

Dieses Urteil
ist dem Proz.-Bev. des Kl. am
dem Proz.-Bev. des Bekl. am
zugestellt worden
Hamburg, 12. 03. 2010

24.2.2010



Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



**HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT
URTEIL
IM NAMEN DES VOLKES**

Geschäftszeichen:
5 U 206/08
407 O 249/07

Verkündet am:
17. Februar 2010

Justizfachangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit



Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.,
vertreten durch seinen Vorstand Klaus Müller,
Mintropstraße 27, 40215 Düsseldorf

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte/r:

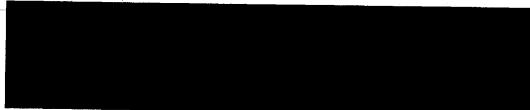


g e g e n

freenet AG,
vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Eckhard Spoerr,
Deelbögenkamp 4 c, 22297 Hamburg

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte/r:



hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 5. Zivilsenat, durch die Richter



nach der am 03. Februar 2010 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg – Kammer 7 für Handelssachen – vom 19.8.2008 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass zwischen Ziff.I 1.a) und b) des Urteilstenors die Worte „und/ oder“ eingefügt werden.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss

Nach teilweiser Rücknahme der Berufung beträgt der Streitwert noch € 12.500.-

Gründe

I.

Der Kläger ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsgemäßen Aufgaben es gehört, die Interessen von Verbrauchern wahrzunehmen und unlauteren Wettbewerb zu unterbinden. Die Beklagte bietet Telekommunikationsdienstleistungen an.

Der Kläger nimmt die Beklagte wegen zweier Wettbewerbsverstöße auf Unterlassung in Anspruch. Zum einen geht es um telefonische Werbung gegenüber Verbrauchern ohne deren vorherige Einwilligung, zum anderen um die Zusendung von Vertragsbestätigungen, ohne dass tatsächlich ein Vertragsschluss vorliegt. Außerdem begehrt der Kläger den Ersatz von Abmahnkosten.

Der Kläger hatte mit der am 12.9.2007 beim Landgericht Hamburg eingegangenen Klage zunächst folgende Anträge angekündigt :

1. die Beklagte bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs künftig zu unterlassen,
 - a) Verbraucher unaufgefordert und ohne deren Einwilligung anzurufen oder anrufen zu lassen;
 - b) entgegen vorheriger Ankündigung Verbrauchern kein Informationsmaterial für Telekommunikationsverträge, sondern Auftragsbestätigungen zu übersenden.

2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 200.- zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz nach § 1 des Diskont-Überleitungsgesetzes seit dem 1.6.2007 zu zahlen.

Zur Begründung hat der Kläger in der Klage sieben Fälle vorgetragen, in denen die Beklagte gegenüber Verbrauchern wettbewerbswidrige Handlungen begangen habe.

Mit Schriftsatz vom 8.10.2007 hat der Kläger weitere sechs Fälle vorgetragen.

Mit Schriftsatz vom 23.1.2008 kündigte der Kläger einen Antrag zu Ziff.c an, wonach die Beklagte verurteilt werden sollte, es zu unterlassen,

- c) Vertragsbestätigungen an Verbraucher zu versenden, ohne zuvor Kontakt zu diesen gehabt zu haben.

Zugleich trug der Kläger weitere 19 Fälle vor, in denen die Beklagte gegenüber Verbrauchern wettbewerbswidrig gehandelt habe.

Mit Schriftsatz vom 23.4.2008 führte der Kläger sieben zusätzliche Vorfälle zur Begründung der Klaganträge ein, mit Schriftsatz vom 6.6.2008 weitere drei und mit Schriftsatz vom 23.6.2008 noch einen.

