BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 88/05

Verkündet am:
20. September 2007
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Suchmaschineneintrag

UWG § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2

Ein unaufgeforderter Anruf bei einem Gewerbetreibenden zu Werbezwecken kann als eine wettbewerbswidrige unzumutbare Belästigung zu beurteilen sein, wenn der Anrufer zuvor nicht annehmen durfte, der Anzurufende werde mit dem Anruf, so wie er geplant war, einverstanden sein. Der kostenlose Eintrag eines Gewerbetreibenden im Verzeichnis einer Internetsuchmaschine, die nur eine unter einer Vielzahl gleichartiger Suchmaschinen ist, rechtfertigt grundsätzlich nicht die Annahme, der Gewerbetreibende werde mit einem Anruf zur Überprüfung des über ihn eingespeicherten Datenbestandes einverstanden sein, wenn der telefonische Weg gewählt wurde, um zugleich das Angebot einer entgeltlichen Leistung (hier: der Umwandlung des kostenlosen Eintrags in einen erweiterten und entgeltlichen Eintrag) zu unterbreiten (Abgrenzung zu BGH, Urt. v. 5.2.2004 - I ZR 87/02, GRUR 2004, 520 = WRP 2004, 603 - Telefonwerbung für Zusatzeintrag).

BGH, Urteil v. 20. September 2007 - I ZR 88/05 - OLG Hamm
LG Essen

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. September 2007 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Pokrant, Prof. Dr. Büscher und Dr. Schaffert

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 14. April 2005 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Beklagte bietet gewerblichen Unternehmen an, sie gegen Entgelt in das Verzeichnis ihrer Internetsuchmaschine F. .de aufzunehmen.

2 Der Kläger, der Mitbewerber der Beklagten ist, gestaltete den Internetauftritt der G. GmbH (im Folgenden: G.-GmbH). Sein Mitarbeiter H. veranlasste durch Linksetzung, dass die Internetseiten der G.-GmbH über die Suchmaschinen zahlreicher Unternehmen, darunter auch die Suchmaschine F. .de der Beklagten, aufgerufen werden konnten.

3 Am 27. Juni 2003 rief ein Mitarbeiter der Beklagten den Geschäftsführer der G.-GmbH unaufgefordert wegen des Eintrags der Gesellschaft in das Verzeichnis der Suchmaschine F. .de an. Der Kläger hat diesen Anruf als unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG beanstandet. Er hat vorgetragen, die Beklagte habe nicht davon ausgehen können, dass die G.-GmbH mit dem Anruf mutmaßlich einverstanden sei. Etwas anderes ergebe sich nicht daraus, dass der Internetauftritt der G.-GmbH mit der Suchmaschine der Beklagten verlinkt worden sei.

4 Der Kläger hat vor dem Landgericht beantragt,

> die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, Dritte, ohne vorher dazu aufgefordert worden zu sein, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs per Telefon auf Angebote anzusprechen, die nicht bereits Gegenstand einer bestehenden Geschäftsbeziehung sind.

5 Die Beklagte hat vorgebracht, zwischen ihr und der G.-GmbH habe zur Zeit des Anrufs eine Geschäftsbeziehung bestanden, weil diese Gesellschaft

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

die Möglichkeit zu einem kostenlosen Eintrag in der Suchmaschine F. .de genutzt habe. Sie habe deshalb der G.-GmbH auch ohne besondere Aufforderung telefonisch Angebote zu weitergehenden Internetdienstleistungen unterbreiten dürfen.

6 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

7 Im Berufungsverfahren hat der Kläger zuletzt beantragt,

> die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, per Telefonanruf bei Dritten, ohne von diesen vorher dazu aufgefordert worden zu sein, bisherige kostenlose Grundeintragungen in kostenpflichtige erweiternde Eintragungen in Suchmaschinen zu verändern zu suchen.

8 Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Beklagte nach diesem Antrag verurteilt.

9 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

10 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass der Mitarbeiter der Beklagten durch seinen Anruf bei dem Geschäftsführer der G.-GmbH am 27. Juni 2003 wettbewerbswidrig gehandelt habe. Dieser unaufgeforderte Anruf sei eine unzumutbare Belästigung gewesen, weil die Beklagte nach den Umständen, die

ihr vor dem Anruf erkennbar gewesen seien, nicht von einer mutmaßlichen Einwilligung der G.-GmbH habe ausgehen können.

