



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I-20 U 91/03

38 O 26/03

LG Düsseldorf

Verkündet laut Protokoll am 16. Dezember 2003

■■■■■, Justizangestellte

als Urkundsbeamter der

Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

der **Lotto Team Partnership Service GmbH**, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführerin ■■■■■, Füllenbachstraße 8, 40474 Düsseldorf,

Beklagten und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt ■■■■■
■■■■■

g e g e n

den **Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.**, gesetzlich vertreten durch den Vorstand, dieser bestehend u.a. aus Frau Prof. Dr. Edda Müller, Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin,

Kläger und Berufungsbeklagten,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED]

hat der 20. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 25. November 2003 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht [REDACTED], den Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] und die Richterin am Oberlandesgericht [REDACTED]

für **R e c h t** erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 8. Kammer für Handels-sachen des Landgerichts Düsseldorf vom 30. Mai 2003 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass das Verbot lediglich auf dem Gebiet des Lotto- und Gewinnspielwesens gilt.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 30.000,00 Euro abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

Der Kläger, der sich für seine Klagebefugnis auf § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG stützt, beanstandet den Anruf von Verbrauchern durch von der Beklagten eingeschaltete Unternehmen ohne eine vorherige Zustimmung der Verbraucher.

Die Beklagte stellt die Klagebefugnis des Klägers in Abrede und macht geltend, ihr seien der der Klage zugrunde gelegte konkrete Telefonanruf oder auch sonstige Anrufe nicht zuzurechnen, weil das telefonierende Unternehmen nicht für sie

tätig sei.
sei, zuvr
winn.ne

Ich bin c
verarbe

Gege

Beru

licht

sei

zur

me

gr

g

c

tätig sei. Zudem habe die Verbraucherin, deren Rüge Anlass für den Rechtsstreit sei, zuvor im Rahmen einer Teilnahme am Internet-Gewinnspiel "millionengewinn.net" die Erklärung angeklickt gehabt:

Ich bin damit einverstanden, dass meine Daten für zukünftige Aktivitäten des Veranstalters weiter verarbeitet und mir interessante Angebote - auch telefonisch - unterbreitet werden.

Gegen ihre Verurteilung durch das Landgericht wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Sie macht geltend, das Landgericht habe zu Unrecht ihre Verantwortlichkeit für die Anrufe sowie die Klagebefugnis des Klägers festgestellt, zudem seien Anrufe ohne vorherige Zustimmung des Angerufenen im Hinblick auf Erklärungen des obigen Inhalts sowie auf den Wandel der Rechtsanschauungen nicht mehr als wettbewerbswidrig anzusehen. Das angesprochene Verbot verstoße gegen Gemeinschaftsrecht, zumal da, wie sie im Termin vorgetragen hat, das landgerichtliche Urteil sich auch auf Verbraucher im Ausland beziehe. Sie beantragt daher,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt unter Verteidigung des angefochtenen Urteils,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Feststellungen des Urteils des Landgerichts sowie die Schriftsätze der Parteien im Berufungsverfahren verwiesen.

Die Berufung der Beklagten hat - bis auf eine Klarstellung - keinen Erfolg.

1.

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass sich entgegen der Ansicht der Beklagten das Urteil nicht auf Endverbraucher im Ausland bezieht. Im Recht des unlauteren Wettbewerbs und des gewerblichen Rechtsschutzes gehen die Parteien und die Gerichte im Hinblick auf das durchweg geltende Territorialitätsprinzip als selbstverständlich davon aus, dass sich Unterlassungsanträge und damit auch der zur Unterlassung verurteilende Tenor nur auf das Gebiet der Geltung des jeweiligen

Schutzrechts oder der wettbewerbsrechtlichen Norm beziehen. Regelmäßig ist das das Inland. Größer ist der Bereich, wenn aus gemeinschaftsweit geltenden Rechten (Gemeinschaftsmarken, -geschmacksmuster) vorgegangen wird. Vorliegend geht es um einen reinen Inlandsfall; es fehlt jeder Auslandsbezug. Der Anruf, der Anlass der Klage war, erreichte einen Verbraucher im Inland. Dementsprechend haben auch weder die Parteien noch das Gericht Anlass gesehen, sich mit den Fragen zu befassen, die bei einer Untersagung von Anrufen von Verbrauchern im Ausland auftauchen würden, insbesondere dazu, ob der Kläger auch deren Interessen wahrnehmen kann, welches Recht anzuwenden ist und was im Einzelnen dieses Recht untersagt.