In der Verhandlung vor dem Landgericht hat der Kläger seinen Unterlassungsantrag dahingehend gestellt, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken,

- a) Verbraucher unaufgefordert und ohne deren vorherige Einwilligung auf ihren privaten Telefonanschlüssen anzurufen oder anrufen zu lassen, um Geschäftsabschlüsse bezüglich Telekommunikationsdienstleistungen anzubahnen oder vorzubereiten;
- b) Privaten Endverbrauchern unverlangt und ohne jeglichen Vertragsschluss Vertragsbestätigungen bezüglich Telekommunikationsdienstleistungen zuzuschicken oder zuschicken zu lassen.
- c) Ziff. c entfällt.

Die Beklagte hat zu den einzelnen Vorfällen Stellung genommen. Hinsichtlich dreier Vorfälle aus dem Schriftsatz vom 24.1.2008 ([REDACTED]) hat die Beklagte die Zusendung von Vertragsbestätigungen ohne Vertragsschluss mit Nichtwissen bestritten und hierzu vorgetragen : Die Anwerbung dieser Zeugen sei durch einen Herrn [REDACTED] der

beauftragten Werbeagentur [REDACTED] erfolgt. Dieser arbeite nicht mehr für die Werbeagentur. Im Januar 2008 habe die Beklagte wegen anderer Vorfälle Strafanzeige gegen [REDACTED] gestellt. Seitdem beantworte er Anfragen der Beklagten nicht mehr.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils und die erstinstanzlich gewechselten Schriftsätze verwiesen.

Das Landgericht hat die Beklagte nach den zuletzt gestellten Anträgen zu Ziff. a) und b) zur Unterlassung und zur Zahlung der Abmahnkosten verurteilt. Wegen der Beschränkung des Unterlassungsantrags auf die Bewerbung bzw. die Vertragsbestätigung von Telekommunikationsdienstleistungen hat es dem Kläger 10 % der Kosten auferlegt.

Die Verurteilung zu Ziff. b) (Zusendung von Vertragsbestätigungen ohne Vertragsschluss) hat das Landgericht auf drei der Vorfälle gestützt, die der Kläger mit seinem Schriftsatz vom 24.1.2008 eingeführt hatte, nämlich die Fälle [REDACTED]. Das Landgericht hat die Auffassung vertreten, dass das Bestreiten der Beklagten mit Nichtwissen nicht beachtlich sei.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt. Hinsichtlich der Verurteilung zu Ziff.1a (Werbeanrufe) hat sie die Berufung in der Verhandlung vor dem Senat wieder zurückgenommen. Im Übrigen begehrt sie weiterhin die Abweisung der Klage, hilfsweise Zurückverweisung an das Landgericht. Sie macht gegen ihre Verurteilung zu Ziff.1 b (Zusendung von Vertragsbestätigungen ohne Auftrag) im Wesentlichen geltend :

Die Verurteilung sei nicht gerechtfertigt, da die Beklagte in den Fällen [REDACTED] [REDACTED] nicht mehr habe vortragen können und daher mit Nichtwissen habe bestreiten dürfen. Die Klage sei auch unbestimmt gewesen, weil der Kläger die Einzelfälle nicht den jeweiligen Anträgen zugeordnet habe. Soweit der Kläger seine Anträge in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 24.6.2008 erweitert habe, werde die Einrede der Verjährung erhoben. Die drei Vorfälle [REDACTED] seien dem Kläger bis zum 7.12.2007 bekannt gewesen.

Der Antrag zu b) sei auch deshalb unbegründet, weil er zu weit sei. Denn er erfasse Fälle, in denen es aufgrund eines internen Bearbeitungsfehlers zu der Versendung einer Auftragsbestätigung komme oder der Auftrag von einer dritten Person, z.B. Freund oder Ehefrau, erteilt worden sei. Außerdem sei nicht erkennbar, auf welcher rechtlichen Grundlage das Landgericht die Beklagte verurteilt habe.

Schließlich sei die Kostenentscheidung unrichtig. Der Kläger habe die Klage teilweise zurückgenommen und müsse mehr als 10 % der Kosten tragen.