11 Ein mutmaßliches Interesse der G.-GmbH an dem Anruf ergebe sich nicht daraus, dass diese damit einverstanden gewesen sei, von der Beklagten in das Verzeichnis ihrer Suchmaschine aufgenommen zu werden. Dadurch sei nur eine sehr geringfügige Geschäftsbeziehung begründet worden. Diese möge es zwar grundsätzlich rechtfertigen, telefonisch Kontakt aufzunehmen, um Fragen zur bestehenden Speicherung zu klären. Um einen solchen Anruf sei es hier jedoch nicht gegangen. Die Beklagte habe zwar in erster Instanz zunächst anderes vorgetragen. Nach dem landgerichtlichen Urteil sei es aber unstreitig, dass mit dem Anruf das Angebot bezweckt gewesen sei, die in der Suchmaschine F. .de gespeicherten Daten gegen Entgelt inhaltlich umzugestalten. Nach Erörterung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat habe die Beklagte auch nicht mehr in Abrede gestellt, dass mit dem Telefonanruf die Umwandlung der kostenlosen Speicherung in einen kostenpflichtigen Eintrag angestrebt worden sei.

12 Die Belästigung durch den unaufgeforderten Anruf sei nicht hinnehmbar. Die G.-GmbH sei in gleicher Weise wie bei der Beklagten in die Verzeichnisse weiterer 450 Suchmaschinen aufgenommen worden. Würde der Anruf der Beklagten als rechtmäßig angesehen, dürften auch die Betreiber der anderen Suchmaschinen versuchen, die kostenlosen Einträge dort durch Telefonanrufe in entgeltpflichtige umzuwandeln.

13 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten bleibt ohne Erfolg. Der mit der Klage beanstandete Anruf bei der G.-GmbH war eine unzumutbare Belästigung, die zur Zeit ihrer Begehung nach § 1 UWG a.F.

wettbewerbswidrig war. Eine solche Wettbewerbshandlung verstößt nunmehr gegen §§ 3, 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 UWG. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung unaufgeforderter Werbeanrufe bei Gewerbetreibenden hat sich durch das Inkrafttreten des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 nicht geändert (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl., § 7 UWG Rdn. 39). Die Beklagte muss sich das Verhalten ihres Mitarbeiters nach § 8 Abs. 2 UWG (§ 13 Abs. 4 UWG a.F.) zurechnen lassen.

14 1. Telefonanrufe bei Unternehmen zu Werbezwecken können wettbewerbswidrig sein, weil sie zu belästigenden oder sonst unerwünschten Störungen der beruflichen Tätigkeit des Angerufenen führen können. Wer einen Telefonanschluss zu gewerblichen Zwecken unterhält, rechnet allerdings mit entsprechenden Anrufen. Anders als im privaten Bereich ist telefonische Werbung im geschäftlichen Bereich daher nicht nur zulässig, wenn der Angerufene zuvor ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis erklärt hat; sie ist vielmehr auch dann wettbewerbsgemäß, wenn aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden daran vermutet werden kann (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG; vgl. - zu § 1 UWG a.F. - BGH, Urt. v. 5.2.2004 - I ZR 87/02, GRUR 2004, 520, 521 = WRP 2004, 603 - Telefonwerbung für Zusatzeintrag, m.w.N.).

15 Bei der Beurteilung der Frage, ob bei einer Telefonwerbung im gewerblichen Bereich von einer mutmaßlichen Einwilligung des Anzurufenden ausgegangen werden kann, ist auf die Umstände vor dem Anruf sowie auf die Art und den Inhalt der Werbung abzustellen (vgl. BGH, Urt. v. 16.11.2006 - I ZR 191/03, GRUR 2007, 607 Tz. 21 = WRP 2007, 775 - Telefonwerbung für "Individualverträge", m.w.N.). Maßgebend ist, ob der Werbende bei verständiger Würdigung der Umstände davon ausgehen kann, der Anzurufende erwarte einen solchen

Anruf oder werde ihm jedenfalls positiv gegenüberstehen (vgl. BGHZ 113, 282, 286 - Telefonwerbung IV; BGH GRUR 2004, 520, 521 - Telefonwerbung für Zusatzeintrag). Dabei muss sich die mutmaßliche Einwilligung des anzurufenden Gewerbetreibenden nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf die Art der Werbung erstrecken. Der anzurufende Gewerbetreibende muss dementsprechend mutmaßlich (gerade) auch mit einer telefonischen Werbung einverstanden sein (vgl. BGHZ 113, 282, 285 - Telefonwerbung IV; BGH GRUR 2004, 520, 521 f. - Telefonwerbung für Zusatzeintrag). Eine mutmaßliche Einwilligung kann auch dann anzunehmen sein, wenn die Werbung durch Telefonanruf gegenüber einer schriftlichen Werbung zwar keine oder sogar weniger Vorzüge aufweist, den Interessen des Anzurufenden aber gleichwohl noch in einem Maß entspricht, dass die mit dem Anruf verbundenen Belästigungen hinnehmbar erscheinen (vgl. BGH GRUR 2004, 520, 522 - Telefonwerbung für Zusatzeintrag).

