BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 191/03

Verkündet am:
16. November 2006
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

Telefonwerbung für "Individualverträge"

ZPO § 253 Abs. 2 Nr. 2, § 314 Abs. 1 Nr. 4

Ein Klageantrag, der auf das Verbot gerichtet ist, unaufgefordert Telefonwerbung zu betreiben, ohne dass ein vorheriges Einverständnis des Adressaten besteht oder zumindest Umstände vorliegen, aufgrund deren das Einverständnis mit einer solchen Kontaktaufnahme vermutet werden kann, ist regelmäßig nicht hinreichend bestimmt.

UWG § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2

a) Für die Beantwortung der Frage, ob bei einer Telefonwerbung gegenüber Marktteilnehmern, die nicht Verbraucher sind, von einer mutmaßlichen Einwilligung ausgegangen werden kann, ist auf die Umstände vor dem Anruf sowie auf die Art und den Inhalt der Werbung abzustellen.

b) Bei einem Bauhandwerksunternehmen kann nicht davon ausgegangen werden, dass es mutmaßlich an einer telefonischen Werbung für eine hinsicht-

lich ihres Inhalts und Umfangs nicht näher bestimmte Vermittlungsleistung interessiert ist, die durch eine nicht unbeträchtliche und zudem im Voraus zu erbringende Gegenleistung entgolten werden soll.

UWG § 3

Bei Bejahung einer unzumutbaren Belästigung i.S. von § 7 UWG ist eine gesonderte Prüfung des Verhaltens auf seine Eignung zur nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung der Interessen der Betroffenen i.S. von § 3 UWG nicht mehr veranlasst.

BGH, Urt. v. 16. November 2006 - I ZR 191/03 - OLG Frankfurt am Main

LG Frankfurt am Main

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. November 2006 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Pokrant, Dr. Schaffert und Gröning

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 24. Juli 2003 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs zählt.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

2 Gegenstand des Unternehmens der Beklagten sind die Vermittlung und Koordinierung von Bauvorhaben zwischen Bauherren und deren Planungsbüros einerseits und Bauunternehmen andererseits. Zu diesem Zweck umwirbt die Beklagte Handwerksunternehmen, mit denen sie von ihr formularmäßig vorbereitete sogenannte "Individualverträge" schließt. In ihnen verpflichten sich die Handwerker zur Zahlung einer Provision für jeden vermittelten Bauauftrag und daneben zur Zahlung einer einmaligen Aufwandsabgeltung für "Bürokosten, Akquisition und die interne Bearbeitung der Leistungsverzeichnisse" in Höhe von mehreren Tausend Mark. Die Beklagte bahnt die Geschäftskontakte zu ihren potentiellen Vertragspartnern grundsätzlich auf telefonischem Wege an.

3 Am 25. Juni 2001 nahm ihr Mitarbeiter C. telefonischen Kontakt mit dem Inhaber der Tischlerei N. in S. auf, wobei er sich nach deren Leistungsangebot und Arbeitsbelastung erkundigte und den Inhaber zu einem persönlichen Gespräch einlud. Dieses fand am 3. August 2001 bei der Beklagten statt, führte aber nicht zu einer Zusammenarbeit.

4 Der Kläger, der von diesem Vorgang Kenntnis erlangte, sieht in dem Verhalten der Beklagten eine unzulässige Telefonwerbung. Da die Beklagte die geforderte Unterlassungserklärung nicht abgab und auch die Abmahnkosten in Höhe von 175,07 € nicht bezahlte, hat der Kläger sie gerichtlich auf Unterlassung und auf Zahlung dieses Betrags in Anspruch genommen. Er hat beantragt,

> die Beklagte unter Androhung näher bestimmter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs unaufgefordert Telefonwerbung zu betreiben, ohne dass ein vorheriges Einverständnis des Adressaten besteht oder aber zumindest Umstände vorliegen, aufgrund deren das Einverständnis mit einer solchen Kontaktaufnahme vermutet werden kann.