2.

Der Kläger ist gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG klagebefugt. Er ist in das Verzeichnis nach § 4 Unterlassungsklagegesetz (UKlaG) eingetragen. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die Eintragung nach § 4 Abs. 2 S. 4 UKlaG aufgehoben ist.

Wie noch näher auszuführen ist, sind wesentliche Belange der Verbraucher berührt.

3.

Im Ergebnis zu Recht ist das Landgericht von der Verantwortlichkeit der Beklagten für die beanstandeten Telefonanrufe ausgegangen.

Zwar sind die Telefonanrufe unmittelbar von Mitarbeitern einer „Fa. CallOn“ (dem Schreiben der Beklagten vom 27.10.2002 zufolge handelt es sich dabei um die Fa. CallOn Team I GmbH) durchgeführt worden. Sie sind jedoch der Beklagten gemäß § 13 Abs. 4 UWG zuzurechnen.

Auf Grund einer Gesamtwürdigung des Vortrages der Parteien und ihres - auch vorprozessualen Verhaltens ist davon auszugehen, dass die Fa. CallOn für die Beklagte tätig geworden ist, § 286 ZPO.

Die Beklagte hat im Verfahren 12 O 342/01 LG Düsseldorf erklärt, sie betreibe gewerbliche Spielgemeinschaften für das staatliche Lottospiel. Zur Bewerbung

dieser Dienstleistung
kaufe sie von Adre
klage durch ihrer
2002 das ledigli
erklärtermaßer
sei „von einer
CallOn Tea

Angesicht
lung der
den Te
Bekla
selt
an
c

dieser Dienstleistung setze sie auch Telefonmarketing ein. Zu diesem Zwecke kaufe sie von Adressenhändlern entsprechende Daten. Des Weiteren hat die Beklagte durch ihren Bevollmächtigten vorprozessual mit Schreiben vom 27. Oktober 2002 das lediglich an eine „Lotto Team“ gerichtete Abmahnschreiben des Klägers erklärtermaßen auf sich bezogen und ausgeführt, der beanstandete Telefonanruf sei „von einem Mitarbeiter der - für unsere Mandantin tätig werdenden - Firma CallOn Team I GmbH“ getätigt worden.

Angesichts dessen ist eine konkrete und im Einzelnen nachvollziehbare Darstellung der Beklagten zu verlangen, wenn sie nunmehr eine andere Darstellung zu den Telefongesprächen gibt. Dieses Erfordernis bedeutet keinesfalls, dass die Beklagte schlechthin auf besser fundierteren Vortrag im vorliegenden Prozess selbst verzichten müsste, wie sie fälschlich im Termin vom 25. November 2003 angenommen hat. Die Beklagte hat ihr abweichendes Vorbringen jetzt durchaus in das vorliegende Verfahren eingeführt. Allerdings dürfen die Gerichte vorprozessuale Erklärungen der Parteien im Rahmen ihrer Tatsachenfeststellungen (§ 286 ZPO) auch dann berücksichtigen, wenn dies dem Vortrag einer der Parteien im Verfahren selbst widerspricht.