16 2. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Anruf des Mitarbeiters der Beklagten bei dem Geschäftsführer der G.-GmbH am 27. Juni 2003 den Zweck, den bestehenden kostenlosen Eintrag in der Suchmaschine der Beklagten in einen kostenpflichtigen umzuwandeln. Es kann fraglich sein, ob das Berufungsgericht zugleich feststellen wollte, mit dem Anruf sei ausschließlich dieser Zweck verfolgt worden. Dagegen spricht, dass das Berufungsgericht bei seinen Feststellungen auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen hat, in dem offengelassen worden ist, ob der Anruf auch den Zweck hatte, die vorhandene Eintragung der G.-GmbH in der Suchmaschine der Beklagten zu aktualisieren. Diese Frage bedarf aber keiner Entscheidung. Denn auch nach dem Vorbringen der Revision hatte der beanstandete Telefonanruf nur vornehmlich den Zweck, den über die G.-GmbH eingespeicherten Datenbestand zu überprüfen. Dies kann jedoch ebenso unterstellt werden wie das weitere von der Revision als übergangen gerügte Vorbringen der Beklagten, ihr

Mitarbeiter habe in dem Gespräch mit dem Geschäftsführer der G.-GmbH, das auf seinen Anruf hin zustande gekommen sei, gar keine Gelegenheit gehabt, die Möglichkeit entgeltlicher Zusatzleistungen auch nur anzudeuten.

17 3. Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung ist entscheidend, ob der Anrufer vor dem Anruf annehmen durfte, der Anzurufende werde mit dem Werbeanruf, so wie er geplant war, einverstanden sein. Dabei ging es im vorliegenden Fall, selbst wenn das von der Revision mit ihrer Rüge angeführte Vorbringen der Beklagten unterstellt wird, um einen Anruf, mit dem jedenfalls auch der Zweck verfolgt wurde, den kostenlosen Eintrag in einen erweiterten und entgeltlichen Eintrag umzuwandeln. Ob das Gespräch nach dem Zustandekommen der Telefonverbindung so wie geplant geführt werden konnte, ist unerheblich. Von einem mutmaßlichen Einverständnis der anzurufenden G.-GmbH mit einem solchen - zumindest einen doppelten Zweck verfolgenden - Anruf konnte die Beklagte nicht ausgehen.

18 4. Ein ausreichend großes Interesse des anzurufenden Gewerbetreibenden, das die Annahme rechtfertigt, er werde mit dem Anruf einverstanden sein, kann insbesondere dann gegeben sein, wenn die telefonische Werbemaßnahme einen sachlichen Zusammenhang zu einer bereits bestehenden Geschäftsverbindung aufweist (vgl. BGH GRUR 2004, 520, 521 - Telefonwerbung für Zusatzeintrag, m.w.N.). Ob dies der Fall ist, hängt jedoch nicht nur von Art, Inhalt und Intensität der Geschäftsbeziehung ab, sondern auch davon, ob danach zu erwarten ist, der Anzurufende werde mit einem Anruf zu den Zwecken, die mit ihm verfolgt werden, einverstanden sein. Dies konnte die Beklagte bei dem beanstandeten Anruf nicht annehmen.

19 Aufgrund des einmaligen kostenlosen Eintrags der G.-GmbH in der Suchmaschine der Beklagten ist es nur zu einer sehr schwachen Geschäftsverbindung gekommen. Diese mag ihrer Art nach die Annahme gerechtfertigt haben, die G.-GmbH werde mit einem Anruf zur Überprüfung des eingespeicherten Datenbestandes einverstanden sein. Wenn aber der telefonische Weg gewählt wurde, um zugleich das Angebot einer entgeltlichen Leistung zu unterbreiten, war dies nach den sonstigen Umständen für den Anzurufenden unzumutbar belästigend.

