Wohnungsinserat stellt Einwilligung in Kontaktaufnahme dar

Oberlandesgericht Karlsruhe

Urteil vom 12.06.2018

Az.: 8 U 153/17

Tenor

1. Auf die Berufung der Verfügungsbeklagten wird das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 21.11.2017 – 1 0 243/17 – im Kostenpunkt aufgehoben und wie folgt abgeändert:

Die einstweilige Verfügung des Landgerichts Mannheim vom 18.07.2017 – 1 0 243/17 – wird aufgehoben und der Antrag auf einstweilige Verfügung wird zurückgewiesen.

2. Die Verfügungsklägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Gründe

I.

Die Verfügungsklägerin (nachfolgend: Klägerin) nimmt die Verfügungsbeklagte (nachfolgend: Beklagte) auf Unterlassung der Kontaktaufnahme per Telefon zum Zweck der Werbung in Anspruch.

Die Klägerin ist Rechtsanwältin und bietet seit etwa Februar 2017 ihre in M. gelegene Eigentumswohnung im Internet zum Preis von 189.000 EUR Verhandlungsbasis zum Verkauf „von privat“ an. Im Rahmen ihrer Verkaufsbemühungen wurde die Klägerin von mehr als 80 Maklern angerufen. Die Beklagte ist Immobilienmaklerin. Aufgrund einer am 04.07.2017 bei „ebay

Kleinanzeigen“ erstellten Anzeige der Klägerin, in der diese ihre Rufnummer angab (Anl. K1), rief am 05.07.2017 eine Mitarbeiterin der Beklagten, die Zeugin K., bei der Klägerin an und fragte diese, ob die Beklagte die Wohnung ihren Kunden vorstellen dürfe. Das Ganze sei unverbindlich und kostenlos, und die Klägerin könne die Wohnung auch weiterhin privat anbieten.

Die Klägerin hält den Anruf für eine unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG und sieht dadurch ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht verletzt. Die Beklagte hat behauptet, sie habe die Klägerin in ihrem Anruf auch nach einem Besichtigungstermin gefragt, da sie selbst Interesse am Erwerb der Eigentumswohnung gehabt habe; für den Fall, dass die Eigentumswohnung für sie nicht in Frage käme, habe sie danach gefragt, ob sie die Wohnung einem ihrer Kunden anbieten dürfe. Die Beklagte ist der Ansicht, dass ihr Anruf keine wettbewerbswidrige Handlung darstelle. Die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung sei zudem rechtsmissbräuchlich, da die Klägerin in ihrer Anzeige vom 04.07.2017 trotz zahlreicher Anrufe anderer Makler nicht angegeben habe, dass Anrufe durch Makler nicht erwünscht seien.

Das Landgericht hat die von der Klägerin beantragte einstweilige Verfügung durch Beschluss vom 18.07.2017 erlassen und durch Urteil vom 21.11.2017 bestätigt. Der Unterlassungsanspruch sei aus §§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, 823, 1004 BGB begründet. Einer „Werbung“ stehe nicht entgegen, dass die Beklagte die Klägerin nicht zum Abschluss eines Maklervertrages habe bewegen, sondern die Eigentumswohnung – zumindest auch – an einen ihrer Suchkunden habe vermitteln wollen. Die Angabe der Telefonnummer durch die Klägerin in ihrem Inserat stelle nur eine ausdrückliche Einwilligung dazu dar, dass Kaufinteressenten telefonisch Kontakt mit ihr aufnehmen. Ein Einverständnis mit Werbeanrufen von Vermittlern lasse sich nicht feststellen. Maßgebend sei nicht der erkennbar entgegenstehende Wille des Verbrauchers, sondern

