

6 U 199/11
1 O 122/10 LG Bonn



Anlage zum Verkündungsprotokoll vom
16. Mai 2012
Verkündet am
16. Mai 2012

als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT KÖLN
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

EINGEGANGEN
RECHTSANWÄLTE U. NOTARE

21./MAI 2012

In dem Rechtsstreit

Deutsche Telekom AG, vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden René
Obermann, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn,

Beklagte und Berufungsklägerin.

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

**Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände –
Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.**, vertreten durch den Vorstand
Gerd Billen, Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin,

Kläger und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln
auf die mündliche Verhandlung vom 30. März 2012
durch seine Mitglieder

f ü r R e c h t e r k a n n t :

- I. Die Berufung der Beklagten gegen das am 30.09.2011 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Bonn – 1 O 122/10 – wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Unterlassungstenor (zu Nr. 1) wie folgt neu gefasst wird:

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, diese zu vollstrecken am Vorstand, zu unterlassen,

im Rahmen geschäftlicher Handlungen Verbrauchern den Erhalt eines Auftrags zu bestätigen, obwohl der adressierte Verbraucher keinen entsprechenden Auftrag erteilt hat,

wenn die Auftragsbestätigung wie in Anlage K 3 gestaltet ist,

wie nachfolgend wiedergegeben:

Deutsche Telekom AG, Kundenservice, 53171 Bonn
53171 Bonn

DV 07 0,90



Anlage K.3

Thema Auftragsbestätigung zu Ihrem Auftrag vom 24.07.2009
Hotline 0800 33 0 1000
Datum 24.07.2009

Bei Rückfragen bitte angeben:
Kundenummer:
Auftragsnummer:

Sehr geehrter Herr,

Sie haben uns darüber informiert, dass Sie Ihren Vertrag mit T-Home anpassen möchten. Wir werden die Leistung(en) Ihrem Wunsch entsprechend ändern.

Ihre Leistungen im Überblick

Pos.	Änderung	Leistung	Termin	Rufnummer	Preis (EUR)	
					Netto	Brutto
1	-	Z. Call & Surf Comfort (2)/T- ISDN	03.08.2009	030/88773693, 030/88773694, 030/88773695		
1.1	-	EVU unverkürzt	03.08.2009			
1.2	-	T-DSL 6000	03.08.2009			
2	-	ISP-Flat Call & Surf Comfort (2)	03.08.2009			
3	+	Entertain Comfort (4)/Universal	03.08.2009	030/88773693, 030/88773694, 030/88773695	monatlich 41,13	46,95
3.1	+	Bereitstellung EVU unverkürzt	03.08.2009		einmalig 0,00	0,00
3.2	+	Bereitstellung DSL 16 plus (T-Home Komplettpaket)	03.08.2009		monatlich 0,00	0,00
4	+	Bereitstellung ISP-Tarif Entertain Comfort (4)	03.08.2009		einmalig 0,00	0,00
		Bereitstellung			monatlich 0,00	0,00

Änderungen: + zugebuchte Leistungen, - weggefallene Leistungen, = stornierte Leistungen

Weitere Informationen zu den von Ihnen beauftragten Leistungen:

Zu Pos.	Leistung	TO-Nr	Wichtige Details
2	ISP-Flat Call & Surf Comfort (2)		550243697253
4	ISP-Tarif Entertain Comfort (4)		550243697253

Wichtiger Hinweis:

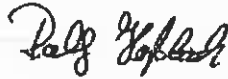
Wir haben Ihnen in der Anlage "Rechtliche Hinweise" Ihre Rechte als Kunde sowie unsere Hinweise zur Geltung unserer Allgemeinen Geschäftsbedingungen und zum Datenschutz beigelegt.

