Landgericht München I

Lenbachplatz 7 80316 München

Az: 7 O 16580/04

Verkündet am 28.10.2004

[redacted]
Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES!

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., vertr. durch den Vorstand Prof. Dr. Edda Müller, Markgrafenstr. 66, 10969 Berlin

- Antragstellerin -

Prozeßbevollmächtigte/r:
Rechtsanwalt [redacted]

gegen

O2 (Germany) GmbH & Co. OHG, vertr. durch die persönlich haftende Gesellschafterin, die O2 (Germany) Management GmbH, vertr. durch d. Geschäftsführer [redacted]
Georg-Brauchle-Ring 23-25, 80992 München

- Antragsgegnerin -

Prozeßbevollmächtigte/r:
Rechtsanwälte [redacted]

wegen Unterlassung

EINGEGANGEN
[redacted]

./..

erlässt das Landgericht München I, 7. Zivilkammer, durch Vorsitzenden Richter am Landgericht [redacted], Richter am Landgericht [redacted] und Richter am Landgericht [redacted] aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28.10.2004 folgendes

Endurteil:

I. Die einstweilige Verfügung der Kammer vom 02.09.04 wird bestätigt.

II. Die Antragsgegnerin trägt die weiteren Kosten des Verfahrens.

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten um die wettbewerbsrechtlichen Folgen eines Telefonkontakts der Antragsgegnerin gegenüber einer Verbraucherin.

1) Der Antragsteller ist der bundesweit tätige Dachverband aller Verbraucherzentralen der Bundesländer sowie weiterer verbraucher- und sozialorientierter Organisationen in der Bundesrepublik Deutschland. Die Antragsgegnerin bietet am Markt Telekommunikationsdienstleistungen an.

   Am 27.11.2000 schloss Frau [redacted] mit der Firma VIAG Interkom einen Mobilfunkvertrag mit einer Laufzeit von 24 Monaten, am 09.12.2002 einen zweiten Mobilfunkvertrag mit gleicher Laufzeit im Tarif „O2 Genion Duo" mit der Antragsgegnerin ab. Beide Verträge wurde auf Wunsch der Frau [redacted] in einem Tarif unter der Bezeichnung „O2 Genion Duo" zusammengeführt. Im von Frau [redacted] unterzeichneten Antragsformular lautet es unter Ziffer 9 u.a. wie folgt (Anlage A 9 a):

   „...

   Ich stimme der Nutzung und Verarbeitung meiner Bestandsdaten bei O2 (Germany) GmbH & Co. OHG und bei ihren Tochterunternehmen zur Kundenberatung, Produktinformation, Marktentwicklung und zur bedarfsgerechten Gestaltung von Serviceleistungen sowie der Verwendung meiner Verbindungsdaten zur bedarfsgerechten Gestaltung von Telekommunikationsleistungen und Telediensten zu. ..."

Mit Schreiben vom 24.07.2004 kündigte Frau [redacted] den Vertrag (Anlage AG 1).

Unter dem 27.07.2004 bestätigte die Antragsgegnerin die Kündigung (Anlage A 4). Im Nachgang zu diesem Schreiben rief am 27. oder 28.07.2004 ein Mitarbeiter der Antragsgegnerin Frau [redacted] an, um die näheren Gründe für die Kündigung zu erfragen. Er erkundigte sich auch, ob die Kundin mit einer Rücknahme ihrer Kündigung und einem Verlängerungsangebot einverstanden sei.

Ein entsprechendes schriftliches Angebot wurde Frau [redacted] anschließend seitens der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 29.07.2004 (Anlage A 5) und vom 02.08.2004 (Anlage A 6) unterbreitet.

Daraufhin mahnte der Antragsteller die Antragsgegnerin erfolglos ab (Schreiben des Antragstellers vom 12.08.2004, Anlage A 7, Antwortschreiben der Antragsgegnerin vom 20.08.2004, Anlage A 2).