dessen fehlende Zustimmung. Dass die Beklagte die Wohnung selbst habe kaufen wollen, sei nicht bewiesen. Wegen der tatsächlichen Feststellungen und des Parteivorbringens im Einzelnen, der erstinstanzlich gestellten Anträge und der Entscheidungsgründe wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Mit ihrer Berufung rügt die Beklagte eine unvollständige Tatsachenerfassung und eine fehlerhafte Beweiswürdigung durch das Landgericht. Dieses habe nicht hinreichend berücksichtigt, dass die im Tatbestand genannten ca. 80 unaufgeforderten Makleranrufe vor der Einreichung der Antragsschrift erfolgt seien und dass die Klägerin mehr als zwei vorangegangene Verfügungsverfahren wegen unerwünschter Anrufe durch Makler geführt habe. Der Aussage der Zeugin K. habe das Landgericht zu Unrecht nicht geglaubt. Das Landgericht habe auch nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Klägerin im Rahmen ihrer informatorischen Befragung erklärt habe, sie habe zur Zeugin K. gesagt, wenn diese Kunden habe, dürften diese sich gerne die Wohnung anschauen und kommen. Das könne aus objektiver Sicht nur so verstanden werden, dass die Klägerin mit einer Vermarktung über die Beklagte einverstanden gewesen sei. Schließlich habe die Klägerin sich treuwidrig verhalten, indem sie nach 80 lästigen Anrufen von Maklern und mehreren vorausgegangenen einstweiligen Verfügungsverfahren ihre Internetpräsenz bei ebay nicht mit dem Hinweis versehen habe, dass eine Maklertätigkeit unerwünscht sei. Seit dem 02.05.2018 biete die Klägerin ihre Wohnung erneut über das Portal „ebay Kleinanzeigen“ zum Kauf an. Die Anzeige (II 81) enthalte wieder keinen Hinweis darauf, dass die Klägerin keinen Kontakt mit Maklern oder Wohnungsvermittlern wünsche. Es sei davon auszugehen, dass die Klägerin ihr Geschäftsmodell der Generierung von Rechtsanwaltsgebühren weiterbetreibe.

Die Beklagte beantragt:

1. Das Urteil des Landgerichts Mannheim, Az. 1 0 243/17, vom 21.11.2017 wird aufgehoben.

2. Die einstweilige Verfügung des Landgerichts Mannheim vom 18.07.2017 wird aufgehoben. Der Antrag der Verfügungsklägerin wird zurückgewiesen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Der Anruf der Beklagten habe dem Zweck gedient, den Absatz der eigenen Dienstleistung zu fördern, und sei deshalb als Werbung zu qualifizieren. Eine ausdrückliche Einwilligung der Klägerin in diese Werbemaßnahme habe nicht vorgelegen, da sie in der Anzeige nicht angegeben habe, dass Anrufe von Maklern erwünscht seien. Damit die Beklagte die Wohnung ihren Suchkunden hätte anbieten können, hätte es eines ausdrücklichen Auftrags der Klägerin bedurft.

Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist zulässig und begründet. Der Klägerin steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht zu, weil der Telefonanruf der Beklagten die Klägerin nicht in deren allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzte.

1. Der Klägerin steht gegen die Beklagte kein Unterlassungsanspruch gemäß §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu.

a. Der Telefonanruf der Beklagten vom 05.07.2017 war keine unerbetene Werbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG und verletzte die Klägerin nicht in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

aa. Der Anruf der Beklagten vom 05.07.2017 stellte zwar eine

Telefonwerbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG dar.

Der Begriff der Werbung, der weder im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb noch in der Richtlinie 2002/58/EG über den Datenschutz in der elektronischen Kommunikation definiert ist, umfasst schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch alle Maßnahmen eines Unternehmens, die auf die Förderung des Absatzes seiner Produkte oder Dienstleistungen gerichtet sind. Damit ist außer der unmittelbar produktbezogenen Werbung auch die mittelbare Absatzförderung – beispielsweise in Form von Imagewerbung oder Sponsoring – erfasst. Werbung ist deshalb in Übereinstimmung mit Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern (BGH, Urteil vom 14.01.2016 – I ZR 65/14 -, juris Rn. 27). Darunter fällt nicht nur die unmittelbar produktbezogene Werbung, sondern auch die mittelbare Absatzförderung, wie zum Beispiel die Versendung von Einladungs-E-Mails durch den Anbieter eines sozialen Netzwerks im Internet an Empfänger, die nicht Mitglieder des sozialen Netzwerks sind, um auf dieses aufmerksam zu machen und so neue Mitglieder für das soziale Netzwerk zu gewinnen (BGH, a.a.O., Rn. 29 ff.; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG, 36. Aufl., § 7 Rn. 129). § 7 Abs. 2 UWG erfasst als Werbung grundsätzlich auch Nachfragehandlungen. Denn der Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen dienen nicht nur Angebotshandlungen, sondern mittelbar auch Nachfragemaßnahmen, die sich auf den Bezug der Waren oder Dienstleistungen richten, die ein Unternehmen für seine eigene Geschäftstätigkeit auf dem Markt benötigt. § 7 UWG bezweckt zudem, solche Handlungen als unzumutbare Belästigung zu verbieten, die bereits wegen ihrer Art und Weise unabhängig von ihrem Inhalt als Belästigung empfunden werden (BGH, Urteil vom 17.07.2008 – I ZR 75/06 -, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 17.07.2008 – I ZR 197/05 -, juris Rn. 15 f.).

