

BGH 1. Zivilsenat, 24. Januar 1991, Az: I ZR 133/89

**TELEFONWERBUNG gegenüber Gewerbetreibenden und Freiberuflern –
(ELEFONWERBUNG IV)**

Leitsatz

TELEFONWERBUNG IV

1. Es ist wettbewerbswidrig im Sinne des UWG § 1, einen Gewerbetreibenden zu Werbezwecken anzurufen, wenn nicht dieser damit einverstanden ist oder sein Einverständnis vermutet werden kann.

Orientierungssatz

1. Maßgebend für die Vermutung des Einverständnisses des Gewerbetreibenden oder Freiberuflers, zu Werbezwecken angerufen zu werden, darf keine generalisierende Betrachtungsweise sein, die nicht hinreichend auf das Interesse des Anzurufenden an der jeweiligen Werbung abstellt. Entscheidend ist allein, ob nach den Umständen des Einzelfalls die Annahme gerechtfertigt ist, daß der Anzurufende den Anruf erwartet oder ihm jedenfalls positiv gegenübersteht. Nicht entscheidend abgestellt werden kann darauf, ob die telefonische Werbemaßnahme den eigentlichen Geschäftsgegenstand des Gewerbetreibenden oder bloße Hilfsmittel seiner beruflichen Betätigung betrifft.

2. Hier: Pkw-Werbung mit telefonischer Einladung an Rechtsanwälte zu Probefahrt mit Pkw einer bestimmten Marke.

Verfahrensgang:

vorgehend OLG Hamburg 20. April 1989 3 U 152/88

vorgehend LG Hamburg 16. Juni 1988 12 O 143/88

Tatbestand

Die Beklagte (in erster Instanz: Beklagte zu 1), die Personenwagen herstellt, setzt diese über ein Vertriebsnetz von fast 1.000 Vertragshändlern ab, zu denen auch die in erster Instanz mitverklagte, später am Rechtsstreit nicht mehr beteiligte Beklagte zu 2 gehört.

In ihrer "Management-Information" vom 26. März 1987 stellte die Beklagte ihren Vertragshändlern ein so bezeichnetes "Anspracheprogramm an Kunden und Interessenten" mit dem hervorgehobenen Hinweis "Neu mit TELEFONWERBUNG" vor. Darin wies sie auf die Möglichkeit telefonischer Kontaktaufnahmen zu potentiellen Kunden im "Full-Service" hin unter Einschaltung einer "professionellen Telefon-Marketing-Agentur mit BMW-Erfahrung". Weiter wies sie darauf hin, daß die Vertragshändler den telefonischen Erstkontakt "selbstverständlich auch selbst" herstellen könnten.

Im Frühjahr 1987 warb eine Telefon-Marketing-Agentur telefonisch für Hamburger Autohäuser, unter ihnen die in erster Instanz mitverklagte Beklagte zu 2. Mitarbeiter dieser Vertragshändlerin der Beklagten riefen am 9. April 1987 mehrmals bei einer Hamburger Anwaltssozietät an, um jeweils einem anderen Anwalt eine kostenlose Probefahrt anzubieten. Im Juni 1987 leitete der Kläger, zu dessen satzungsgemäßen Aufgaben die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs gehört, nach vergeblicher Abmahnung ein Verfahren vor der Einigungsstelle bei der Handelskammer ein. In dem Verfahren, in dem die Beklagte das Telefon-Marketing als eine grundsätzlich nicht zu beanstandende Werbemaßnahme verteidigte, erklärte sie, sie unterstütze ihre Vertragspartner beim Absatz durch

zentralgesteuerte Werbemaßnahmen einschließlich der Kundenansprache im Rahmen des Telefon-Marketings.