Anschrift Deutsche Telekom AG
Kontakt Deutsche Telekom AG, Kundenservice, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn
Telefon Deutsche Telekom AG, Kundenservice, 53171 Bonn
www.telekom.de
Aufsichtsrat Prof. Dr. Ulrich Lehner (Vorsitzender)
Vorstand René Obermann (Vorsitzender),
Hamid Akhavan, Dr. Manfred Bult, Bernhard Clement, Niko Jan van Oort, Ingrid Heiliger, Guido Kerkhoff, Thomas Sattelberger
Wettregister Amtsgericht Bonn HRB 6794, Sitz der Gesellschaft Bonn, USt-IdNr. DE 123475221, WEEE-Reg-Nr. DE 50478376

Datum 24.07.2009
Empfänger
Seite 2

Für Ihre Fragen zu unseren Produkten und Leistungen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.
Sie uns einfach an oder besuchen Sie uns im Internet unter www.t-home.de. Informationen
Online-Serviceleistungen des Technischen Service finden Sie unter www.telekom.de/service

Mit freundlichen Grüßen



Ralf Hoßbach
Leiter Kundenservice

- II. Die Beklagte hat auch die Kosten der Berufung zu tragen.
- III. Dieses Urteil sowie das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Bonn – 1 O 122/10 – sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung des Unterlassungstenors durch Sicherheitsleistung in Höhe von 15.000,00 EUR abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Hinsichtlich der Kostenentscheidung darf sie die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Der klagende Verbraucherverband nimmt die beklagte Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen auf Unterlassung und Ersatz von Abmahnkosten wegen Erteilung von Auftragsbestätigungen in Anspruch, denen kein

entsprechender Auftrag zu Grunde gelegen habe, was er in erster Instanz vor allem als eine Verschleierung des Werbecharakters der Schreiben und als irreführend angesehen hat.

Mit seiner nach vorangegangener Abmahnung am 30.03.2010 eingereichten Klage hat er sich auf ein Schreiben der Beklagten vom 23.11.2009 an die Kundin bezogen mit der Begründung, dass die dort bestätigte Beauftragung eines T-Home-Komplettpakets nicht erfolgt sei. Mit am 30.07.2010 eingereichtem Replikschriftsatz hat der Kläger als Anlage K 3 das vorstehend in die Urteilsformel eingeblendete Schreiben der Beklagten an den Zeugen vom 24.07.2009 vorgelegt, das diesem nach einem Besuch des Shops der Beklagten in Norderstedt übersandt wurde. Er hat behauptet, eine Auftragserteilung sei nicht erfolgt. Er hat geltend gemacht, von dem Vorgang erst am 19.07.2010 erfahren zu haben. Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 06.10.2010 hat der Kläger beantragt, der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen, im Rahmen geschäftlicher Handlungen Verbrauchern den Erhalt eines Auftrags zu bestätigen, obwohl der adressierte Verbraucher keinen entsprechenden Auftrag erteilt hat. Den mit der Klage angekündigten, auf das Schreiben an Frau bezogenen Zusatz „insbesondere wie nachfolgend abgebildet geschehen“ hat er entfallen lassen.

Die Beklagte hat den Unterlassungsklageantrag als zu unbestimmt und zu weit beanstandet, die Einrede der Verjährung erhoben und behauptet, der Versand der Schreiben sei automatisiert nach zutreffender Eingabe entsprechender Vertragsabschlüsse in ihr Datenverarbeitungssystem erfolgt.

Nach Beweisaufnahme hat das Landgericht die Beklagte mit dem angefochtenen Urteil, auf dessen tatsächliche Feststellungen der Senat Bezug nimmt, antragsgemäß verurteilt.

Mit ihrer rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen

Vorbringens weiter. Sie rügt Subsumtionsfehler des Landgericht und macht geltend, die angefochtene Entscheidung sei unter Missachtung der vom Kläger bindend vorgegebenen Prüfungsreihenfolge zu Unrecht nur auf den einen selbständigen Streitgegenstand bildenden Vorgang gestützt worden, ohne eine Teilabweisung der Klage auszusprechen. Eine Beschränkung des in erster Instanz bewusst abstrakt gefassten Unterlassungsantrags auf das Verbot der konkreten Verletzungsform wie beim Vorgang hält sie für unzulässig.

Der Kläger, der im Fall auch eine unangemessene Belästigung durch Übersendung einer Auftragsbestätigung ohne Auftrag für gegeben hält, verteidigt das angefochtene Urteil mit der Maßgabe, dass in den Unterlassungsantrag sinngemäß der Zusatz aufzunehmen sei „wenn die Auftragsbestätigung wie in Anlage K 3 gestaltet ist“.