Der Telefonanruf der Beklagten vom 05.07.2017 bezweckte, auch wenn er nicht auf einen Vertragsschluss mit der Klägerin gerichtet war, mittelbar die Förderung des Absatzes der Dienstleistungen der Beklagten. Er ist daher als Werbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG anzusehen.

bb. Der Telefonanruf der Beklagten war aber keine unerbetene Werbung, weil die Klägerin zuvor ausdrücklich in diese Maßnahme eingewilligt hatte.

Unter der „Einwilligung“ im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist nicht die in § 183 S. 1 BGB geregelte vorherige Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft zu verstehen, sondern das Einverständnis mit einem tatsächlichen Eingriff in ein Rechtsgut, nämlich die Privatsphäre bzw. die betriebliche Sphäre. Sie kann sowohl vertraglich als auch einseitig erteilt werden. Im letzteren Fall handelt es sich um kein Rechtsgeschäft, sondern um eine geschäftsähnliche Handlung (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, a.a.O., Rn. 143), auf deren Auslegung die Grundsätze über die Auslegung von Willenserklärungen entsprechend anwendbar sind (Palandt/Ellenberger, BGB, 77. Aufl., Überblick vor § 104 Rn. 7). Die Einwilligung muss schon vor dem Anruf vorliegen, und sie muss seit der Änderung des § 7 Abs. 2 S. 2 UWG durch das Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vom 29.07.2009 (BGBl. 2009 I 2413) ausdrücklich und für den konkreten Fall (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler a.a.O. Rn 186 m.w.N.) erteilt worden sein; eine konkludente Einwilligung reicht nicht (mehr) aus.

Im Streitfall erklärte die Klägerin durch die Erstellung und Veröffentlichung der Verkaufsanzeige vom 04.07.2017 unter Angabe ihrer Rufnummer zeitlich vor dem Telefonanruf der Beklagten ausdrücklich und konkret ihr Einverständnis damit, telefonische Kaufangebote zu erhalten, auch solche, die von Maklern für von diesen vertretene Kaufinteressenten herangetragen werden (vgl. Hinweis des Senats vom 16.03.2018).

Sie willigte außerdem ausdrücklich in telefonische An- und Nachfragen ein, die dem Anrufer erst die Informationen verschaffen sollten, die dieser oder ein von dem Anrufer vertretener Dritter für die Abgabe eines Kaufangebotes benötigte. Mit ihrer Anzeige wandte sich die Klägerin selbst an die Öffentlichkeit mit dem Ziel, ihre Wohnung zu verkaufen. Wer seine Wohnung unter Angabe seiner Rufnummer zum Verkauf anbietet, muss in Betracht ziehen und rechnet in der Regel auch damit, dass er nicht nur von privaten Kaufinteressenten, sondern auch von Maklern und gewerblichen Käufern kontaktiert wird. Es liegt regelmäßig auch im Interesse des annoncierenden Verbrauchers, Kaufangebote und darauf bezogene Anfragen von Maklern für von diesen vertretene Kaufinteressenten zu erhalten, weil dadurch der Kreis der potentiellen Käufer erweitert wird. Vom maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont (vgl. BGH, Urteil vom 17.07.2008 – I ZR 75/06 -, juris Rn. 20) bestand daher für die Beklagte kein Grund zu der Annahme, die Klägerin sei nur an Kaufangeboten und darauf bezogenen Anfragen von Privatpersonen und nicht auch von Maklern interessiert gewesen. Das gilt umso mehr, als die Klägerin in ihrer Anzeige nicht zum Ausdruck brachte, dass sie keine Anfragen von Maklern wünsche, obwohl ihr ein solcher Hinweis ohne weiteres möglich gewesen wäre und es einer verbreiteten Übung entspricht, dass Immobilienanzeigen mit einem entsprechenden Hinweis versehen werden, wenn der Inserierende eine Kontaktaufnahme durch Makler nicht wünscht. Dass es nicht nur im Interesse der Klägerin lag, sondern darüber hinaus ihrem tatsächlichen Willen entsprach, auch Anfragen von Maklern zu erhalten, zeigt die Einlassung der Klägerin bei ihrer Anhörung vor dem Landgericht, wonach sie zur Zeugin K. gesagt habe, wenn diese Kunden habe, dürfe sie sich die Wohnung gerne anschauen und kommen; lediglich an einer Vermakelung durch einen Makler sei sie nicht interessiert. Da sich der Anruf der Zeugin K. unstreitig nur darauf bezog, ob die Beklagte die Wohnung ihren Kaufinteressenten – für die Klägerin unverbindlich und kostenlos – vorstellen dürfe, ist der vorliegende Sachverhalt nicht mit dem in der