Der Kläger hat geltend gemacht, das Vorgehen der Beklagten sei wettbewerbswidrig (§ 1 UWG). Außerhalb bestehender Geschäftsbeziehungen sei die telefonische Kontaktaufnahme auch gegenüber Gewerbetreibenden unzulässig, wenn diese nicht von den Angesprochenen veranlaßt worden sei oder durch einen sachlichen Bezug zur geschäftlichen Tätigkeit der Angesprochenen gerechtfertigt werde. Telefonische Werbeanrufe belegten die Kapazität der Telefonanlagen über Gebühr, belästigten den Angerufenen und behinderten diesen in seiner beruflichen Tätigkeit. Diese für den Angerufenen nicht hinnehmbaren Beeinträchtigungen würden um so größer, je mehr das Telefon-Marketing um sich greife.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen,
im geschäftlichen Verkehr zur Förderung des Absatzes von Kraftfahrzeugen der Marke BMW außerhalb bestehender Geschäftsbeziehungen unaufgefordert telefonisch Kontakt zu den Inhabern oder Angestellten von Gewerbebetrieben aufzunehmen oder aufnehmen zu lassen, es sei denn, daß es sich um Angebote handelt, die deren eigentlichen Geschäftsgegenstand betreffen.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten. Sie hat geltend gemacht, im geschäftlichen Bereich könne die Zulässigkeit der TELEFONWERBUNG nicht ohne weiteres verneint werden, jedenfalls dann nicht, wenn es sich um geschäftlich nutzbare Gegenstände handele. Auch für Angehörige freier Berufe wie Rechtsanwälte seien Kraftfahrzeuge kein nur untergeordnetes Hilfsmittel. Die Telefoninhaber seien in solchen Fällen mit werbenden Anrufen auch einverstanden. Das Telefon habe weithin, auch im Bereich der Werbung, schriftliche Mitteilungen ersetzt, und die Ablehnung eines unerwünschten Anrufs könne unschwer und je nach Lage des Falles bereits durch die Telefonannahmestelle des Angerufenen erfolgen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die dagegen eingelegte Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat das Klagebegehren für zulässig und begründet gehalten und dazu ausgeführt: Prozessuale Bedenken gegen den Klageantrag bestünden nicht. Insbesondere sei dieser hinreichend bestimmt. Das gelte auch, soweit der Antrag solche Angebote nicht erfasse, die den "eigentlichen Geschäftsgegenstand" des Angerufenen beträfen. Damit habe der Kläger hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, daß der Klageantrag sich allein auf Anrufe beziehe, bei denen der beworbene Gegenstand nur ein Hilfsmittel bei der Ausübung der beruflichen Tätigkeit des Angerufenen sei. Dies treffe beispielsweise auf den PKW zu, den der Anwalt benutze, um Termine wahrzunehmen. Anders sei es dagegen, wenn ein Unternehmen Autos vermiete oder Beförderungsleistungen anbiete.

Sachlich sei das beanstandete Verhalten als wettbewerbswidrig zu beurteilen (§ 1 UWG). Die unaufgeforderte telefonische Werbung gegenüber Personen, zu denen der Anrufer keine Beziehungen unterhalte, sei - ebenso wie im privaten Bereich - auch im geschäftlichen Bereich jedenfalls dann als unlauter anzusehen, wenn sich die Anrufe nicht auf die eigentliche

geschäftliche Tätigkeit des Angerufenen, sondern auf bloße Hilfsmittel in dem vorgenannten Sinne bezögen. Das Interesse angerufener Gewerbetreibender, von solchen Anrufen verschont zu bleiben, überwiege das Interesse der werbenden Unternehmen an der Herstellung persönlicher Kontakte durch Telefonanrufe. Werbeanrufe außerhalb bestehender Geschäftsbeziehungen führten auf Seiten des Angerufenen zu unzumutbaren Belästigungen, wenn sie nicht dessen eigentlichen Geschäftsgegenstand beträfen. Auch im geschäftlichen Bereich komme es daher darauf an, ob die Angerufenen mit Werbeanrufen einverstanden seien. Ein solches Einverständnis könne nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden. Geschäftsleute rechneten zwar in weiterem Umfang als im privaten Bereich mit Anrufen fremder Personen, insbesondere wenn der Anrufer Waren anbiete, mit denen der Angerufene handele. Anders sei es jedoch regelmäßig dann, wenn sich die Werbeanrufe auf Waren oder Dienstleistungen bezögen, die nicht den eigentlichen Geschäftsgegenstand bildeten. In solchen Fällen werde der Angerufene aus Gründen der Höflichkeit häufig nicht in der Lage sein, ein derartiges, ihn nicht interessierendes Gespräch abrupt zu beenden. Außerdem sei zu berücksichtigen, daß die Kapazität der Telefonanlage des Angerufenen durch unerbetene Werbeanrufe zeitweilig blockiert werde. Auch bei Kraftfahrzeugen könne von einem Einverständnis der Angerufenen, wenn solche Objekte nicht zum eigentlichen Geschäftsgegenstand gehörten, nicht ausgegangen werden.

