

Verbraucherzentrale

Bundesverband

16. Aug. 2011

EINGEGANGEN



# Landgericht Berlin

## Beschluss

Geschäftsnummer: 15 O 762/04

09.08.2011

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

des Bundesverbandes der Verbraucherzentralen  
und Verbraucherverbände  
Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.,  
vertreten durch den Vorstand  
Prof. Dr. Edda Müller,  
Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin,

Antragsteller  
und Gläubiger,

gegen

die prima call GmbH,  
vertreten durch die Geschäftsführerin  
[REDACTED]  
Potsdamer Platz 5, 10785 Berlin,

Antragsgegnerin  
und Schuldnerin,

hat die Zivilkammer 15 des Landgerichts Berlin durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht  
die Richterin am Amtsgericht . und den Richter am Landgericht  
auf den Antrag der Gläubigerin vom 14. Juni 2010 beschlossen:

1. Gegen die Schuldnerin wird wegen der Missachtung ihrer Verpflichtung gemäß Ziffer 1 des Tenors der einstweiligen Verfügung der Kammer vom 10. Dezember 2004,

es zu unterlassen, Verbraucher ohne deren Einwilligung zu Zwecken der Bewerbung anzurufen,

ein Ordnungsgeld von

**50.000,00 Euro**

und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann,

für je 500,00 Euro ein Tag Ordnungshaft,

diese zu vollziehen an der Geschäftsführerin der Schuldnerin, festgesetzt.

2. Die Schuldnerin hat die Kosten des Ordnungsmittelverfahrens zu tragen.

3. Der Wert des Ordnungsmittelverfahrens wird auf 3.750,00 € festgesetzt.

### **Gründe**

I. Die Schuldnerin hat wie folgt bei Verbrauchern angerufen, um für ihre Telekommunikationsdienstleistungen zu werben:

1. Am 15. März 2010 bei
2. am 5. März 2010 bei A
3. am 17. Februar 2010 bei
4. am 8. März 2010 bei
5. am 20. März 2010 bei
6. am 23. Februar 2010 oder am 1. März 2010 bei
7. am 25. März 2010 bei
8. am 23. April 2010 bei
9. am 26. März 2010 bei
10. am 16. April 2010 sowie zuvor am 21. November 2009 bei
11. entfallen,
12. am 26. April 2010 bei
13. am 21. April 2010 bei

14. im Dezember 2009 bei

15. am 23. April 2010 bei

Allen Fällen soll nach der Behauptung der Schuldnerin eine Einwilligung des Telefonanschlusshabers zugrunde liegen. Der Anschlussinhaber soll danach an einem Internet-Gewinnspiel teilgenommen und dabei eine Opt-In-Klausel aktiviert haben, und zwar in den Fällen zu 1. bis 7., 9., 12. und 13. an einem „PC-Gewinnspiel“ und in den Fällen zu 8. und 15. an einem „Topmodel-Gewinnspiel“ der QDirect GmbH; zu den Fällen zu 10. und 14. seien die Daten bereits gelöscht.

Bei den beiden genannten Gewinnspielen wurde eine Opt-In-Klausel folgenden Inhalts verwendet: „Ja, ich bin damit einverstanden, dass meine Angaben vom Veranstalter QDirect GmbH, 6301 Zug für Werbezwecke (eMail-Werbung und schriftliche Werbung) und dem Partnerunternehmen des Gewinnspiels Primacall GmbH für Werbezwecke (Telefonmarketing) verarbeitet und genutzt werden. Diese Unternehmen dürfen mir Informationen, Angebote und Werbung (Telefonmarketing, eMail-Werbung und schriftliche Werbung) innerhalb der nächsten 8 Monate übermitteln. Ich kann mein Einverständnis jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen. Diese ist unabhängig von der Gewinnspielteilnahme. Weitere Informationen siehe Menüpunkt Datenschutz“ (beispielhaft Anlagen AG 1, AG 8, jeweils zweites Blatt).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens beider Seiten in diesem Ordnungsmittelverfahren wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II. Es kann nicht festgestellt werden, dass diese Anrufe aufgrund einer vorherigen wirksamen Einwilligung i. S. d. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG erfolgten. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Einwilligung trägt die Schuldnerin als Werbende, da es ihr obliegt, sich vor dem Werbeanruf über das Vorliegen einer aktuell wirksamen Einwilligung zu vergewissern und die Einwilligung für ihre Zwecke zu dokumentieren (LG Berlin - 15 O 290/08 -, Urteil vom 1. September 2009, der Schuldnerin aus eigener Beteiligung bekannt). Dem genügt der Vortrag der Schuldnerin nicht.

