MIR MEDIEN INTERNET und RECHT
Onlinepublikation zum Medien- und Internetrecht

Volltext zu: MIR 2011, Dok. 032

Veröffentlicht in: MIR 03/2011

Gericht: BGH

Aktenzeichen: I ZR 46/09 – Verbotsantrag bei Telefonwerbung

Entscheidungsdatum: 05.10.2010

Vorinstanz(en): LG Frankenthal, 2 HKO 120/07; OLG Zweibrücken, 4 U 51/08

Bearbeiter: *RA Thomas Gramespacher*

Permanenter Link zum Dokument: *http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=2310*

medien-internet-und-recht.de ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen ausdrücklich nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar.

Inhaltliche oder redaktionelle Fehler vorbehalten.

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Oktober 2010 durch ...

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 26. Februar 2009 aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankenthal (Pfalz) vom 21. Februar 2008 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten verurteilt,

es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Verbraucher ohne ihr vorheriges Einverständnis zu Werbezwecken anzurufen oder anrufen zu lassen.

Die Beklagte wird ferner verurteilt, an den Kläger 180 € zu zahlen. Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand

[1] Die Beklagte, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, vermittelt Gewinnspiele. Im Jahr 2007 veranlasste sie Anrufe bei vier Berliner Verbrauchern ohne deren vorheriges Einverständnis, um sie zur Teilnahme an einem Lotto-System zu bewegen.

[2] Der Kläger ist ein Verein, der in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach dem Unterlassungsklagengesetz eingetragen ist. Er sieht in dem Verhalten der Beklagten eine unzulässige Telefonwerbung.

[3] Der Kläger hat - soweit in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung - beantragt,

die Beklagte unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen,

1. im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Verbraucher ohne ihr vorheriges Einverständnis zu Werbezwecken anzurufen oder anrufen zu lassen;

2. hilfsweise

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Verbraucher unter deren privaten Telefonanschlüssen anzurufen oder anrufen zu lassen, um diesen die Teilnahme an einem Lotto-System anzubieten, sofern eine vorherige Einwilligung des Verbrauchers zu einem derartigen Werbeanruf nicht vorliegt.

[4] Das Landgericht hat die Beklagte nur nach dem Hilfsantrag verurteilt. Die gegen die Abweisung des Hauptantrags gerichtete Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht zurückgewiesen (OLG Zweibrücken, OLG-Rep 2009, 333).

[5] Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger den Hauptantrag weiter. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

[6] I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Hauptantrag sei nicht hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO und daher unzulässig. Zur Begründung hat es ausgeführt:

[7] Unterlassungsanträge, die lediglich den Wortlaut eines Gesetzes wiederholten, seien grundsätzlich unbestimmt. Dies gelte auch für den hier maßgeblichen § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG. Auch bei Verbrauchern ergebe sich nicht unmittelbar aus der textlichen Fassung der Verbotsnorm, ob ein Telefonanruf als unlauteres Verhalten verboten sei, weil Telefonanrufe mit Einwilligung der Verbraucher zulässig seien und die Einwilligung auf bestimmte Bereiche beschränkt oder konkludent erteilt werden könne.

[8] II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Revision des Klägers führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Verurteilung der Beklagten nach dem Hauptantrag.

[9] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der vom Kläger in der Revisionsinstanz weiterverfolgte Unterlassungsantrag (Hauptantrag) hinreichend bestimmt.

[10] 1. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Verbotsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bliebe. Aus diesem Grund sind insbesondere Unterlassungsanträge, die lediglich den Wortlaut eines Gesetzes wiederholen, grundsätzlich als zu unbestimmt und damit unzulässig anzusehen. Etwas anderes kann dann gelten, wenn entweder bereits der gesetzliche Verbotstatbestand selbst entsprechend eindeutig und konkret gefasst oder der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm durch eine gefestigte Auslegung geklärt ist, sowie auch dann, wenn der Kläger hinreichend deutlich macht, dass er nicht ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts beansprucht, sondern sich mit seinem Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungshandlung orientiert. Die Bejahung der Bestimmtheit setzt in solchen Fällen allerdings grundsätzlich voraus, dass zwischen den Parteien kein Streit besteht, dass das beanstandete Verhalten das fragliche Tatbestandsmerkmal erfüllt. Eine auslegungsbedürftige Antragsformulierung kann jedoch dann hinzunehmen sein, wenn dies zur Gewährleistung des Rechtsschutzes im Hinblick auf eine bestimmte Werbemethode erforderlich erscheint (BGH, Urteil vom 16. November 2006 - I ZR 191/03, GRUR 2007, 607 Rn. 16 = WRP 2007, 775 - Telefonwerbung für "Individualverträge"; Urteil vom 29. April 2010 - I ZR 202/07, GRUR 2010, 749 Rn. 21 = WRP 2010, 1030 - Erinnerungswerbung im Internet).