Dem geänderten Vortrag der Beklagten ist im Streitfall nicht zu folgen. Eine hinreichend konkrete und im Einzelnen nachvollziehbare Darstellung hat die Beklagte nämlich weder beim Landgericht noch in der Berufungsinstanz abgegeben. Auf die Frage, ob das Landgericht in diesem Zusammenhang den Internet-Auftritt berücksichtigen durfte, kommt es dabei nicht an. Die Beklagte hat im Schriftsatz vom 30. April 2003 lediglich erklärt, sie sei zum einen beim Vertrieb der Dienstleistung im Internet tätig, zum anderen erbringe sie auch bestimmte Dienstleistungen im Rahmen der Vertragsabwicklung, betreibe jedoch kein Telefonmarketing. Die Fa. CallOn sei im Rahmen einer freien Beziehung mit den Unternehmen tätig, die die Spielgemeinschaften organisierten. Diese Darstellung ist bereits deswegen unklar, weil die Unternehmen nicht genannt werden. Zudem bezieht sich der Beklagte auf die Fa. CallOn Sales GmbH & Co. KG, nicht aber auf die - im Schreiben vom 27. Oktober 2002 benannte - Fa. CallOn Team I GmbH. Woraus sich ergibt, dass die LottoTeam Fonds Services BV & Co. KG als Organisatorin der Lottospielgemeinschaften anzusehen ist - so erstmals die Berufungsbegründung -, wird nicht näher

dargelegt. Insbesondere wird nicht dargetan, dass dies aus der von ihr in anderem Zusammenhang angesprochenen Website "www.lottoteam.de" ersichtlich ist. Angesichts dessen, dass in der Akte 12 O 342/01 LG Düsseldorf von weiteren Unternehmen die Rede ist (die Beklagte wird als Tochterunternehmen eines nicht näher bezeichneten niederländischen Unternehmens dargestellt [Bl. 34], Gesellschafterin soll eine LottoTeam Service BV sein [Bl. 38]), reicht dies nicht aus.

Hinzu kommt, dass die Gründe, die früher zu einer fehlerhaften Darstellung seitens der Beklagten selbst geführt haben, nie näher dargelegt worden sind. In den Schriftsätzen wird lediglich auf „Kommunikationsmängel“ verwiesen, die frühere Rechtsanwälte der Beklagten zu unrichtigem Sachvortrag veranlasst haben sollen. Welcher Art diese Mängel waren und wieso sie nicht unverzüglich von der Beklagten richtig gestellt worden sind, wird nicht näher dargelegt. Von einer Partei, für die falsche Erklärungen abgegeben werden, ist zu erwarten, dass sie bei ihrem Bevollmächtigten auf eine Richtigstellung hinwirkt. Auch im Termin vom 25. November 2003 ist auf ausdrückliche Frage des Senats zu den „Kommunikationsmängeln“ kein weiterer Vortrag erfolgt. Was das Schreiben vom 27. Oktober 2002 betrifft, ist in diesem Termin lediglich darauf verwiesen worden, der Prozessbevollmächtigte persönlich sei damals in Urlaub gewesen.

Auf die im Termin vom 25. November 2003 angeschnittene Frage, ob die Beklagte nicht aus anderen Gründen als Störerin anzusehen wäre, kommt es angesichts dessen nicht an.

3.

Das Landgericht hat zutreffend entschieden, dass Verbraucher in unlauterer Weise angerufen worden sind.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. die Nachweise bei Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl., § 1 Rdnr. 151) ist das Anrufen eines Verbrauchers zu gewerblichen Zwecken ohne seine vorherige Zustimmung unlauter, weil es ihn in unzumutbarer Weise belästigt. Die höchstrichterliche Rechtsprechung verfolgt, anders als die Beklagte es für richtig hält, nicht die sogenannte „opt-out“-Lösung, sondern die „opt-in“-Lösung. Der Senat sieht schon im Hinblick auf seine

Stellur
Recht
des B
lasse
nen,
rung

Die
EU-
teil

b)
ob
m
ric
K
E
c
:

Stellung als Instanzgericht keinen Anlass, von der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung abzuweichen; er hält sie aber auch für richtig. Die Vorschläge des Bundesrates (BR 301/03) betreffen eine beabsichtigte Rechtsänderung. Sie lassen auch nicht etwa einen bereits stattgefundenen Anschauungswandel erkennen, wie sich bereits aus der im Termin erörterten diesbezüglichen Gegenäußerung der Bundesregierung ergibt.