5 Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat vorgetragen, die Kontaktaufnahme ihres Mitarbeiters C. mit dem Inhaber der Tischlerei N. am 25. Juni 2001 sei erfolgt, weil sie sich nicht sicher gewesen sei, ob verschiedene Bauprojekte wie u.a. die Herstellung von Innentüren für zwei Einfamilienhäuser in K. sowie Fenster- und Treppenarbeiten an einem Bauvorhaben in Ke. von ihren Partnerbetrieben in ausreichendem Maße bearbeitet werden könnten.

6 Das Berufungsgericht hat der vor dem Landgericht erfolglosen Klage in vollem Umfang stattgegeben (OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2003, 320 = WRP 2003, 1361).

7 Mit ihrer (vom Senat zugelassenen) Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

8 I. Das Berufungsgericht hat die Klage für zulässig und begründet erachtet. Hierzu hat es ausgeführt:

9 Der Klageantrag sei bestimmt genug. Der Begriff der Telefonwerbung sei ohne Weiteres so zu verstehen, dass er alle absatzfördernden Maßnahmen via Telefon erfasse. Dies solle der Beklagten nur dann untersagt werden, wenn ihre Werbung unaufgefordert erfolge und Umstände hinzuträten, die das Fehlen des Einverständnisses mit einer solchen Kontaktaufnahme vermuten ließen.

10 Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch sei gemäß § 1 UWG (a.F.) unter dem Gesichtspunkt der belästigenden Telefonwerbung begründet. Auch wenn die Beklagte sich vorbehalten sollte, mit dem angerufenen Unternehmen gegebenenfalls keinen "Individualvertrag" abzuschließen, sei die von ihr betriebene Kontaktaufnahme mit dem potentiellen Vertragsunternehmen Telefonwerbung. Diese sei im geschäftlichen Bereich wettbewerbsgemäß, wenn aus der Ex-ante-Sicht des Werbenden ein aus dem Interessenbereich des Anzurufenden herzuleitender konkreter Grund eine solche Art der Werbung rechtfertige. Das dafür zumindest erforderliche mutmaßliche Einverständnis des Anzurufenden sei nicht schon allein deshalb als gegeben anzusehen, weil die Werbung den eigentlichen Geschäftsgegenstand des Anzurufenden betreffe. Das Vorliegen eines objektiv günstigen Angebots könne ein Indiz für ein vermutliches Einverständnis sein, ein objektiv ungünstiges Angebot ein Indiz gegen ein solches Einverständnis.

11 Die Beklagte habe keine Umstände vorgetragen, die die Annahme rechtfertigen könnten, die Anzurufenden hätten ein sachliches Interesse an ihrem Anruf. Die Eintragung der Tischlerei N. in den "Gelben Seiten" sei unerheblich, da die Beklagte nicht als Nachfragerin einer von diesem Unternehmen erbrachten Leistung, sondern als Anbieterin einer eigenen Leistung aufgetreten sei. Die von der Beklagten intendierte Geschäftsbeziehung sei auf eine Dauerbeziehung angelegt gewesen, bei der die Beklagte für rechtlich nicht greifbare Vermittlungsbemühungen eine Zahlung von mehreren Tausend Mark erhalten sollte. Schon aus diesem Grund könne nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass die Anzurufenden an einer Telefonwerbung interessiert seien, mit der in Erfahrung gebracht werden solle, ob der Angesprochene für die Beklagte als Vertragspartner in Betracht komme. Die von der Beklagten angebotenen Verträge seien auch nach deren eigenem Vortrag für die Handwerksbetriebe mehr als riskant.