Der Kläger verteidigt das landgerichtliche Urteil. Außerdem trägt er sechs weitere Einzelfälle aus der Zeit ab Juli 2008 vor.

Zu diesen neuen Fällen hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 19.1.2010 Stellung genommen.

Mit Schriftsatz vom 11.1.2010 und durch eine ergänzende Erklärung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Kläger klargestellt, dass die von ihm zur Begründung der Klage vorgetragene Einzelfälle aus der Klagschrift und aus den nachfolgenden Schriftsätzen in einem Eventualverhältnis stünden, und zwar in Reihenfolge, wie sie zeitlich in das Verfahren eingeführt worden seien. Mit Schriftsatz vom 11.1.2010 hat der Kläger ferner erklärt, dass das Verbot zu Ziff.1 b „beispielhaft“ auf den Vorfall [REDACTED] aus Klage gestützt werde. Die Beklagte hat in der Verhandlung vor dem Senat bezüglich des Falls [REDACTED] die Einrede der Verjährung erhoben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, hat aber, soweit sie nicht zurückgenommen worden ist, keinen Erfolg.

1. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist nur noch die Verurteilung zu Ziff.1 b) des landgerichtlichen Urteils. Hierbei handelt es sich um ein selbständiges Verbot neben der Verurteilung zu Ziff.1 a), wie der Kläger auf gerichtlichen Hinweis in der Berufungsinstanz schriftsätzlich und noch einmal in der Berufungsverhandlung klargestellt hat. Soweit der Senat die Worte „und/oder“ in den Tenor des landgerichtlichen Urteils eingefügt hat, dient dies lediglich der Verdeutlichung.

2. Die mit der Klage zur Begründung der beiden Klaganträge vorgetragene gleichartigen Einzelfälle, aus denen jeweils ein gleichlautender Unterlassungsantrag abgeleitet worden ist, bilden nach der Rechtsprechung des BGH jeweils – pro Antrag - einen einheitlichen Klagegrund (BGH GRUR 2006,421 Rz.26 – Markenparfümverkäufe unter Verweis auf BGH GRUR 85,980,982 – Tennisschuhe). Die mit den nachfolgenden Schriftsätzen eingeführten

weiteren Verletzungsfälle sind als Klagänderungen in Form von Klagerweiterungen zu werten (BGH a.a.O.). Nach der Klarstellung des Klägers in der Berufungsinstanz sollen diese weiteren Fälle lediglich hilfsweise für den Fall geltend gemacht werden, dass die Klage nicht bereits aufgrund der in der Klage vorgetragenen Einzelfälle begründet ist. Dies ist hier bezüglich des Verbots zu Ziff.1 b) der Fall, wie nachfolgend auszuführen ist. Auf die in den weiteren Schriftsätzen vorgetragenen Einzelfälle kommt es daher für die Entscheidung nicht an.

3. Das Verbot zu Ziff.1 b) ist bereits aufgrund des zwischen den Parteien unstreitigen Einzelfalls [REDACTED] aus der Klage begründet. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die Einzelvorfälle [REDACTED] aus dem Schriftsatz des Klägers vom 23.1.2008 eine Verurteilung der Beklagten gerechtfertigt hätten, wie das Landgericht gemeint hat.

a) Hinsichtlich dieses Vorfalles fehlt es der Klage zunächst nicht an der erforderlichen Bestimmtheit, wie die Berufung geltend macht. Schon aus der Klagbegründung ergibt sich mit hinreichender Deutlichkeit, dass dieser Vorfall sich nur auf den Antrag zu Ziff.1 b) beziehen kann, denn ein Werbeanruf ist im Falle [REDACTED] nicht behauptet worden. Außerdem hat sich der Kläger mit Schriftsatz vom 11.1.2010 für diesen Antrag noch einmal ausdrücklich auf den Fall [REDACTED] bezogen.