Auf Antrag des Antragstellers vom 30.08.2004 erließ die Kammer am 02.09.2004 folgende einstweilige Verfügung:

„Der Antragsgegnerin wird bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung gemäß §§ 935 ff, 890 ZPO verboten, Verbraucher, die die mit der Antragsgegnerin geschlossenen Verträge über die Erbringung von Teledienstleistungen gekündigt haben, ohne deren zuvor

erklärtes Einverständnis anzurufen bzw. anrufen zu lassen um sich zu erkundigen, ob der Verbraucher mit der Rücknahme der Kündigung und einem Vertragsverlängerungsverbot einverstanden sei."

Die Antragsgegnerin legte über ihre Prozessbevollmächtigten unter dem 10.09.2004 hiergegen Widerspruch ein (Blatt 13/14 der Akten).

2) Der Antragsteller führt aus, der Telefonanruf des Mitarbeiters der Antragsgegnerin sei als unerlaubte Telefonwerbung wettbewerbswidrig gewesen. Frau [redacted] habe ihr Einverständnis zu dieser telefonischen Kontaktaufnahme nicht erteilt. Eine solche Zustimmung habe insbesondere nicht in der Unterzeichnung des Antragsformulars gemäß Anlage A 9 a gelegen. Die Kundin habe damit lediglich ihr Einverständnis zur Verwendung von Daten im Rahmen von Serviceleistungen oder ähnlichem erteilt. Die Klausel sei im übrigen wegen Verstoßes gegen § 307 BGB unwirksam.

Unabhängig hiervon sei darauf hinzuweisen, dass der Anruf nach Kündigung erfolgte, demgemäß von einem eventuellen während der Vertragslaufzeit geltenden Einverständnis nicht mehr gedeckt gewesen wäre.

3) Der Antragsteller beantragt,

die einstweilige Verfügung vom 02.09.2004 zu bestätigen.

Die Antragsgegnerin beantragt:

Die einstweilige Verfügung vom 02.09.2004 wird aufgehoben und der auf ihren Erlass gerichtete Antrag vom 30.08.2004 zurückgewiesen.

4) Sie ist der Auffassung, es bestehe kein Verfügungsanspruch. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG komme ohnehin nicht zur Anwendung, weil keine Werbung vorgelegen habe, nachdem Frau [redacted] nicht zu einem Vertragsabschluss veranlasst werden sollte. Schließlich habe ein bestehendes Vertragsverhältnis vorgelegen.

Im übrigen habe Frau [redacted] bei Abschluss des Mobilfunkvertrages ihr Einverständnis mit einem Telefonanruf zur Kundenberatung und Produktwerbung erklärt, hierunter falle auch das streitgegenständliche Telefonat als sogenannte „telefonische Nachbearbeitung". § 307 BGB stehe diesem Einverständnis nicht entgegen. Auch sei auf die Vorschriften des § 7 Abs. 3 UWG und § 95 Abs. 2 TKG zu verweisen.

Jedenfalls sei von einem konkludenten Einverständnis mit der telefonischen Kontaktaufnahme auszugehen. Wenn - wie hier - ein Kunde im Antragsformular (Anlage A 9 b) zusätzlich zur ohnehin schon bekannten Mobilfunknummer freiwillig seine private Telefonnummer angebe, dann gebe er damit konkludent zu verstehen, dass er auch über diese Telefonnummer kontaktiert werden dürfe. Dies gelte auch für das nach Kündigung erfolgte Telefonat, nachdem Frau [redacted]

auch im Kündigungsschreiben ihre private Telefonnummer angegeben habe.

5) Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf den Inhalt der von den Parteien eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokollsniederschrift vom 28.10.2004 Bezug genommen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Widerspruch der Antragsgegnerin bleibt ohne Erfolg, die einstweilige Verfügung der Kammer vom 02.09.2004 war zu bestätigen.