12 Soweit die Beklagte die Notwendigkeit einer telefonischen Kontaktaufnahme zu potentiellen Neukunden mit dem zeitlichen Druck bei der Vermittlung von Handwerksbetrieben begründet habe, sei bereits zweifelhaft, ob der Zeitdruck eine schriftliche Kontaktaufnahme in jedem Fall unmöglich machte. Selbst wenn die Beklagte in aller Regel nicht über genügend Zeit verfügte, um nach Eingang eines Vermittlungsauftrags schriftlich nach neuen Vertragsunternehmen zu suchen, und sie auch nur schwer voraussehen könnte, welche neuen Vertragsunternehmen sie benötigen werde, spreche nichts gegen ein Rundschreiben bei Handwerksunternehmen, um deren grundsätzliche Bereitschaft zu einer Zusammenarbeit zu sondieren und auf diese Weise über einen Bestand an potentiell interessierten Unternehmen zu verfügen, auf den dann bei Bedarf auch telefonisch zurückgegriffen werden könne. Der Umstand, dass es der Beklagten aufgrund des ausgesprochenen Verbots künftig verwehrt sei, neue Kunden ohne Weiteres per Telefonanruf zu akquirieren, stelle eine Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit dar, die im Hinblick auf die überwiegenden Interessen der Anzurufenden gerechtfertigt sei.

13 Der Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten folge aus § 683 Satz 1, §§ 677, 670 BGB.

14 II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

15 1. Der Unterlassungsantrag des gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG, § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F. klagebefugten Klägers und die entsprechende Urteilsformel der angefochtenen Entscheidung sind nicht hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2, § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO). Dieser Mangel ist auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu beachten (BGHZ 144, 255, 263 - Abgasemissionen;

156, 126, 131 - Farbmarkenverletzung I; BGH, Urt. v. 24.2.2005 - I ZR 128/02, GRUR 2005, 604, 605 = WRP 2005, 739 - Fördermittelberatung).

16 a) 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 (st. Rspr.; vgl. BGHZ 156, 1, 8 f. - Paperboy; BGH GRUR 2005, 604, 605 - Fördermittelberatung, jeweils m.w.N.; zuletzt BGH, Urt. v. 4.5.2005 - I ZR 127/02, GRUR 2005, 692, 693 = WRP 2005, 1009 - "statt"-Preis). Aus diesem Grund sind insbesondere Unterlassungsanträge, die lediglich den Wortlaut eines Gesetzes wiederholen, grundsätzlich als zu unbestimmt und damit unzulässig anzusehen (vgl. BGH, Urt. v. 24.11.1999 - I ZR 189/97, GRUR 2000, 438, 440 = WRP 2000, 389 - Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; Urt. v. 12.7.2001 - I ZR 261/98, GRUR 2002, 77, 78 = WRP 2002, 85 - Rechenzentrum; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 51 Rdn. 8a, jeweils m.w.N.). Abweichendes 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 (vgl. BGH, Urt. v. 13.3.2003 - I ZR 143/00, GRUR 2003, 886, 887 = WRP 2003, 1103 - Erbenermittler, m.w.N.). 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 hinzuneh-

men sein, wenn dies zur Gewährleistung des Rechtsschutzes im Hinblick auf eine bestimmte Werbemethode erforderlich erscheint (vgl. BGH, Urt. v. 4.7.2002 - I ZR 38/00, GRUR 2002, 1088, 1089 = WRP 2002, 1269 - Zugabenbündel; BGHZ 158, 174, 186 - Direktansprache am Arbeitsplatz; BGH, Urt. v. 9.9.2004 - I ZR 93/02, GRUR 2005, 443, 445 = WRP 2005, 485 - Ansprechen in der Öffentlichkeit II; BGH GRUR 2005, 604, 605 - Fördermittelberatung; einschränkend Teplitzky aaO Kap. 51 Rdn. 8 a.E.).