[11] 2. Der Bestimmtheit des Hauptantrags steht nicht entgegen, dass er mit den Wendungen "im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Verbraucher zu Werbezwecken anzurufen oder anrufen zu lassen" auslegungsbedürftige Begriffe aufgreift. Die Verwendung derartiger Begriffe, deren Bedeutung nicht immer gleich sein muss, in Antrags- und Urteilsformel ist nicht grundsätzlich und generell unzulässig. Der Gebrauch solcher Begriffe kann hinnehmbar oder im Interesse einer sachgerechten Titulierung zweckmäßig oder geboten sein, wenn im Einzelfall über den Sinngehalt der verwendeten Begriffe kein Zweifel besteht. Anders liegt es, wenn die Bedeutung von Begriffen und Bezeichnungen zwischen den Parteien streitig ist (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 - I ZR 38/00, GRUR 2002, 1088, 1089 = WRP 2002, 1269 - Zugabenbündel; Urteil vom 4. September 2003 - I ZR 23/01, BGHZ 156, 126, 131 - Farbmarkenverletzung I). Dementsprechend sind Begriffe wie "im geschäftlichen Verkehr", "zu werben", "Werbung zu betreiben" oder "gegenüber Gewerbetreibenden" unbeanstandet geblieben, wenn sie im Streitfall nicht umstritten waren (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 1999 - I ZR 189/97, GRUR 2000, 438, 441 = WRP 2000, 389 - Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; Urteil vom 11. März 2010 - I ZR 27/08, GRUR 2010, 939 Rn. 8 und 35 = WRP 2010, 1249 - Telefonwerbung nach Unternehmenswechsel). So liegen die Dinge auch im vorliegenden Fall bei den vorstehend angeführten Wendungen. Diese sind in der Bedeutung zwischen den Parteien nicht umstritten. Die Frage, ob der Unterlassungsanspruch nur Anrufe umfasst, die dazu dienen, Verbrauchern die Teilnahme an einem Lotto-System anzubieten, oder jegliche Anrufe zu Werbezwecken, betrifft nicht die Bestimmtheit des Unterlassungsantrags, sondern seine Begründetheit.

[12] 3. Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Hauptantrag sei unbestimmt, weil Telefonanrufe mit Einwilligung des Verbrauchers zulässig seien und eine Einwilligung beschränkt oder konkludent erteilt werden könne, beruht auf rechtsfehlerhaften Erwägungen.

[13] a) Das Berufungsgericht ist allerdings im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass ein den Gesetzeswortlaut wiederholender Klageantrag im Regelfall unbestimmt ist. Ob dies auch für die Verbotsnorm des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG 2004 gilt, hat der Senat bislang offengelassen (vgl. BGH, GRUR 2007, 607 Rn. 17 - Telefonwerbung für "Individualverträge"; für eine hinreichende Bestimmtheit eines die Norm des § 7 Abs. 2 Satz 2 Fall 1 UWG 2004 wiederholenden oder sich hieran orientierenden Klageantrags: OLG Hamm, OLG-Rep 2006, 800; Urteil vom 30. Juni 2009 - 4 U 54/09, juris Rn. 34; LG Stuttgart, WRP 2005, 1041; LG Bielefeld, Urteil vom 28.März 2006 - 15 O 246/05, juris Rn. 11; vgl. auch OLG Köln, OLG-Rep 2008, 325). Im Streitfall kommt es hierauf nicht an.

[14] b) Der Kläger hat im Hauptantrag den Begriff des vorherigen Einverständnisses gewählt und nicht den Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift übernommen, der von Einwilligung spricht. Dadurch ist der Antrag gegenüber dem Gesetzeswortlaut weitergehend konkretisiert, weil hierdurch deutlich wird, dass der Verbraucher sein Einverständnis vor dem Anruf erklärt haben muss und eine während des Telefonanrufs erklärte Zustimmung zu dem Werbeanruf nicht genügt und zudem jedes Einverständnis des Verbrauchers ausreicht und damit keine rechtsgeschäftliche Einwilligung im Sinne von § 183 Satz 1 BGB erforderlich ist.