1) Die Aktivlegitimation des Antragstellers folgt aus § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG. Bei ihm handelt es sich um eine qualifizierte Einrichtung zum Schutz der Verbraucherinteressen im Sinne dieser Vorschrift, auf die Angaben in die Liste gemäß § 4 UKlaG (vgl. Köhler in Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl., § 8 UWG, Rdn. 3.53, unter Nr. 6) wird hingewiesen.

2) Der verfahrensgegenständliche telefonische Kontakt des Mitarbeiters der Antragsgegnerin gegenüber deren vormaliger Kundin [redacted] vom 27. bzw. 28.07.2004 stellt sich als

unlautere, unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 UWG dar.

Nach § 7 Abs. 1 UWG handelt unlauter im Sinne von § 3 UWG, wer einen Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt. Hiervon ist nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG auszugehen bei einer Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung oder gegenüber sonstigen Marktteilnehmern ohne deren zumindest mutmaßliche Einwilligung.

a) Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin stellt sich der fragliche Telefonanruf als eine Werbung mit Telefonanrufen im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG dar. Von einer solchen Werbung wäre auch dann auszugehen, wenn der Anruf nur eine „Abfrage nach der Kundenzufriedenheit" bezweckt hätte, denn auch derartige Ermittlungen in Bezug auf die Gründe für die Kündigung des Vertrages dienen dazu, Erkenntnisse zu erlangen und diesen bei der zukünftigen Geschäftstätigkeit Rechnung tragen zu können (vgl. BGH GRUR 1994, 380, 382 - Lexikothek; Baumbach/Hefermehl/Köhler, § 7 Rdn. 42). Zudem beschränkte sich hierauf der Inhalt des Gespräches unstreitig nicht.

Ein Anruf zu Werbezwecken ist stets dann gegeben, wenn der Angerufene zu einem Geschäftsabschluss bestimmt werden soll. Dazu genügt es, wenn im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses die Fortsetzung oder Erweiterung der Vertragsbeziehung (BGH GRUR 1995, 220 - Telefonwerbung V) angestrebt wird, aber auch, wenn - wie hier - ein „abgesprungener" Kunde zur Wiederaufnahme der Geschäfts-

beziehung bestimmt werden soll (Köhler a.a.O. § 7 Rdn. 42 unter Hinweis auf BGH GRUR 1994, 380, 382 - Lexikothek).

b. Eine unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 1 UWG stellt ein solcher Telefonanruf zu Werbezwecken gegenüber Verbrauchern dann dar, wenn er nicht mit ausdrücklicher oder zumindest konkludenter Einwilligung des Angerufenen erfolgt, § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber die bisherige Rechtsprechung zur Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern übernommen. Die vom Bundesrat geforderte Lockerung ist gerade nicht Gesetz geworden (vgl. Schulze zur Wiesche, CR 2004, 742 unter I.1.a). Die danach erforderliche ausdrückliche oder konkludente Einwilligung von Frau [redacted] lag nicht vor.

aa) Die Antragsgegnerin beruft sich ohne Erfolg darauf, dass Kundin mit Unterzeichnung des O2 Genion Duo-Auftragsformulars vom 09.12.2002 (Anlage A 9 a) ihr ausdrückliches Einverständnis mit der im Streit stehenden telefonischen Kontaktaufnahme erteilt habe. Die vorformulierte Erklärung, die auszugsweise im Tatbestand wiedergegeben ist, enthält keine ausdrückliche Einverständniserklärung.

- Dem Wortlaut dieser Klausel kann nicht entnommen werden, dass die Kundin sich mit einer telefonischen Kontaktaufnahme durch die Mitarbeiter der Antragsgegnerin einverstanden erklärt hätte (vgl. Harte/Henning/Ubber, UWG, § 7 Rdn. 129).