II.

Die zulässige Berufung bleibt im sachlichen Ergebnis ohne Erfolg. Zu Recht und auf der Grundlage fehlerfreier Feststellungen hat das Landgericht den vom Kläger geltend gemachten Verletzungsunterlassungsanspruch gemäß §§ 3, 8 Abs. 1 S. 1 und 3 Nr. 4 UWG und den Anspruch auf Abmahnkostenerstattung gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 UWG bejaht. Das Berufungsvorbringen rechtfertigt keine andere Entscheidung.

1. Allerdings war die Urteilsformel entsprechend der Modifizierung des Klageantrags in der Berufungsverhandlung dahin neu zu fassen, dass die Beklagte die konkret beanstandete Verhaltensweise zu unterlassen hat, wie sie sich aus der in Bezug genommenen, an den Zeugen adressierten „Auftragsbestätigung zu Ihrem Auftrag vom ...“ (Anlage K 3) ergibt.

Die darin liegende klarstellende Beschränkung des Antrags war zulässig. Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger in erster Instanz einen abstrakten Antrag gestellt und dabei auf den zunächst angekündigten „insbesondere“-

Zusatz verzichtet hat. Denn damit hat er nicht unwiderruflich von dem in dem abstrakten Antrag als Minus enthaltenen, die Unterlassung der konkreten Verletzungsform umfassenden Begehren (vgl. BGH, GRUR 2012, 82 = WRP 2012, 198 [Rn. 19] – Auftragsbestätigung) Abstand genommen. Der „insbesondere“-Zusatz war nicht als Einschränkung des Antrags, sondern als Auslegungshilfe zu verstehen, bei der die konkrete Verletzungsform beispielhaft herangezogen wurde (vgl. BGH, GRUR 2010, 749 = WRP 2010, 1030 [Rn. 33] – Erinnerungswerbung im Internet; GRUR 2011, 742 = WRP 2011, 873 [Rn. 17] – Leistungspakete im Preisvergleich). Indem der Kläger im ersten Verhandlungstermin das „insbesondere“ angeführte Fallbeispiel aus dem Antrag löste und zusammen mit einem weiteren Beispielsfall dem Klagegrund zuwies, hielt er an seinem von Beginn an verfolgten, auf ein konkret beanstandetes Verhalten der Beklagten gestützten Begehren mit abstrakter Antragsfassung fest. Dann war es aber keinesfalls widersprüchlich und treuwidrig, wenn er den Unterlassungsantrag in der Berufungsverhandlung auf Hinweis des Senats auf das Verbot der konkreten Verletzungsform unter Bezugnahme auf die dem Zeugen im zweiten angeführten Beispielsfall erteilte Auftragsbestätigung konzentrierte.

Entgegen der Auffassung der Beklagten gebietet das Urteil „Perlentaucher“ des Bundesgerichtshofs keine andere Beurteilung, denn diese Entscheidung betraf eine grundlegend andere Fallgestaltung. Dort ist ein mit einem „insbesondere“-Zusatz versehener abstrakter Unterlassungsantrag als zu weit beurteilt und angenommen worden, dass das konkret beanstandete Verhalten nicht zugleich als Minus in der abstrakten Umschreibung enthalten sei, weil ein neben dem Hauptantrag gestellter, auf die konkrete Verletzungsform bezogener Hilfsantrag eine einschränkende Auslegung des Hauptantrages ausschloss (BGH GRUR 2011, 134 = WRP 2011, 249 [Rn. 13 f.] – Perlentaucher). Im Streitfall hat der Kläger dagegen durch sein gesamtes Prozessverhalten deutlich gemacht, dass es ihm ungeachtet der abstrakten Antragstellung vor allem um die Unterbindung des konkret beanstandeten Verhaltens der Beklagten geht.