[15] Die Unbestimmtheit des Klageantrags folgt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht daraus, dass dem Merkmal des Einverständnisses nicht entnommen werden könnte, ob ein konkludent erklärtes Einverständnis ausreicht oder eine ausdrückliche Erklärung erforderlich ist.

[16] Mit dem im vorliegenden Rechtsstreit verfolgten Unterlassungsgebot griff der Kläger unerbetene Werbeanrufe aus dem Jahre 2007 auf. Zu § 1 UWG aF entsprach es der Senatsrechtsprechung, dass ein konkludent erklärtes Einverständnis ausreichte (BGH, Urteil vom 8. November 1989 - I ZR 55/88, GRUR 1990, 280, 281 = WRP 1990, 288 - Telefonwerbung III; Urteil vom 20. September 2007 - I ZR 88/05, GRUR 2008, 189 Rn. 14 = WRP 2008, 224 - Suchmaschineneintrag). Die Bestimmung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG in der bis 3. August 2009 gültigen Fassung verlangte ebenfalls keine ausdrückliche Einwilligung des Verbrauchers zu dem Werbeanruf. Erst durch die Novellierung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG aufgrund des Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2413) hat das Erfordernis, dass die Einwilligung ausdrücklich erteilt werden muss, Eingang in den Gesetzeswortlaut gefunden. Anhaltspunkte dafür, dass vorliegend mit dem Verbotsantrag über die zum Zeitpunkt der Klageerhebung geltende Rechtslage hinaus mit dem Begriff des Einverständnisses im Hauptantrag nicht auch eine konkludente Erklärung umfasst sein sollte, bestehen nicht.

[17] Der Antrag ist auch nicht deshalb unbestimmt, weil eine Einverständniserklärung inhaltlich beschränkt erteilt werden kann. Liegt eine inhaltlich beschränkt erteilte Einverständniserklärung vor, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob sie im konkreten Fall den Werbeanruf abdeckt. Durch die Notwendigkeit zu einer entsprechenden Auslegung einer eingeschränkten Einverständniserklärung wird der Klageantrag nicht unbestimmt.

[18] c) Der Senat hat allerdings entschieden, dass ein Unterlassungsantrag, der den Wortlaut des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG 2004 wiedergibt, nicht die Voraussetzungen erfüllt, unter denen ein gesetzeswiederholender Unterlassungsantrag ausnahmsweise als hinreichend bestimmt anzusehen ist (BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2009 - I ZR 201/07, MMR 2010, 183 Rn. 12). Er hat dies damit begründet, dass die zu dieser Norm ergangenen zahlreichen Gerichts- entscheidungen und die einschlägige Kommentarliteratur zeigen, dass der Wortlaut dieser Bestimmung keineswegs in so hohem Maße eindeutig und konkret ist, dass sich über deren Anwendungsbereich kein ernsthafter Streit ergeben kann oder zumindest mögliche Zweifel hinsichtlich der Reichweite durch eine gefestigte Rechtsprechung geklärt sind. Ein solcher Fall ist - trotz der mit § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG 2004 inhaltlich vergleichbaren Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG 2004 - vorliegend nicht gegeben. Der Hauptantrag beschränkt sich nicht auf die Wiederholung des Textes des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG 2004, sondern ist gegenüber dem Gesetzeswortlaut weitergehend konkretisiert (s. oben Rn. 14).

[19] III. Auf die Revision des Klägers ist das angefochtene Urteil daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, da weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind und die Sache nach den getroffenen Feststellungen zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Danach ist auf die Berufung des Klägers das Urteil des Landgerichts teilweise abzuändern und die Beklagte nach dem Hauptantrag zur Unterlassung zu verurteilen.

[20] Dem Kläger steht der mit dem Hauptantrag verfolgte Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte nach § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 3 in Verbindung mit § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG zu.

[21] 1. Auf den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch sind die zum Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblichen Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb anzuwenden. Der im Streit auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch besteht allerdings nur, wenn die beanstandete Verhaltensweise auch schon zum Zeitpunkt ihrer Begehung wettbewerbswidrig war (BGH, Urteil vom 29. April 2010 - I ZR 23/08, GRUR 2010, 652 Rn. 10 = WRP 2010, 872 - Costa del Sol).