1. Die in den Gewinnspielen „PC“ und „Topmodel“ verwendete Opt-In-Klausel ist unwirksam, weil sie gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verstößt und den Verbraucher dadurch unangemessen benachteiligt.

a) Bei der Opt-In-Klausel handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB, da die Verwenderin bei der von dem Verbraucher abzugebenden Erklärung die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit für sich ebenso in Anspruch nimmt wie bei der Vorformulierung eines Vertragstextes, und da der Kunde nur darauf, ob er die Erklärung abgeben will,

nicht aber auf deren Inhalt Einfluss hat (vgl. BGH - I ZR 241/97 -, Urteil vom 27. Januar 2000 - Telefonwerbung VI; - VIII ZR 348/06 -, Urteil vom 16. Juli 2008 - Payback).

b) Das Transparenzgebot erfordert es, dass der Verwender einer Klausel die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners im Rahmen des Möglichen möglichst klar und durchschaubar darstellt, damit sich der aufmerksame und sorgfältige Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr vor seiner Entscheidung hinreichend über die Tragweite seiner Erklärung klar werden kann. Dazu muss der Verbraucher nicht nur erkennen können, wem er es erlaubt, ihn auf bestimmten Wegen zum Zwecke der Werbung anzusprechen. Es muss darüber hinaus auch der Gegenstand der Werbung hinreichend bestimmt sein, d. h. die Einwilligungsklausel muss unmissverständlich erkennen lassen, für welche Produkte, Dienstleistungen oder Themen Werbung zu erwarten ist. Erst dann ist der Verbraucher für seine Entscheidung, ob er in bestimmte Werbeansprachen einwilligen möchte, ausreichend informiert und frei, sich für oder gegen diese Werbung zu entscheiden (vgl. OLG Hamburg - 5 U 260/08 -, Urteil vom 4. März 2009; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Auflage, § 7, Rn. 141).

Dem genügt die hier verwendete Einwilligungsklausel nicht. Das Gewinnspiel richtet sich an Verbraucher. Dieser kann der Klausel nur entnehmen, dass er darin einwilligen soll, (auch) von einer „Primacall GmbH“ werbend angesprochen zu werden. Die erste Ungenauigkeit besteht darin, dass die Schuldnerin unter „prima call GmbH“ firmiert, also anders als in der Einwilligung angegeben. Schwerer wiegt die Unklarheit, dass sich die Einwilligung gegenüber der „Primacall GmbH“ im ersten Satz auf „Telefonmarketing“, also Werbeanrufe, beschränkt, im zweiten Satz aber auch die Werbung mittels E-Mail und Briefpost umfassen soll. Davon unabhängig wird als Gegenstand der Werbung nur angegeben, der Verbraucher erhalte „Informationen, Angebote und Werbung“. Um welche Themen, Produkte oder Dienstleistungen es dabei gehen soll, bleibt völlig offen. Der Gegenstand der zu erwartenden Werbung ist nicht aus einem inhaltlichen Zusammenhang mit dem jeweiligen Gewinnspiel zu erkennen, denn die Schuldnerin hat weder Computer-Hardware oder -Software (PC-Gewinnspiel) noch Städtereisen (Topmodel-Gewinnspiel), sondern ihre Telekommunikationsdienstleistungen beworben. Mit einer Werbung für Telekommunikationsdienstleistungen musste der normal informierte, angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher auch nicht wegen der Firmierung der Schuldnerin rechnen. Der Verbraucher muss weder die Schuldnerin kennen noch selbst mutmaßen oder recherchieren, was deren Unternehmensgegenstand ist und ggf. aus welchen konkreten Unternehmensbereichen Werbung zu erwarten sein könnte. Die bloße Firmierung verweist keineswegs zwingend auf einen Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen. „Prima“ kann jedes Produkt sein und „Call“ ist als Kurzbe-griff für eine mittels Telefon abrufbare Dienstleistung oder Warenlieferung gebräuchlich („call a pizza“, „call a bike“) oder kann - gerade im Falle von Telefonmarketing - auf ein sich „prima“

nennendes Callcenter beliebiger Auftraggeber bezogen werden. Dabei ist zu beachten, dass es ohne Weiteres im Rahmen des Möglichen gewesen wäre, den Gegenstand der zu erwartenden Werbung klar und deutlich anzugeben. Wer als Verwender der Klausel von solch einfach zu machenden Angaben absieht, darf von dem Verbraucher keine gesteigerte Anstrengung, das Fehlende selbst zu ermitteln, erwarten.

Die Einwilligungsklausel genügt daher nicht den Anforderungen an die Wirksamkeit und ist daher als Grundlage eines Werbeanrufes unzureichend.