17 b) Der im vorliegenden Verfahren gestellte Unterlassungsantrag genügt mit der Formulierung "zumindest Umstände vorliegen, aufgrund deren das Einverständnis mit einer solchen Kontaktaufnahme vermutet werden kann" den vorstehend dargestellten Anforderungen an die Bestimmtheit von Klageanträgen nicht. Der mittlerweile in § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 UWG geregelte Beispielsfall unlauteren Verhaltens im Wettbewerb, dem diese Formulierung entspricht, ist - anders als möglicherweise der Fall des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG (vgl. dazu OLG Hamm MD 2006, 1285, 1286; LG Stuttgart WRP 2005, 1041; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl., § 12 UWG Rdn. 2.40) - nicht selbst hinreichend eindeutig und konkret gefasst, um ohne weitere Konkretisierung in den Antrag übernommen zu werden. Ebenso wenig sind der Anwendungsbereich dieser Norm und insbesondere die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei einer Werbung mit Telefonanrufen gegenüber sonstigen Marktteilnehmern von deren zumindest mutmaßlicher Einwilligung ausgegangen werden kann, durch eine gefestigte Auslegung geklärt. Nach den getroffenen Feststellungen hat der Kläger des Weiteren auch nicht deutlich gemacht, dass es ihm nicht auf ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts ankommt, sondern er sich mit seinem Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungsform orientiert. Nicht ersichtlich ist schließlich auch, dass der Kläger im Blick auf die Besonderheiten des im Streitfall zur Anwendung kommenden materiellen Rechts gehindert sein könnte, einen Unterlassungsantrag zu formu-

lieren, der sowohl seinem Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes als auch den für den Regelfall bestehenden Erfordernissen des Bestimmtheitsgrundsatzes gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO gerecht wird. Denn auch wenn der zu stellende Antrag auf die konkrete Verletzungsform zu beschränken wäre, erfasste eine Verurteilung nach der sogenannten Kerntheorie immerhin alle Handlungsformen, in denen das Charakteristische der beanstandeten Werbung zum Ausdruck kommt (vgl. BGH, Urt. v. 4.9.2003 - I ZR 32/01, GRUR 2004, 72 - Coenzym Q 10; Teplitzky aaO Kap. 57 Rdn. 12 m.w.N.).

18 2. Die Unbestimmtheit des der Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung zugrunde liegenden Antrags hat zur Folge, dass das Berufungsurteil keinen Bestand haben kann und deshalb aufzuheben ist. Da sich das Klagebegehren allerdings - wie nachstehend unter III. dargestellt - als nicht unberechtigt darstellt, ist der Senat an einer eigenen Sachentscheidung gehindert und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 und 3 ZPO). Dem Kläger ist damit aus Gründen der prozessualen Fairness Gelegenheit gegeben, sich in der wiedereröffneten Berufungsinstanz durch eine sachdienliche Antragsfassung auf die vorstehend unter 1. dargestellte Rechtslage einzustellen (vgl. BGHZ 158, 174, 187 - Direktansprache am Arbeitsplatz; BGH GRUR 2005, 443, 445 - Ansprechen in der Öffentlichkeit II).

19 III. Für das weitere Verfahren wird auf Folgendes hingewiesen:

20 1. Das mit der Klage beanstandete Verhalten der Beklagten stellt eine gemäß §§ 3, 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 UWG unlautere und auch schon nach § 1 UWG a.F. als wettbewerbswidrig zu beurteilende Werbung dar. Die Beklagte hatte nach den getroffenen und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts keinen berechtigten Grund anzunehmen, das von ihr telefonisch kontaktierte Handwerksunternehmen sei mutmaßlich damit ein-

verstanden, dass sie ihm auf diesem Wege ein Angebot zum Abschluss eines "Individualvertrages" machte oder zumindest die Möglichkeit eines solchen Vertragsschlusses vorstellte. Namentlich rechtfertigte der Umstand, dass das angerufene Handwerksunternehmen die in der "Individualvereinbarung" zu vermittelnden Handwerksleistungen seinerseits anbietet, eine solche Annahme nicht. Entscheidend ist, dass die Beklagte nicht lediglich Dienstleistungen des angerufenen Unternehmens nachgefragt hat. Nach den getroffenen Feststellungen ging es ihr bei dem fraglichen Anruf vielmehr um die Werbung für eine hinsichtlich ihres Inhalts und Umfangs nicht näher bestimmte Vermittlungsleistung, die durch eine nicht unbeträchtliche und zudem im Voraus zu erbringende Gegenleistung entgolten werden sollte. Der allgemeine Sachbezug mit den von dem angerufenen Unternehmen angebotenen Dienstleistungen reichte für die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung nicht aus. Anderenfalls wäre Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden mit seinen belästigenden und deshalb nicht generell hinnehmbaren Folgen nahezu unbeschränkt zulässig (vgl. BGH, Urt. v. 25.1.2001 - I ZR 53/99, GRUR 2001, 1181, 1182 = WRP 2001, 1068 - Telefonwerbung für Blindenwaren; Urt. v. 5.2.2004 - I ZR 87/02, GRUR 2004, 520, 521 = WRP 2004, 603 - Telefonwerbung für Zusatzeintrag; Köhler aaO § 7 UWG Rdn. 62; Fezer/Ubber, UWG, § 7 Rdn. 142 und 145; Koch in Ullmann, jurisPK/UWG, § 7 Rdn. 239, 241 und 245; MünchKomm.UWG/Leible, § 7 Rdn. 125).