b) Der Kläger hat unbestritten vorgetragen, dass die Zeugin [REDACTED] am 25.6.2007 ein Schreiben der Beklagten erhalten habe, wonach sie angeblich am 17.6.2007 einen Vertrag mit der Beklagten abgeschlossen habe. Tatsächlich hätten jedoch weder sie noch ihr Ehemann [REDACTED] einen Vertrag mit der Beklagten abgeschlossen (Anlagen K 6 und 47). Zu Recht rügt der Kläger dieses Verhalten wegen Verstoßes gegen das Irreführungsverbot als wettbewerbswidrig, so dass die Verurteilung der Beklagten durch das Landgericht nicht zu beanstanden ist. Im Einzelnen :

aa) Eine wettbewerbswidrige Irreführung ist zunächst nach der bis zum 30.12.2008 geltenden Rechtslage zu beurteilen, denn der Fall [REDACTED] ereignete sich im Jahr 2007. Sodann ist die Rechtslage nach dem neu gefasstem § 5 UWG zu berücksichtigen. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann nur dann zur Unterlassung verurteilt werden, wenn die beanstandete Handlung sowohl zum Zeitpunkt ihrer Begehung als auch zum Zeitpunkt der Verurteilung wettbewerbswidrig war.

bb) Gemäß § 5 Abs.1 UWG a.F. handelt unlauter, wer irreführend **wirbt**. Auch die Bestätigung eines tatsächlich nicht geschlossenen Vertrages ist eine „Werbung“ in diesem Sinne. Nach der für die Auslegung zugrunde zu legenden Definition in Art.2 Nr.1 der Richtlinie 84/450/EG ist Werbung nämlich „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern“ (Hefermehl/ Köhler/Bornkamm, UWG , 26.Aufl., § 5 Rn.2.12). Der Begriff der „Äußerung“ ist weit zu verstehen (Hefermehl/Köhler/Bornkamm a.a.O., Rn.2.16). Die Bestätigung eines Vertragsschlusses über Telekommunikationsdienstleistungen ist eine Äußerung in diesem Sinne, denn sie hat das Ziel, die Erbringung derartiger Dienstleistungen zu fördern.

cc) Von den in § 5 Abs. 2 UWG a.F. genannten Fallgruppen ist § 5 Abs.2 Nr.2 UWG a.F. einschlägig. Es handelt sich um irreführende Angaben über die „Bedingungen, unter denen die Waren geliefert oder die Dienstleistungen erbracht werden“. Unter diese Fallgruppe wird z.B. die Übersendung rechnungsähnlich aufgemachter Formulare subsumiert, durch die der Verbraucher den Eindruck gewinnt, dass bereits eine Zahlungspflicht besteht, die tatsächlich aber nur ein Angebot darstellen (Hefermehl/Köhler/ Bornkamm, UWG, 26.Aufl., § 5 Rn.7.138 m.w.N.). Die Übersendung einer Vertragsbestätigung ohne Vertragsschluss stellt einen vergleichbaren Fall dar, denn auch hierdurch wird der Eindruck erweckt, dass den Verbraucher rechtliche Verpflichtungen träfen . Letztlich kann die genaue Einordnung in die Fallgruppen des § 5 Abs.2 UWG a.F. aber sogar dahinstehen, da es sich nur um Beispiele für irreführende Angaben handelt („insbesondere“).

dd) Die Zusendung eines Bestätigungsschreibens über einen nicht zustande gekommenen Vertrag über Telekommunikationsdienstleistungen ist auch geeignet, den Verkehr darüber zu **täuschen**, dass ein derartiger Vertrag zustande gekommen ist. Grundsätzlich geht der durchschnittliche Verbraucher davon aus, dass keine Vertragsbestätigungen ohne tatsächlichen Vertrag verschickt werden. Jedenfalls ein rechtlich erheblicher Teil der angesprochenen Verbraucher wird daher annehmen, dass die Bestätigung durch ein bekanntes Unternehmen der Telekommunikationsbranche einen realen Hintergrund hat, selbst wenn er sich z.B. an keinen Vertragsschluss erinnern kann.