2. Der Unterlassungsantrag ist gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt.

a) Der Sache nach bleibt er nur geringfügig hinter dem abstrakt gefassten erstinstanzlichen Petitum des Klägers zurück, das einen einheitlichen Streitgegenstand bildete. Von einer an die beiden Vorgänge

anknüpfenden alternativen Klagehäufung erster Instanz, die unzulässig gewesen wäre (vgl. BGHZ 189, 56 = GRUR 2011, 521 = WRP 2011, 878 [Rn. 10] - TÜV I; Urt. v. 08.03.2012 – I ZR 75/10 [Rn. 31] – OSCAR), kann ebenso wenig die Rede sein wie von einem Eventualverhältnis mehrerer selbständiger Klagegründe. Der Streitgegenstand wird außer durch den Klageantrag durch den Lebenssachverhalt (Klagegrund) bestimmt, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet (BGH, GRUR 2012, 184 = WRP 2012, 194 [Rn. 13] – Branchenbuch Berg). Mehrere mit der Klage vorgetragene gleichartige Verletzungshandlungen, auf die ein Unterlassungsantrag mit einem bestimmten Klageziel gestützt wird, bilden dabei einen einheitlichen Klagegrund (vgl. BGH, GRUR 1985, 980 [982] = WRP 1985, 484 – Tennisschuhe; Urt. v. 15.03.2012 – I ZR 137/10 [Rn. 17] – Converse II), auch wenn sie nacheinander in den Prozess eingeführt werden (vgl. Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl. 2012, 46. Kapitel, Rn. 18). Hier hat der Kläger sein Klagebegehren mit zwei gleichartigen Verletzungsfällen begründet, die einen einzigen Klagegrund bilden und den Kern der mit der Klage geltend gemachten Verletzungsform unberührt lassen, weil sie nach Inhalt und Umfang die gleiche Reichweite aufweisen und in Bezug auf das klägerische Unterlassungsbegehren austauschbar sind.

b) Eine unzulässige alternative Klagehäufung liegt auch nicht darin, dass der Kläger die streitgegenständlichen Schreiben schriftsätzlich nacheinander als verschleierte Werbung, als irreführend und als unzumutbare Belästigung beanstandet hat. Für die Zahl der Streitgegenstände ist nicht maßgeblich, dass das vom Kläger in bestimmter Hinsicht – wegen schriftlicher Bestätigung von nicht erteilten Aufträgen – beanstandete Verhalten seiner Meinung

nach die Voraussetzungen mehrerer Verbotsnormen erfüllt, denn die rechtliche Würdigung ist Sache des Gerichts (BGH BGH, GRUR 2012, 184 = WRP 2012, 194 [Rn. 15] – Branchenbuch Berg).

3. Der modifizierte Unterlassungsantrag ist begründet.

a) Er unterliegt nicht etwa wegen eines zu weiten, auch wettbewerbskonforme Verhaltensweisen erfassenden Verbotsumfangs der Abweisung.

aa) Der Anwendungsbereich des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb erstreckt sich auf alle Verhaltensweisen zu Gunsten eines Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, die mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Produkten oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrages über Produkte objektiv zusammenhängen. Soweit früher nur systematisch und zielgerichtet vom Kundenauftrag abweichende Auftragsbestätigungen als wettbewerbswidrig angesehen wurden (vgl. BGH, GRUR 2007, 987 = WRP 2007, 1341 [Rn. 36] – Änderung der Voreinstellung I), ist dies seit der UWG-Novelle 2008 überholt (vgl. BGH, GRUR 2012, 82 = WRP 2012, 198 [Rn. 15] – Auftragsbestätigung).

bb) Auf lauterkeitsrechtlich neutrale unbewusste Fehler und Versehen im automatisierten Massengeschäft bezieht sich der Unterlassungsantrag schon deshalb nicht, weil die vorangestellte Formulierung „im Rahmen geschäftlicher Handlungen“ hinreichend deutlich macht, dass nur bewusste Handlungen von im Unternehmen der Beklagten tätigen Personen (§ 8 Abs. 2 UWG) angegriffen werden (vgl. Isele, GRUR 2010, 309 a.E.).

cc) Nicht unter die Tatbestände des Lauterkeitsrechts fallende Handlungen, bei denen die Beklagte und ihre Hilfspersonen irrtümlich von einer Bestellung ausgingen und der Irrtum seine Ursache nicht im Verantwortungsbereich der Beklagten hatte (BGH GRUR 2012, 82 = WRP 2012, 198 [Rn. 18] – Auftragsbestätigung), sind jedenfalls nach Beschränkung des Antrags auf die konkrete Verletzungsform nicht mehr Gegenstand der Klage.

