geschäftsbetriebs und einer gewissen Beherrschung des Risikobereichs durch den Betriebsinhaber. Deshalb ist es unerheblich, wie die Beteiligten ihre Rechtsbeziehungen ausgestaltet haben. Beauftragter kann auch ein selbstständiges Unternehmen sein. Entscheidend ist, dass der Werbepartner in die betriebliche Organisation des Betriebsinhabers in der Weise eingegliedert ist, dass der Erfolg der Geschäftstätigkeit des beauftragten Unternehmens dem Betriebsinhaber zu Gute kommt und der Betriebsinhaber einen bestimmenden, durchsetzbaren Einfluss auf diejenige Tätigkeit des beauftragten Unternehmens hat, in deren Bereich das beanstandete Verhalten fällt. Dabei kommt es nicht darauf an, welchen Einfluss sich der Betriebsinhaber gesichert hat, sondern welchen Einfluss er sich sichern konnte und musste. Der Unternehmensinhaber haftet daher gegebenenfalls auch für ohne sein Wissen und gegen seinen

Willen von einem Beauftragten begangene Rechtsverstöße (zum Ganzen BGH, GRUR 2009, 1167 – Partnerprogramm, Rn. 21; vgl. auch Köhler/Bornkamm/Köhler/Feddersen, a.a.O., § 8 Rn. 2.33). Die Ratio legis gebietet eine weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Beauftragte“ (Köhler/Bornkamm, a.a.O., Rn. 2.34 m.w.N.).

bb) Dem von der Verfügungsbeklagten vorgelegten Vertriebspartner-Vertrag ... ist zu entnehmen, dass der Vertriebspartner sich an die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften halten sollte; insbesondere soll der Erstkontakt zu einem Kunden telefonisch nur hergestellt werden, wenn der Vertriebspartner über eine Einwilligung des Kunden verfügt. Der Vertriebspartner darf Hilfspersonen einsetzen. Damit hat die Verfügungsbeklagte versucht, den Vertriebspartner auf rechtskonformes Verhalten zu verpflichten.

Der hier vorliegende Fall, dass nämlich ein Werbeanruf nicht abgebrochen bzw. nicht um Weitergabe des Gesprächs an die einwilligende Person gebeten wird, ist im Vertriebspartner-Vertrag nicht explizit geregelt. Er hätte aber geregelt werden können und, wie man sieht, wohl auch müssen. Denn dass ein Anrufer einen Mitbenutzer des Telefonanschlusses erreicht, der selbst keine Werbeeinwilligung erteilt hat, kommt häufig vor.

Ein weisungswidriges Verhalten eines Mitarbeiters des eingesetzten Dienstleisters befreit die Verfügungsbeklagte nicht aus ihrer verschuldensunabhängigen Haftung (Köhler/Bornkamm, a.a.O., Rn. 2.33). Denn das Tätigwerden des Vertriebspartners oder seiner Leute kommt der Verfügungsbeklagten zu Gute, die andernfalls selbst Telefonwerbung hätte betreiben müssen und dabei derselben wettbewerbsrechtlichen Haftung unterlegen hätte, ohne dass es einer Zurechnung bedürfte. Durch die arbeitsteilige Auslagerung (Outsourcing) von Werbung kann sich der Marktteilnehmer den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften nicht entziehen. Der Vertriebspartner-Vertrag zeigt gerade, dass es der Verfügungsbeklagten auch möglich war, sich einen

bestimmenden und durchsetzbaren Einfluss auf die Telefonakquise zu sichern (vgl. OLG Hamm, MMR 2007, 54, 55).

Entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten ist der Fall nicht mit dem des „Resellers“ vergleichbar. Die wirtschaftliche Funktion eines Resellers als selbstständiger Absatzmittler auf dem Mobilfunkmarkt ist dadurch gekennzeichnet, dass er Endkunden Telekommunikationsdienstleistungen anbietet, die er in Ermangelung eines dafür erforderlichen Netzes nicht selbst erbringen kann. Vielmehr muss er sich selbst hinsichtlich dieser Leistung bei Netzbetreibern eindecken. Ist der Reseller berechtigt, das vom Diensteanbieter bezogene Produkt den Endkunden auf der nachgelagerten Wirtschaftsstufe entgeltlich anzubieten, wird er im eigenen Namen tätig und ist in der Gestaltung seines Vertriebskonzepts sowie der Konditionen, zu denen er anbietet, grundsätzlich frei. Das Vertragsverhältnis zwischen dem Netzbetreiber und dem Reseller beschränkt sich auf den Leistungsaustausch von Telekommunikationsleistungen gegen Zahlung eines Entgelts (vgl. BGH, GRUR 2011, 543 – Änderung der Voreinstellung III, Rn. 13 f.). Demgegenüber geht es im Streitfall nicht um Verkauf auf verschiedenen Handelsstufen, sondern um Werbung durch einen Anbieter, die von letzterem lediglich auf einen externen Dienstleister ausgelagert wurde. Es geht also um eine eigentlich in die Verantwortung des Anbieters fallende Absatzförderungstätigkeit.