Rechtsprechung (OLG Stuttgart NJW-RR 1994, 1534) entschieden und im Schrifttum (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, a.a.O., Rn. 186) erörterten Fall vergleichbar, in dem einem Immobilieninserenten von dem Makler eine (entgeltliche) Vermittlungstätigkeit angeboten wird. Ein solches Angebot, das die Beklagte der Klägerin hier unstreitig nicht machte, wäre von der Einwilligung der Klägerin nicht gedeckt gewesen, weil diese sich nur auf Kaufangebote und darauf bezogene Anfragen erstreckte. Um die Wohnung ihren Suchkunden anzubieten, benötigte die Beklagte aber keinen Auftrag der Klägerin, sondern nur deren Einwilligung.

Die Klägerin willigte durch die Erstellung und Veröffentlichung ihrer Anzeige nicht nur konkludent, sondern ausdrücklich in die telefonische Kontaktaufnahme ein. Wer als Unternehmer seine E-Mail-Adresse oder die Nummer seines Faxanschlusses im Internet oder in allgemein zugänglichen Verzeichnissen bekannt gibt, erklärt damit nicht nur sein konkludentes, sondern sein ausdrückliches Einverständnis dazu, dass potentielle Kunden seine E-Mail-Adresse oder seinen Telefaxanschluss bestimmungsgemäß nutzen und auf diesem Wege insbesondere Kaufanfragen im Rahmen üblicher Verkaufstätigkeit übermitteln können (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, a.a.O., Rn. 186 m.w.N.). Nichts anderes gilt, wenn ein Verbraucher in einer Verkaufsanzeige seine Telefonnummer angibt. Denn er bezweckt damit eine telefonische Kontaktaufnahme und bringt dies durch den Inhalt seiner Anzeige und die Angabe seiner Telefonnummer zum Ausdruck. Von einer ausdrücklichen Einwilligung der Klägerin in die telefonische Kontaktaufnahme ist zutreffend auch das Landgericht (LGU 8) ausgegangen. Dass die Klägerin in der Anzeige nicht wörtlich erklärte, dass Anrufe von Maklern erwünscht sind, ist unerheblich und ändert nichts am objektiven Erklärungswert ihrer Anzeige, wonach sie sich mit telefonischen Kaufangeboten und Kaufanfragen ohne Einschränkung einverstanden erklärte.

cc. Da der Telefonanruf der Beklagten vom 05.07.2017 schon

keine unerbetene Werbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG darstellte, kommt es nicht darauf an, ob das Landgericht aus der Aussage der Zeugin K. die zutreffenden Schlüsse gezogen und zu Recht angenommen hat, dass die Beklagte kein eigenes Kaufinteresse hatte.

b. Ob die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs unter den gegebenen Umständen auch rechtsmissbräuchlich wäre, wie die Beklagte argumentiert hat, bedarf keiner Entscheidung.

2. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. Ein Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit und eine Entscheidung über die Zulassung der Revision sind nicht veranlasst, weil die Revision nicht statthaft ist (§ 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

3. Der Klägerin war auf ihren Antrag kein Schriftsatzrecht gemäß § 139 Abs. 5 ZPO zu den Erörterungen im Termin einzuräumen. Der Senat hatte die Klägerin bereits mit Verfügung vom 16.03.2018 darauf hingewiesen, dass er den Telefonanruf der Beklagten vom 05.07.2017 im Unterschied zum Landgericht nicht als unerbetene Werbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG bewerte. Die Klägerin hat auf den Hinweis des Senats sodann mit Schriftsatz vom 23.04.2018 ausführlich Stellung genommen. Da im Verhandlungstermin vom 12.06.2018 keine neuen Gesichtspunkte erörtert, insbesondere keine neuen Hinweise im Sinne von § 139 ZPO erteilt wurden und die Klägerin nochmals Gelegenheit zur Darlegung ihrer Rechtsauffassung hatte, bestand für die Einräumung eines Schriftsatzrechts keine Veranlassung.