Da die Beklagte ihre Vertragshändler durch ihre Information zur TELEFONWERBUNG aufgefordert habe, sei sie selbst Störerin. Es bestehe aber auch die Gefahr, daß die Beklagte, die die TELEFONWERBUNG für rechtmäßig halte, dazu übergehen könne, selbst TELEFONWERBUNG in der beanstandeten Form durchzuführen.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision hat teilweise Erfolg. Das erlassene Verbot geht inhaltlich zu weit. Außerdem hat das Berufungsgericht, soweit es um das an die Beklagte gerichtete Verbot geht, selbst telefonischen Kontakt zu Gewerbetreibenden aufzunehmen, eine Begehungsgefahr zu Unrecht bejaht.

1. Gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen keine Bedenken. Dies gilt entgegen der Ansicht der Revision auch insoweit, als es nach der Formulierung des Klageantrags darauf ankommt, Angebote, die den eigentlichen Geschäftsgegenstand eines Gewerbetreibenden betreffen, von anderen Werbemaßnahmen abzugrenzen. Das Berufungsgericht hat insoweit auf eine unmittelbare Betriebsbezogenheit des beworbenen Gegenstandes abgestellt. Das ist nicht zu beanstanden. Die Tragweite des begehrten Verbots und die Grenzen seiner Rechtskraft sind mit diesem vom Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegten Abgrenzungskriterium - auch für die Vollstreckungsinstanz - hinreichend deutlich erkennbar.

2. In der Sache kann aber dem Berufungsgericht nicht in vollem Umfang beigetreten werden.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verstößt es gegen die guten Sitten des Wettbewerbs, unaufgefordert Inhaber von Fernsprechan Schlüssen, zu denen bisher keine Beziehungen bestanden haben, in ihrem privaten Bereich anzurufen, um Geschäftsabschlüsse anzubahnen, vorzubereiten oder sonstige Leistungen anzubieten (vgl. BGHZ 54, 188, 190 - TELEFONWERBUNG I; BGH, Urt. v. 8.6.1989 - I ZR 168/87, GRUR 1989, 753, 754 = WRP 1990, 169 - TELEFONWERBUNG II; Urt. v. 8.11.1989 - I ZR 55/88, GRUR 1990, 280, 281 = WRP 1990, 288 - TELEFONWERBUNG III). Maßgebend für diese Beurteilung ist, daß das Telefon ein unmittelbares Eindringen in die Privatsphäre des Anschlußinhabers ermöglicht. Dieser ist in der Regel gezwungen, das Gespräch, obwohl er den Gesprächspartner nicht kennt, auch in seinem privaten Bereich anzunehmen, da es sich um eine für ihn wichtige Nachricht handeln kann. Er erkennt erst im Verlauf des Gesprächs, daß er einer von ihm nicht gewünschten, in erster Linie geschäftlichen Zwecken des Anrufers

dienenden Werbemaßnahme ausgesetzt ist. Dann aber ist die Störung bereits geschehen, die Zeit des Angerufenen aus dessen Sicht unnütz in Anspruch genommen und Ärger über die Belästigung entstanden, und der Abbruch des Gesprächs gerade gegenüber höflich auftretenden geschulten Werbern ist häufig nicht ohne weiteres möglich (vgl. Krüger-Nieland, GRUR 1974, 561, 562).

Auf die TELEFONWERBUNG im geschäftlichen Bereich, um die es vorliegend geht, lassen sich diese Rechtsprechungsgrundsätze allerdings nicht uneingeschränkt übertragen. Denn die bei der TELEFONWERBUNG gegenüber privaten Anschlußinhabern im Vordergrund stehende nicht hinnehmbare Belästigung im Individualbereich scheidet hier aus.

Gleichwohl können aber auch im gewerblichen Bereich Anrufe zu Werbezwecken nicht ohne weiteres als zulässig angesehen werden. Der Gewerbetreibende unterhält den Telefonanschluß im eigenen Interesse, nicht im Interesse eines Werbungtreibenden. Zwar rechnet ersterer auch mit Anrufen potentieller Geschäftspartner und ferner solcher Personen, die zu ihm mit Blick auf seine Geschäftstätigkeit auch in deren eigenem Interesse in Verbindung zu treten wünschen. Er steht damit auch gegenüber Anrufen ihm bislang nicht bekannter Dritter aufgeschlossener gegenüber als Anschlußinhaber, die im privaten Bereich am Telefon zu werblichen Zwecken angesprochen werden. Aber auch bei ihm muß berücksichtigt werden, daß telefonische Werbemaßnahmen wettbewerbsrechtlich nicht uneingeschränkt hinnehmbar sind, weil sie - wenn auch auf andere Weise und mit anderer Richtung als im privaten Bereich - zu Beeinträchtigungen des Angerufenen führen können, nämlich zu belästigenden oder sonst unerwünschten Störungen in dessen beruflicher Tätigkeit und zu einer den Geschäftsgang störenden Belegung des Telefonanschlusses für die Dauer des Anrufs.