Ersichtlich befasst sich dieser Vertragspassus lediglich - offensichtlich aus datenschutzrechtlichen Gründen - mit der Nutzung personenbezogener Daten durch die Antragsgegnerin bzw. deren Tochtergesellschaften.

- Eine Interpretation der Klausel im Sinne der Auffassung der Antragsgegnerin, diese umfasse auch Telefonanrufe, führte zu deren Unwirksamkeit nach Maßgabe des § 307 Abs. 1 S. 1, 2 BGB. Eine unangemessene Benachteiligung durch - hier unzweifelhaft vorliegende - Allgemeine Geschäftsbedingungen kann sich aus der Unklarheit und Undurchschaubarkeit einer Regelung ergeben (Transparenzgebot, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, siehe Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl., § 307 Rn. 16). Gerade weil nach ihrem Wortlaut die strittige Klausel nur die Nutzung der „Bestandsdaten" (wohl im Sinne von § 3 Nr. 3 TKG) anspricht, erschließt sich deren Inhalt und Reichweite den Kunden nicht ohne weiteres daraus.

bb) Auch ein konkludentes Einverständnis von Frau [redacted] mit der durchgeführten Telefonwerbung lässt sich nicht feststellen.

Eine konkludente Einwilligung ist noch nicht ohne weiteres anzunehmen, wenn der Angerufene in einer geschäftlichen Beziehung zum Anrufer steht (BGH GRUR 1989, 753,754 - Telefonwerbung II; GRUR 1990, 280,

281 - Telefonwerbung III). Es kann aber vorliegen, wenn der Kunde etwa auf einem Formular des Unternehmers - wie hier im Auftragsformular geschehen, Anlage A 9 b - (neben der Adresse) seine Telefonnummer mitgeteilt hat (BGH, a.a.O. - Telefonwerbung II und III). Allerdings ist stets zu prüfen, auf welche potentiellen Anrufe sich das Einverständnis bezieht. Es ist Sache des Unternehmers, den Zweck potentieller Anrufe genau festzulegen. Im Zweifel ist eine enge Auslegung geboten. Gibt ein Kunde auf einem Bestell- oder Vertragsformular seine Telefonnummer an, so bezieht sich das Einverständnis mangels besonderer Anhaltspunkte lediglich auf solche Anrufe, die das konkrete Vertragsverhältnis (wie etwa dessen Durchführung) betreffen, nicht aber Anrufe zu weitergehenden Zwecken. Dazu gehören etwa eine Vertragsverlängerung oder -erweiterung, die Wiederaufnahme der Vertragsbeziehung oder eine weitere Bestellung (BGH GRUR 1995, 220/221 - Telefonwerbung V). Dementsprechend ist auch das sogenannte Nachbearbeiten von Kunden, die von einem Widerrufsrecht Gebrauch gemacht haben und nach den Gründen für den Widerruf befragt werden, nicht von dem ursprünglichen Einverständnis gedeckt (Köhler a.a.O. § 7 Rdn. 53 unter Hinweis auf OLG Karlsruhe WRP 1992, 125, 126; vgl. auch Harte/Henning/Ubber, § 7 Rdn. 136). Gleiches muss für den Fall der hier ausgesprochenen Kündigung gelten.

Dem steht auch nicht der Umstand entgegen, dass die Kundin [redacted] im Kündigungsschreiben vom 24.07.2004 (Anlage AG 1) ihre Festnetznummer angab. Dies erfolgte lediglich im Briefkopf, ein irgendwie gearteter rechtsgeschäftlicher Erklärungsgehalt ist daraus nicht ersichtlich.