Darin ähnelt der Streitfall mehr demjenigen des Handelsvertreters oder auch des Vertragshändlers. Dieser ist nämlich derart in die Vertriebsorganisation des Herstellers eingegliedert ist, dass sein Erfolg dem Hersteller zu Gute kommt und dass dem Hersteller – ungeachtet der rechtlichen Selbstständigkeit des Vertragshändlers – ein bestimmender und durchsetzbarer Einfluss auf die beanstandete Tätigkeit eingeräumt ist oder doch ohne Weiteres hätte eingeräumt werden können (BGH, a.a.O., Rn. 15).

3. Allerdings ist der Beschluss vom 23.09.2016 im Tenor abzuändern, um deutlich zu machen, dass es zwei rechtskonforme Möglichkeiten der Telefonwerbung gibt, soweit im Grundsatz eine Werbeeinwilligung erteilt wurde. Ohne diese Ergänzung ist der Verbotsausspruch zu weit.

a) Das Verbot, im geschäftlichen Verkehr Verbraucher zu werblichen Zwecken telefonisch zu kontaktieren oder kontaktieren zu lassen, wenn diese nicht zuvor ausdrücklich hierin eingewilligt haben, ist insoweit unvollständig, als die reine Kontaktaufnahme am Telefon schon dann zulässig ist, wenn der Werbende mit der eigentlichen Kundenwerbung erst dann beginnt, wenn er sich bei Beginn des Telefonats darüber versichert hat, dass diejenige Person, die den Anruf entgegengenommen hat, auch diejenige ist, die zuvor eingewilligt hat. Ein Unterlassungsantrag, wie er im angefochtenen Beschluss dem Antrag folgend gewählt wurde, wäre zwar hinreichend bestimmt i.S.d. §§ 253 Abs. 2 Nr. 2, 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO. Entgegen der Auffassung des OLG Hamm (a.a.O.) ist es aber nicht „unschädlich“, dass dieses Verbot oft zu weit gehen würde. Zwar obliegt es dem Verletzer, Wege aus dem Verbot zu finden, doch geht es hier gerade um einen „Weg aus dem Verbot“ – nämlich im Fall des Anrufs bei einem Mitanschlusshaber die unverzügliche Bitte um Weitergabe des Gesprächs an die eigentlich gemeinte Person -, der nach dem Wortlaut des weiten Unterlassungstenors ebenfalls verboten wäre. Zudem sind die beiden Verletzungsvarianten rechtsethisch unterschiedlich zu bewerten.

Wie bereits ausgeführt (oben 2. b), genügt es, wenn der Werbende im Fall einer Personenverschiedenheit darum bittet, ihm die andere Person ans Telefon zu geben, oder, falls dies nicht möglich ist, den Werbeanruf beendet. Der Werbende wird meist auch nicht darum herumkommen, kurz den Grund seines Anrufs zu nennen. Er darf dann sagen, dass er gegenüber der anderen (einwilligenden) Person Werbung für einen Energieanbieterwechsel machen möchte oder auch, dass er Strom-

oder Gastarife eines anderen Anbieters vorstellen möchte. Mehr als diese reine Themenangabe des beabsichtigten Gesprächs ist ihm nicht erlaubt.

b) Die Kammer ist insoweit nicht der Auffassung des OLG Köln (Urteil vom 05.06.2009, a.a.O.), ein Gericht sei nicht in der Lage, als „Minus“ des formulierten abstrakt gefassten Antrags über eine konkrete Verletzungsform zu befinden. Ist der Antrag aufgrund einer Verletzung – wie hier – begründet, ist es vielmehr Aufgabe des Gerichts im Rahmen von § 938 Abs. 1 ZPO, eine hinreichend bestimmte Antragsformulierung zu finden oder beim Verfügungskläger anzuregen, wie dies hier im Rahmen der mündlichen Verhandlung geschehen ist. Die gefundene Formulierung sollte es zumindest zusammen mit den Urteilsgründen ermöglichen, die zwei Möglichkeiten eines Werbeanrufs an einem Telefonanschluss, der neben einer Person mit Werbeeinwilligung von einer oder mehreren Personen ohne eine solche Einwilligung genutzt wird, hinreichend konkret zu erfassen und es der Verfügungsbeklagten zu ermöglichen, das ihr verbotene Verhalten zu bestimmen.

4. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Dabei ist berücksichtigt, dass der Verfügungsbeklagten ein zurechenbarer Wettbewerbsverstoß zur Last fällt, der Tenor jedoch abzuändern war.

Über die vorläufige Vollstreckbarkeit wurde nach §§ 708 Nr. 6, 711 ZPO entschieden.