Die von der Beklagten angeschnittene Frage, ob ein Verbot von Anrufen in das EU-Ausland mit Gemeinschaftsrecht vereinbar wäre, stellt sich nicht, weil das Urteil diese Fallgestaltung nicht betrifft (s. 1.).

b) Frau [REDACTED] hat dem Telefonanruf nicht zugestimmt. Es kann offen bleiben, ob die Vorgabe ihrer oben zitierten Erklärung nicht schon als unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingung anzusehen ist (vgl. Köhler/Piper, a.a.O.). Das Landgericht hat nämlich zu Recht darauf hingewiesen, dass sich das Einverständnis der Kundin jedenfalls nicht auf den Inhalt des jetzt fraglichen Telefonats erstreckte. Die Kundin hatte die Erklärung nach dem Vorbringen der Beklagten im Rahmen der Teilnahme am Internet-Gewinnspiel "millionengewinn.net" der Fa. CallOn Sales GmbH und Co. KG abgegeben. Dieses Unternehmen war jedenfalls nicht der Veranstalter von Lottogemeinschaften. Im Übrigen war anrufendes Unternehmen nach der Darstellung der Beklagten im Schreiben vom 27.10.2002 gar nicht die CallOn Sales GmbH und Co. KG, sondern die CallOn Team I GmbH. Die fraglichen Dienstleistungen, für die Frau [REDACTED] jetzt geworben werden sollte, sollten entweder von der Beklagten oder - nach deren geänderten Darstellung - möglicherweise von der LottoTeam Fonds Services BV & Co. KG erbracht werden. Für eine weite Auslegung einer Einverständniserklärung ist kein Raum (vgl. Köhler/Piper, a.a.O.).

4.

Dass die spezielle Fallgestaltung, die Gegenstand der im Verfahren 12 O 342/01 LG Düsseldorf abgegebenen Unterwerfungserklärung der Beklagten war, nicht auch Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein soll, versteht sich auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Tenor von selbst. Der Kläger hatte bereits in der Klageschrift selbst auf die Erklärung hingewiesen. Es ist nichts dafür ersichtlich,

dass er auch die bereits erfasste Fallgestaltung einbezogen wissen wollte.

Der Senat stellt klar, dass sich die Unterlassung nur auf das Gebiet des Lotto- und Gewinnspielwesens bezieht. Nur auf diesem Gebiet ist die Beklagte tätig, nur soweit besteht Wiederholungsgefahr. Diese Einschränkung hat der Kläger zwar in seiner Klageschrift nicht ausdrücklich formuliert, sie ergibt sich aber letztlich aus seinem Vorbringen.



5.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf § 97 Abs. 1, § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich, § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO.

Der Berufungsstreitwert wird auf 15.000,00 Euro festgesetzt. Er bemisst sich allein nach dem Interesse des Klägers (§ 12 Abs. 1 GKG, § 3 ZPO) und begrenzt auch den Streitwert für ein Berufungsverfahren nach oben (§ 14 Abs. 2 S. 1 GKG). Für die Festsetzung einer - diesen Betrag möglicherweise übersteigenden (vgl. BGH NJW 1994, 735; BGH NJW 1995, 664; BGH WM 1997, 2049) - Beschwer der Beklagten, wie von ihr im Termin vom 25. November 2003 beantragt, besteht kein Anlass (vgl. BGH NJW 2002, 2720 unter II.1.); diese Festsetzung ist nicht vom Berufungsgericht vorzunehmen, vielmehr ist die Beschwer in einem etwaigen Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde von der Beklagten darzulegen und allein vom Bundesgerichtshof festzulegen.

Ausgefertigt

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