Dass sich Frau [redacted] auf das telefonische Angebot eingelassen hat, beinhaltet keine Einwilligung. Denn eine Einwilligung muss grundsätzlich bereits vor dem Telefonanruf vorliegen (Köhler a.a.O. § 7 Rdn. 43 mwN; Harte/Henning/Ubber, § 7 Rdn. 127).

c) Dem Vorwurf der Unlauterkeit im Sinne von § 7 Abs. 1 UWG kann die Antragsgegnerin weder mit dem Hinweis auf § 7 Abs. 3 UWG noch auf die Neufassung des TKG begegnen.

aa) Der Anwendungsbereich des § 7 Abs. 3 UWG beschränkt sich nach seinem Wortlaut auf die Werbung mit elektronischer Post. Darunter ist entsprechend der Regelung in Art. 2 S. lit. 2 h der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation - die aufgrund des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung Geltung auch für §§ 7 Abs. 2 Nr. 3, 7 Abs. 3 UWG beansprucht, vgl. Köhler, a.a.O., § 7, Rn. 79 - jede über ein öffentliches Kommunikationsnetz verschickte Text-, Sprach-, Ton- oder Bildnachricht zu verstehen, die im Netz oder im Endgerät des Empfängers gespeichert werden kann, bis sie von

diesem abgerufen wird. Darunter fallen E-Mails und SMS-Nachrichten, nicht aber Telefonanrufe.

bb) Der Hinweis auf § 95 Abs. 2 TKG verfängt ebenfalls nicht. Die Verwendung von Bestandsdaten (zum Begriff vgl. § 3 Nr. 3 TKG) der in § 95 Abs. 1 S. 2 genannten Teilnehmer durch den Diensteanbieter steht - wie § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG - unter Einwilligungsvorbehalt, § 95 Abs. 2 Satz 1 TKG. Dass nach der Neufassung dieser Bestimmung die Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern unter anderen Voraussetzungen als in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG aufgestellt zulässig sein soll, lässt sich dem nicht entnehmen (vgl. auch Schulze zur Wiesche, CR 2004, 742, 747 unter II.1). § 95 Abs. 2 Satz 2 TKG betrifft nur die Versendung von Text- oder Bildmitteilungen an ein Telefon und enthält keine von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG abweichende Regelung zur Werbung mittels Telefonanrufen (vgl. Schulze zur Wiesche aaO S. 748).

cc) Schließlich kann sich die Antragsgegnerin auch nicht auf das Schreiben des Bundeswirtschaftsministers [redacted] vom 04.05.2004 (Anlage AG 2) berufen. Darin wird nämlich gerade ausgeführt, dass ein Anruf, der auf den Abschluss vertraglicher, über die bisherige Vertragsbeziehung hinausreichender Vereinbarungen gerichtet ist, in der Regel durch ein ausdrückliches Einverständnis des Angerufenen gedeckt sein müsse. Dies gilt selbstredend erst recht bei einem gekündigten Vertragsverhältnis, also dem hier

diskutierten Fall der „Nachbearbeitung" eines Kunden.

3) Die verfahrensgegenständliche telefonische Kontaktaufnahme des Mitarbeiters der Antragsgegnerin, die jener gemäß § 8 Abs. 2 UWG zuzurechnen ist, stellt sich daher als unlauter im Sinne von §§ 3, 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 UWG dar. Die streitgegenständliche Verhaltensweise kann auch nicht als unerheblich im Sinne von § 3 UWG (vgl. hierzu Köhler aaO § 3 Rdn. 47 ff) qualifiziert werden.

Nachdem aufgrund der festgestellten Verletzungshandlung von bestehender Wiederholungsgefahr auszugehen ist, welche - trotz Abmahnung, vgl. das Schreiben vom 12.08.2004, Anlage A 7 - nicht durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung beseitigt wurde, ist die Antragsgegnerin gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 UWG i. V. m. § 3, § 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 UWG zur Unterlassung im Umfang von Ziffer 1 der einstweiligen Verfügung der Kammer vom 02.09.2004 verpflichtet.

4) Das Bestehen eines Verfügungsgrundes wird nach § 12 Abs. 2 UWG vermutet.

5) Als unterlegene Partei hat die Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens zu tragen, § 91 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

[redacted] [redacted] [redacted]