20 Die Beklagte konnte nicht mit einem besonderen Interesse der G.-GmbH rechnen, gerade im Verzeichnis der Suchmaschine der Beklagten gegen Vergütung mit einem erweiterten Eintrag aufgeführt zu sein. In gleicher Weise wie bei der Beklagten ist ein kostenloser Eintrag über die G.-GmbH bei weiteren 450 Suchmaschinen gespeichert. Die Beklagte behauptet selbst nicht, dass ihre Suchmaschine, die nur eine unter einer Vielzahl anderer ist, über eine besondere Bekanntheit verfüge. Angesichts der großen Zahl gleichartiger Suchmaschinen und der Verbreitung kostenloser Unternehmenseinträge in den Verzeichnissen von Suchmaschinen musste die Beklagte vor einem Anruf berücksichtigen, dass für einen Gewerbetreibenden die Gefahr besteht, in seinem Geschäftsbetrieb durch eine Vielzahl ähnlicher Telefonanrufe empfindlich gestört zu werden.

21 Die Entscheidung "Telefonwerbung für Zusatzeintrag" (BGH GRUR 2004, 520) steht dieser Beurteilung nicht entgegen. Gegenstand dieser Entscheidung war das telefonische Angebot von entgeltlichen Zusätzen und Erweiterungen des kostenlosen Standardeintrags im Branchenfernsprechbuch "Gelbe Seiten", in dem die Kunden der Deutschen Telekom AG und Kunden anderer Telefongesellschaften aufgeführt sind, die entsprechende Vereinbarungen mit

der Deutschen Telekom AG geschlossen haben. Der Senat hat ein mutmaßliches Einverständnis des Anzurufenden mit einem solchen Angebot angenommen, wenn es mit einem Anruf verbunden wird, bei dem der Standardeintrag für eine neue Auflage des Telefonverzeichnisses überprüft werden soll. Von einem derartigen Anruf unterscheidet sich der hier beanstandete Anruf erheblich. Für einen Gewerbetreibenden ist die Art und Weise des Eintrags seiner Telefonverbindung in den bekannten "Gelben Seiten" der Deutschen Telekom AG von wesentlicher Bedeutung. Entgeltliche Zusätze und Erweiterungen des Standardeintrags werden von den Gewerbetreibenden erfahrungsgemäß häufig zur Werbung genutzt. Durch den Anlass des Telefonanrufs, die - in der Regel nur einmal jährlich stattfindende - Neuauflage des Teilnehmerverzeichnisses, sind einer Werbung, wie sie Gegenstand der Entscheidung "Telefonwerbung für Zusatzeintrag" war, zeitliche Grenzen gesetzt. Bei seiner Entscheidung ist der Senat zudem davon ausgegangen, dass eine Nachahmung der Werbemaßnahme durch Dritte nicht zu befürchten sei.

22 Die Eintragung im Verzeichnis einer Suchmaschine, wie sie die Beklagte betreibt, dient der Darstellung des Unternehmens in der Öffentlichkeit. Insoweit mag die Eintragung für ein Unternehmen nützlich sein; sie hat für das Unternehmen aber nicht annähernd dieselbe Bedeutung wie der Eintrag der Daten seiner Branchenzugehörigkeit und seiner Telefonverbindung im Verzeichnis "Gelbe Seiten". Dazu kommt die erhebliche Gefahr, dass zahllose Betreiber von Suchmaschinen dasselbe Recht wie die Beklagte zu einem unaufgeforderten Werbeanruf für sich in Anspruch nehmen. Angesichts der Vielzahl von Unternehmen, die Suchmaschinen mit Unternehmensverzeichnissen unterhalten, liegt es bei einer Werbemethode dieser Art nahe, dass sie immer weitere Verbreitung findet. Entsprechende Werbemaßnahmen sind deshalb, auch wenn die Belästigung im Einzelfall gering sein kann, als unzumutbare Belästigung

und damit als wettbewerbswidrig zu beurteilen (vgl. BGH, Urt. v. 25.10.1995 - I ZR 255/93, GRUR 1996, 208, 209 = WRP 1996, 74 - Telefaxwerbung I; Urt. v. 11.3.2004 - I ZR 81/01, GRUR 2004, 517, 518 f. = WRP 2004, 731 - E-Mail-Werbung).

23 5. Eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 UWG ist zugleich geeignet, die Interessen der Marktteilnehmer im Sinne des § 3 UWG erheblich zu beeinträchtigen (vgl. BGH GRUR 2007, 607 Tz. 23 - Telefonwerbung für "Individualverträge").

24 III. Die Revision der Beklagten ist danach zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm v. Ungern-Sternberg Pokrant

Büscher Schaffert

Vorinstanzen:
LG Essen, Entscheidung vom 24.11.2004 - 44 O 32/04 -
OLG Hamm, Entscheidung vom 14.04.2005 - 4 U 24/05 -