2. Soweit die Schuldnerin zu den Fällen zu 10. und 14. vorträgt, die Daten der Gewinnspielteilnahme seien bereits gelöscht, kann dies nicht dazu führen, eine wirksame Einwilligung zu unterstellen.

Vielmehr gibt die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Schuldnerin keinen konkreten Anhaltspunkt, um welches Gewinnspiel es sich handeln soll und wie die dort verwendete Einwilligungsklausel aussah. Den als Anlagen AG 13 und AG 25 vorgelegten Löschungsbescheinigungen ist nur zu entnehmen, dass es sich um Daten handeln musste, die nicht von der QDirect GmbH selbst generiert, sondern dieser von dritten Listegnern und Datenvermietern geliefert worden sind. Danach ist völlig offen geblieben, wann wo welche Einwilligung erteilt worden sein soll.

Es ist schon aus diesem Grunde festzustellen, dass in keinem der Fälle eine wirksame Einwilligung vorgelegen hat.

3. Davon unabhängig kann nicht festgestellt werden, dass die angerufenen Verbraucher tatsächlich wie behauptet an dem Gewinnspiel teilgenommen und dabei die Opt-In-Klausel angekreuzt haben. Die Schuldnerin stützt sich dazu auf nachträglich eingeholte Bestätigungsschreiben der QDirect GmbH. Damit ist nur dargetan, dass diese Gesellschaft der Schuldnerin eine Erklärung diesen Inhalts ausgestellt hat. Ob die darin gemachten Angaben zutreffen, kann nicht nachvollzogen werden. Es sprechen auch keine anderen Umstände für die Annahme, dass die Bestätigungen zutreffen. Die Berufung der Schuldnerin auf eine angebliche Überprüfung der von QDirect angegebenen IP-Adresse ist unerheblich, weil ihrem Vorbringen nicht entnommen werden kann, auf welche Weise eine solche Überprüfung mit hinreichender Zuverlässigkeit und Genauigkeit möglich sein soll und weil die Schuldnerin selbst - zu Recht - davon ausgeht, dass der für die Gewinnspielteilnahme benutzte Computer sich nicht in der Wohnung des Verbrauchers befinden muss. Die von der Schuldnerin gewählte Verfahrensweise ist nicht geeignet zu dokumentieren, dass eine bestimmte Person an einem Gewinnspiel teilgenommen hat, welche Daten sie dabei eingegeben hat und ob sie dabei aktiv für ein Einverständnis mit Werbekontakten optiert hat.

III. Die Schuldnerin hat die Zuwiderhandlungen verschuldet. Da die beanstandete Zuwiderhandlung regelmäßig in einem Verhalten des Schuldners oder seiner Mitarbeiter liegt und damit seiner Sphäre zuzuordnen ist, hat er darzulegen, welche Maßnahmen er ergriffen hat, um einen Verstoß gegen die zugesagte Unterlassung zu verhindern (vgl. BGH - I ZB 32/06 -, Urteil vom 18. Dezember 2008, - Mehrfachverstoß gegen Unterlassungstitel). Die Schuldnerin hat nicht hinreichend dargetan, welche konkreten Schritte sie vor dem Anruf überhaupt unternommen hat, um sich über eine wirksame Einwilligung zu vergewissern. Der Umstand, dass sie nur nachträglich erstellte Bestätigungen vorlegt, spricht gegen eine vorherige Vergewisserung. Selbst wenn sie dieselben Bestätigungen vorab erhalten hätte, reichten diese aus den genannten Gründen nicht aus. Insbesondere kann sich die Schuldnerin nicht mit einem Verweis auf ihre Vertragsgestaltung mit der Datenlieferantin und gewisse Kontrollmechanismen davon entlasten, selbst unmittelbar vor der Verwendung der einzelnen Daten zu vergewissern, ob eine vor bis zu acht Monaten erteilte Einwilligungserklärung überhaupt bzw. noch den aktuellen Anforderungen an eine wirksame Einwilligung genügt, indem sie die gerade zur Verwendung anstehenden Telefonnummern mit der dem jeweiligen Gewinnspiel zugrunde gelegten, von ihr rechtlich zu überprüfenden Einwilligungserklärung abgleicht. Dabei sind von der Schuldnerin gehörige Anstrengungen zu erwarten, denn Telefonwerbung ist eine besonders schwerwiegende, massive Beeinträchtigung der Privatsphäre und des verfassungsrechtlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Angerufenen, der jederzeit durch das Klingeln des Telefons in seiner Beschäftigung oder Ruhe gestört werden kann, ohne selbst den Zeitpunkt seiner Kenntnisnahme beeinflussen zu können. Der Schutz der Privatsphäre vor unerbetenen Werbeanrufen wird vom Gesetzgeber, wie auch die Verschärfung der Anforderungen mit der Neuregelung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zeigt, als gegenüber dem wirtschaftlichen Gewinnstreben der gewerblichen Wirtschaft vorrangig angesehen, zumal dieser eine Vielfalt weniger massiv angreifende Werbemethoden zur Verfügung steht (vgl. BGH -I ZR 241/97-, a. a. O.). Wenn sich die Schuldnerin gleichwohl für Telefonwerbung entscheidet, hat sie selbst erhebliche Anstrengungen zu unternehmen sicherzustellen, dass nur solche Verbraucher angerufen werden, deren Einwilligung zur Zeit des Anrufs ohne jeden Zweifel wirksam ist. Festzustellen ist jedoch, dass die Schuldnerin Anrufe auf der Basis von Einwilligungserklärungen vorgenommen hat, deren Unwirksamkeit wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot bereits zur Zeit der jeweiligen Anrufe festzustellen gewesen wäre. Die Schuldnerin hat damit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen und zumindest fahrlässig gehandelt, was für das Verschulden ausreicht.