Ob und inwieweit der gewerbliche Anschlußinhaber trotz solcher Beeinträchtigungen bereit ist, telefonische Werbemaßnahmen hinzunehmen mit der Folge, daß die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Werbung zu bejahen ist, muß von dem Grad des Interesses abhängig gemacht werden, das der anzurufende Gewerbetreibende der jeweiligen Werbung entgegenbringt. Ein bloß allgemeiner Sachbezug zu seinem Geschäftsbetrieb vermag allerdings für sich allein ein ausreichend großes Interesse insoweit nicht zu begründen. Denn wollte man - wie beispielsweise bei der vorliegend in Rede stehenden PKW-Werbung gegenüber Rechtsanwälten - eine nur allgemeine Sachbezogenheit dafür ausreichen lassen, würde dies auf eine nahezu unbeschränkte Zulässigkeit der TELEFONWERBUNG im geschäftlichen Bereich mit den genannten belästigenden, nicht generell hinnehmbaren Folgen hinauslaufen. Hinzukommen muß daher, um die TELEFONWERBUNG im geschäftlichen Bereich als im Sinne des § 1 UWG wettbewerbsgemäß ansehen zu können, ein konkreter, aus dem Interessenbereich des Anzurufenden herzuleitender Grund, der diese Art der Werbung rechtfertigt und der - mit Blick auf das Interesse des Anzurufenden an telefonischer Werbung - regelmäßig nur dann in Betracht gezogen werden kann, wenn der Anzurufende ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis mit derartigen Anrufen erklärt hat oder wenn auf Grund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden daran vom Anrufer vermutet werden kann (vgl. dazu für den Bereich der Fernschreibwerbung BGHZ 59, 317, 320f. - Telex-Werbung; vgl. auch Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 16. Aufl., UWG § 1 Rdn. 67; v. Gamm, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Kap. 25 Rdn. 35; vgl. ferner OLG Hamburg GRUR 1987, 60 = WRP 1987, 41; LG Berlin WRP 1973, 548). Ein unzulässiges oder unpraktikables Abgrenzungskriterium liegt darin, auch wenn das Einverständnis des Anzurufenden mit der TELEFONWERBUNG nur vermutet werden kann, nicht (vgl. § 683 Satz 1 BGB).

b) Gründe, die Anrufe werbender Art im geschäftlichen Bereich danach zu rechtfertigen vermögen, werden bei Bestehen einer Geschäftsverbindung häufig gegeben sein, aber auch dann, wenn die TELEFONWERBUNG den eigentlichen Geschäftsgegenstand des

Angerufenen in dem zu 1. erörterten Sinne betrifft. Jedoch kann auf letzteren Umstand bei der Beurteilung der Zulässigkeit werbender Anrufe im geschäftlichen Bereich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht entscheidend abgestellt werden. Das Berufungsgericht hat insoweit unterschieden zwischen dem eigentlichen Geschäftsgegenstand eines Gewerbetreibenden und bloßen Hilfsmitteln seiner beruflichen Betätigung, indem es das Einverständnis des Gewerbetreibenden mit telefonischen Werbemaßnahmen hinsichtlich ersterer grundsätzlich und generell bejaht, hinsichtlich letzterer dagegen verneint hat. Diese Beurteilung ist teils zu eng, teils zu weit. Es lassen sich unschwer zahlreiche Fälle bilden, in denen auch bei Hilfsmitteln der vorerörterten Art das Einverständnis des Angerufenen vermutet werden kann, wie auch umgekehrt bei Anrufen, die den eigentlichen Geschäftsgegenstand betreffen, das Einverständnis nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden kann. Maßgebend insoweit darf keine generalisierende Betrachtungsweise sein, die nicht hinreichend auf das Interesse des Anzurufenden an der jeweiligen Werbung abstellt. Entscheidend ist allein, ob nach den Umständen des Einzelfalls die Annahme gerechtfertigt ist, daß der Anzurufende den Anruf erwartet oder ihm jedenfalls positiv gegenübersteht.