b) Das Versenden der Auftragsbestätigung an den Zeugen stellt zumindest eine – Wiederholungsgefahr begründende – unzumutbare Belästigung des Zeugen gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 UWG dar. Ob daneben auch eine Irreführung gemäß § 5 UWG oder eine Verschleierung des Werbecharakters der Auftragsbestätigung gemäß § 4 Nr. 3 UWG vorliegt oder der Tatbestand der Nr. 29 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG erfüllt ist, wonach die Aufforderung zur Bezahlung nicht bestellter Waren oder Dienstleistungen stets eine unzulässige geschäftliche Handlung darstellt, kann dahin stehen.

Belästigend sind solche Auswirkungen einer geschäftlichen Handlung, die bereits wegen der Art und Weise des Herantretens an andere Marktteilnehmer, unabhängig vom Inhalt der Äußerung, von den Adressaten als Beeinträchtigung ihrer privaten oder beruflichen Sphäre empfunden werden (Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl. 2012, § 7, Rn. 19). Diese Voraussetzungen sind objektiv gegeben. Denn der Zeuge musste das übersandte Schreiben nicht nur entgegennehmen und entsprechend prüfen, sondern sich auch aktiv mit der Beklagten in Verbindung setzen, um nicht zusätzliche Kosten des darin angegebenen Tarifs tragen zu müssen.

Unzumutbar ist eine Belästigung, die eine solche Intensität erreicht, dass sie von einem großen Teil der Verbraucher als unerträglich empfunden wird, wobei der Maßstab eines durchschnittlich empfindlichen Adressaten zu Grunde zulegen und eine Abwägung zwischen den Interessen des betroffenen Marktteilnehmers und des handelnden Unternehmens vorzunehmen ist (vgl. BGH GRUR 2011, 747 = WRP 2011, 1054 [Rn. 17] – Kreditkartenübersendung; Köhler/Bornkamm, a.a.O., Rn. 22). Nach diesen Grundsätzen ist dem verfassungsrechtlich geschützten Interesse des Zeugen, von entsprechenden Schreiben verschont zu bleiben (Art. 2 Abs. 1 GG), gegenüber dem Interesse der Beklagten, ihre gewerblichen Leistungen zur Geltung zu bringen (Art. 12 GG), hier der Vorrang einzuräumen. Denn nach den Feststellungen des Landgerichts hat der Zeuge in Bezug auf die in der Auftragsbestätigung aufgeführte Leistung keinen Vertrag abgeschlossen und bei seinem Besuch im Shop der Beklagten in Norderstedt keinen Auftrag

zur Umstellung auf den kostenintensiveren Tarif „Entertain Comfort“ erteilt. Konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte oder unvollständige Beweiserhebung oder Beweiswürdigung der Kammer, die eine erneute Feststellung durch den Senat gebieten würden (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), zeigt die Berufung nicht auf. Während der Zeuge , den Gesprächsverlauf und die Gründe für seine Ablehnung der Tarifoption detailreich und anschaulich geschildert hat, konnte sich die Zeugin an keine Einzelheiten erinnern.

c) Der auf den Vorgang gestützte Unterlassungsanspruch ist nicht verjährt (§ 11 UWG). Auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts, wonach die Beklagte für die ihr günstige Tatsache beweisfällig geblieben ist, dass der Kläger (nicht nur ein anderer Rechtsanwalt in der Kanzlei seiner Prozessbevollmächtigten) früher als sechs Monate vor Klageerhebung von den anspruchsbegründenden Umständen Kenntnis erlangt hatte, nimmt der Senat zustimmend Bezug.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10 S. 2, 711 ZPO.

Es besteht kein Anlass, gemäß § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen. Die vorliegende Entscheidung beruht auf der tatrichterlichen Anwendung gesetzlicher und höchstrichterlich geklärter Rechtsgrundsätze im Einzelfall, ohne dass der Sache grundsätzliche Bedeutung zukommt oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof erfordert.