IV. Die Anrufe sind, auch wenn sie im Wesentlichen auf der Verwendung von Daten aus zwei verschiedenen Gewinnspielen beruhen, nach der Rechtsprechung des Kammergerichts zu Vertragsstrafen (KG - 5 O 120/09 -, Urteil vom 31. August 2010, der Schuldnerin aus eigener Beteiligung bekannt; sowie zur vorliegenden Unterlassungsverfügung: KG - 5 W 97/10 -,

Beschluss vom 4. Juni 2010) jeweils als ein einzelner Verstoß zu behandeln. Dies führt hier, anders als bei Vertragsstrafen, aber nicht zwingend dazu, jedem Anruf ein eigenes Ordnungsmittel zuzuordnen. Vielmehr sind die zum Gegenstand dieses Ordnungsmittelantrags gemachten Vorfälle als Verstöße in ihrer Gesamtheit zu bewerten und bei der Bemessung eines einheitlichen Ordnungsmittel zu berücksichtigen. Da es aus Sicht der Kammer dafür nicht entscheidend darauf ankommt, ob die Schuldnerin in 12, 13 oder 14 Fällen unerlaubt angerufen hat, erübrigen sich nähere Feststellungen insbesondere zu dem Fall zu 10., etwa zu der Frage, auf welchen der beiden Anrufe abzustellen ist und ob die laufende Kundenbeziehung zu einer anderen Bewertung führt, was allerdings zweifelhaft erscheint.

Bei der Bemessung der Ordnungsgeldes war zu berücksichtigen, dass gegen die Schuldnerin bereits einmal wegen eines Verstoßes gegen dieselbe Verpflichtung ein Ordnungsgeld zu verhängen war (Beschluss der Kammer vom 28. Februar 2006). Dieser Beschluss war nur deshalb aufzuheben, weil der Gläubiger und die Schuldnerin sich unter Einbeziehung weiterer im Raume stehender Verstöße verglichen hatten und der Gläubiger deshalb seinen Antrag zurückgenommen hat. Ferner war zu beachten, dass die Kammer gegen die Schuldnerin am 4. Januar 2010 wegen vier weiterer Verstöße ein weiteres Ordnungsgeld in Höhe von 6.000,00 € festgesetzt hat, was die Schuldnerin auch nicht davon abgehalten hat, weiter gegen die Unterlassungsverpflichtung zu verstoßen, wobei eine Vielzahl von Fällen bereits unabhängig davon, ob es sich um 12, 13 oder 14 zu beanstandende Anrufe handelte, anzunehmen ist. Es war daher ein erneut ein spürbares Ordnungsgeld festzusetzen, was im Hinblick auf das bisherige Verhalten der Schuldnerin eine deutliche Erhöhung erforderte, § 890 ZPO. Die Höhe des Ordnungsgeldes entspricht der erheblichen Bedeutung der Sache für den Gläubiger und wird dem andauernden Fehlverhalten der Schuldnerin gerecht.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 891 S. 3, 91 Abs. 1 ZPO, die Wertfestsetzung auf § 3 ZPO, wobei der Wert des Ordnungsmittelverfahrens mit einem Sechstel des Wertes der Hauptsache zu bemessen ist. Bei einem Streitwert von 15.000,00 € für das Eilverfahren betrüge der Hauptsachestreitwert 22.500,00 €.

Ausgefertigt