21 Bei der Beurteilung der Frage, ob bei einer Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern die nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 UWG erforderliche mutmaßliche Einwilligung als gegeben anzusehen ist, ist auf die Umstände vor dem Anruf sowie auf die Art und den Inhalt der Werbung abzustellen (vgl. Köhler aaO § 7 UWG Rdn. 60 und 62; Fezer/Ubber aaO § 7 Rdn. 142; MünchKomm.UWG/Leible aaO § 7 Rdn. 124). Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist daher die Auffassung des Berufungsgerichts, ein objektiv ungünstiges

Angebot könne ein Indiz für das Fehlen der mutmaßlichen Einwilligung sein. Ebenso bleibt, wenn die Voraussetzungen der belästigenden Werbung vorliegen, das Verhalten wettbewerbswidrig, auch wenn der Angerufene Interesse an dem Angebot zeigt und es in der Folge möglicherweise sogar zu einem Abschluss kommt. Noch weniger entfällt - entgegen der von der Revision in der mündlichen Verhandlung geäußerten Ansicht - die Unlauterkeit des Verhaltens dadurch, dass die Nachteile des gemachten Angebots für den Angerufenen nicht schon bei dem Telefonat, sondern erst später erkennbar werden.

22 Ein den vorstehend unter II. 1. dargestellten Erfordernissen der § 253 Abs. 2 Nr. 2, § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO entsprechender Unterlassungsausspruch beschränkt die Beklagte allein in der Wahl des Mediums bei der Werbung für ihre die längerfristige Zusammenarbeit mit Handwerksunternehmen regelnden "Individualverträge". Eine Verletzung von Grundrechten wie insbesondere des Art. 12 GG liegt damit entgegen der Auffassung der Revision fern.

23 2. Bei Bejahung einer unzumutbaren Belästigung i.S. von § 7 UWG ist eine gesonderte Prüfung des Verhaltens auf seine Eignung zur nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung der Interessen der Betroffenen nicht mehr veranlasst (vgl. Köhler aaO § 3 UWG Rdn. 83).

24 3. Der Umstand, dass der Kläger mit seiner Abmahnung einen nach den Ausführungen zu vorstehend II. 1. nicht hinreichend bestimmten Unterlassungsanspruch geltend gemacht hat, steht der Erstattungsfähigkeit der Abmahnkosten nicht entgegen. Der Gläubiger kann allerdings nur für eine berechtigte Abmahnung Aufwendungsersatz verlangen. Dies ist dann der Fall, wenn die Abmahnung dem Schuldner den Weg weist, wie er sich zu verhalten hat, damit ein Prozess vermieden wird. Dementsprechend muss die Abmahnung die Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung enthalten. Da-

gegen ist es unschädlich, wenn der Gläubiger mit der von ihm vorgeschlagenen Unterwerfungserklärung mehr fordert, als ihm zusteht; denn es ist Sache des Schuldners, aufgrund der Abmahnung die zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr erforderliche Erklärung abzugeben (vgl. Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 12 UWG Rdn. 1.17 m.w.N.).

Bornkamm v. Ungern-Sternberg Pokrant

Schaffert Gröning

Vorinstanzen:
LG Frankfurt, Entscheidung vom 17.01.2003 - 3/11 O 97/02 -
OLG Frankfurt, Entscheidung vom 24.07.2003 - 6 U 36/03 -