c) Danach steht die vorliegend beanstandete Werbemaßnahme, mit der Rechtsanwälte zu einer Probefahrt mit Kraftfahrzeugen eingeladen wurden, mit § 1 UWG nicht in Einklang. Zwar kann insoweit eine allgemeine Sachbezogenheit der Werbung gegenüber Rechtsanwälten, die in ihrer beruflichen Tätigkeit regelmäßig auf die Benutzung von Kraftfahrzeugen angewiesen sind, nicht verneint werden. Jedoch fehlt es an einem konkreten Grund, der es erlaubt hätte, bei den Angerufenen gerade auf telefonischem Wege statt schriftlich für Kraftfahrzeuge zu werben. Soweit jedoch weitergehend der Kläger daraus den Anspruch auf ein generelles Verbot einer Werbung hergeleitet hat, die sich auf Hilfsmittel der beruflichen Betätigung des Angerufenen bezieht, konnte die Klage aus den zu b) erörterten Gründen keinen Erfolg haben.

2. Das Berufungsgericht hat Begehungsgefahr zu Recht insoweit bejaht, als der Beklagten untersagt worden ist, im geschäftlichen Bereich zum Zwecke einer bestimmten Werbung "telefonischen Kontakt aufnehmen zu lassen". Die Beklagte hat in ihrer "Management-Information" ihre Vertragshändler auf die Möglichkeiten der TELEFONWERBUNG nicht lediglich aufmerksam gemacht. Sie hat vielmehr weitergehend durch den Hinweis auf Telefon-Marketinggesellschaften und die Möglichkeiten einer eigenen Werbung Werbemaßnahmen im geschäftlichen Bereich empfohlen und damit auf die Durchführung solcher Maßnahmen hingewirkt. Das Berufungsgericht hat dabei zu Recht auch darauf abgestellt, daß die Beklagte vor der Einigungsstelle vorgetragen hatte, sie steuere die Werbemaßnahmen ihrer Vertragshändler auch durch Koordinierung der Kundenansprache im Rahmen des Telefon-Marketing.

Nicht beigetreten werden kann jedoch dem Berufungsgericht darin, daß es der Beklagten auch untersagt hat, selbst telefonischen Kontakt aufzunehmen. Das Berufungsgericht hat insoweit keine für die Begründung einer Erstbegehungsgefahr ausreichenden Anhaltspunkte festgestellt, aufgrund deren angenommen werden könnte, die Beklagte wolle selbst TELEFONWERBUNG betreiben (vgl. BGH, Urt. v. 26.4.1990 - I ZR 99/88, GRUR 1990, 687, 689 = WRP 1991, 16 - Anzeigenpreis II). Daß sie in dieser Weise selber werbend tätig geworden sei, hat der Kläger nicht behauptet. Allein daraus, daß sie die TELEFONWERBUNG im geschäftlichen Bereich überhaupt als wettbewerbsrechtlich zulässig verteidigt hat, ist kein ausreichender Grund für die Annahme zu finden, sie werde auch selbst in dieser Weise tätig werden. Die Beklagte hat lediglich geltend gemacht, daß sie die Werbemaßnahme ihrer Vertriebs Händler unterstütze. Für eine Veränderung des Werbekonzepts dahin, daß sie auch selbst Kunden ansprechen werde, ergeben sich unter diesen Umständen keine Anhaltspunkte.

3. Danach war der Beklagten in dem erkannten Umfang zu untersagen, zu Gewerbetreibenden telefonischen Kontakt aufnehmen zu lassen, ohne daß deren Einverständnis vorliegt oder zu vermuten ist. Prozessuale Bedenken (vgl. § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO) bestehen dagegen nicht; der zusprechende Teil des Urteilstenors des Senats wird vom Klageantrag mitumfaßt. Klarzustellen ist jedoch in diesem Zusammenhang, daß sich das erkannte Verbot - um dem Kläger nicht mehr zuzusprechen als er beantragt hat - nicht auf solche Anrufe erstreckt, die den eigentlichen Geschäftsgegenstand betreffen, auch wenn es insoweit an einem konkreten Umstand fehlt, der ein Einverständnis mit einem werbenden Anruf vermuten läßt.