[22] a) Der Kläger hat sein Unterlassungsbegehren auf nicht erbetene Anrufe der Beklagten gestützt, die diese im Jahr 2007 vorgenommen hat. Zu diesem Zeitpunkt beurteilte sich die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Werbung gegenüber Verbrauchern durch Telefonate nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG in der am 8. Juli 2004 in Kraft getretenen Fassung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (UWG 2004). Durch die UWG-Novelle 2008 wurde § 7 Abs. 2 UWG 2004 dahingehend geändert, dass die dort aufgeführten Beispielsfälle stets eine unzumutbare Belästigung darstellen. Darüber hinaus wurde das in § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG enthaltene Erfordernis der Einwilligung mit Wirkung am 4. August 2009 durch das Gesetz vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2413) durch das der vorherigen ausdrücklichen Einwilligung ersetzt.

[23] b) Die genannten Gesetzesänderungen wirken sich im Streitfall nicht aus. Durch die Bestimmung in § 7 Abs. 2 UWG 2008, der zufolge die in dieser Vorschrift aufgeführten Beispielsfälle "stets" eine unzumutbare Belästigung darstellen, wird klargestellt, dass die Bagatellklausel des § 3 UWG nicht mehr anwendbar ist. Nach der Rechtsprechung des Senats schloss eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 2 UWG 2004 einen Bagatellverstoß von vornherein aus (vgl. BGH, GRUR 2010, 839 Rn. 18 - Telefonwerbung nach Unternehmenswechsel). Die mit Wirkung ab 4. August 2009 eingetretene Gesetzesänderung, wonach nur eine ausdrückliche Einwilligung ausreicht, ist im Streitfall ohne Belang. Auf eine Einwilligung der Verbraucher zu den Werbeanrufen - gleichgültig, ob ausdrücklich oder konkludent - hat sich die Beklagte nicht berufen.

[24] 2. Die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG sind gegeben. Die Verbraucher hatten in die von der Beklagten veranlassten Werbeanrufe nicht eingewilligt. Es lag daher weder eine vorherige ausdrückliche Einwilligung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG noch eine Einwilligung nach dem insoweit weniger strengen alten Recht nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG 2004 vor.

[25] 3. Der mit dem Hauptantrag verfolgte Unterlassungsanspruch ist vorliegend auch nicht teilweise unbegründet, weil er über den konkreten Verletzungstatbestand hinausgeht.

[26] a) Nach der Rechtsprechung des Senats können Ansprüche auf Unterlassung über die konkrete Verletzungshandlung hinaus gegeben sein, soweit in der erweiterten Form das Charakteristische der Verletzungshandlung noch zum Ausdruck kommt. Dies hat seinen Grund darin, dass eine Verletzungshandlung die Vermutung der Wiederholungsgefahr nicht nur für die identische Verletzungsform, sondern für alle im Kern gleichartigen Verletzungshandlungen begründet (vgl. BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009 - I ZR 46/07, BGHZ 183, 309 Rn. 30 - Fischdosendeckel; Urteil vom 19. Mai 2010 - I ZR 177/07, GRUR 2010, 855 Rn. 17 = WRP 2010, 1035 - Folienrollos).

[27] b) Im Fall des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG besteht das Charakteristische der Verletzungshandlung in dem unverlangten Werbeanruf gegenüber einem Verbraucher. Wofür geworben wird, ist dagegen irrelevant. Werbeanrufe gehen häufig von Callcentern oder anderen vergleichbaren Dienstleistungserbringern aus, bei denen der Gegenstand der Werbung beliebig austauschbar ist. Etwas anderes hat dann zu gelten, wenn ein Gewerbetreibender einen Werbeanruf für die Waren oder Dienstleistungen vornimmt, die Gegenstand seines Geschäftsbetriebs sind. Hier reicht die durch die Verletzungshandlung begründete Wiederholungsgefahr grundsätzlich nicht über den Unternehmensgegenstand hinaus. Für eine derartige gegenständliche Beschränkung ist im Streitfall nichts ersichtlich. Die Revisionserwiderung rügt auch keinen Vortrag der Beklagten als übergangen. Eine Zurückverweisung an das Berufungsgericht zur weiteren Sachaufklärung ist ebenfalls nicht geboten, weil der Streit der Parteien in den Tatsacheninstanzen auch um die Reichweite des Unterlassungsantrags ging und die Beklagte daher - auch ohne einen gerichtlichen Hinweis nach § 139 ZPO - Veranlassung hatte, von sich aus zu einer gegenständlichen Beschränkung ihres Tätigkeitsgebiets vorzutragen.

[28] IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.