ee) Die Täuschung ist auch **relevant**, weil der Verbraucher durch die irrige Vorstellung eines Vertragsschlusses dazu verleitet werden kann, die Leistungen der Beklagten tatsächlich in Anspruch zu nehmen und zu bezahlen, und sei es auch nur, weil es ihm zu lästig ist, den Vertrag zu widerrufen oder anzufechten.

ff) Auch nach neuem Recht ist die angegriffene Handlungsweise wettbewerbswidrig. Nach der Neufassung des § 5 UWG handelt unlauter, wer eine irreführende „**geschäftliche Handlung**“ vornimmt. Die Übersendung einer Vertragsbestätigung ist als „geschäftliche Handlung“ i.S.v. §§ 2 Abs.2 Nr.1, 5 Abs.1 UWG zu werten. Darunter fällt jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder Durchführung eines Vertrages über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Die Fallgruppe des § 5 Abs.2 Nr.2 UWG a.F. befindet sich jetzt in § 5 Abs.1 Nr.2 UWG.

gg) Der Fall ■■■■■ ist schließlich nicht verjährt. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche verjähren gemäß § 11 Abs.1 UWG in sechs Monaten. Die Verjährungsfrist beginnt nach § 11 Abs.2 UWG, wenn der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

Ausweislich der Anlage K 6 hat sich der Vorfall ■■■■■ Ende Juni 2007 ereignet und ist dem Kläger kurz darauf zur Kenntnis gelangt. Die Klage ist am 23.10.2007 zugestellt worden und hat damit den Ablauf der Verjährung nach § 204 Abs.1 Nr.1 BGB gehemmt.

Zwar hatte der mit der Klage angekündigte Antrag zu Ziff.1 b) den Fall ■■■■■ zunächst nicht erfasst, weil im Falle ■■■■■ keine vorherige Ankündigung von Informationsmaterial vorgetragen war. Eine Klage unterbricht die Verjährung grundsätzlich nur für die in der Klage geltend gemachten Ansprüche, für die der Streitgegenstand, bestimmt aus Klagantrag und Lebenssachverhalt, maßgebend ist. Jedoch ist bei unrichtigem Klagantrag die Klagschrift auszulegen (BGH NJW-RR 97,1216). Bei Unterlassungsansprüchen kann auch ein zu unbestimmter Antrag die Verjährung hemmen, wenn die Konkretisierung erst nach Ablauf der Verjährungsfrist erfolgt (Ahrens-Bornkamm, Der Wettbewerbsprozess, 6.Aufl.,Kap.34 Rn.34). Entscheidend ist, auf welchen Sachverhalt der Antrag sich im Kern bezieht, die **Zielrichtung** des Antrags (Ahrens-Bornkamm a.a.O., BGH GRUR 98,481, 483 – Auto '94).

In Anwendung dieser Rechtsgrundsätze war der Kern bzw. die Zielrichtung des Angriffs in Auslegung der Klagschrift darauf gerichtet, **die Übersendung fehlerhafter Vertragsbestätigungen** verbieten zu lassen. Denn nur aus diesen konnten sich negative Rechtsfolgen für die Verbraucher ergeben, nämlich eine Inanspruchnahme durch die Beklagte. Dies war auch im Falle ■■■■■ der Fall, selbst wenn der zunächst angekündigte Antrag zu eng gefasst war.

d) Ohne Erfolg beanstandet die Beklagte, dass das Verbot zu Ziff. 1 b) zu weit sei, nämlich auch zulässige Verhaltensweisen mit umfasse.

Soweit die Beklagte meint, falsche Auftragsbestätigungen könnten auch aufgrund eines internen Versehens verschickt werden, würde dies deshalb nicht unter das Verbot fallen, weil eine nur versehentliche Verschickung nicht „zu Wettbewerbszwecken“ erfolgt wäre, nämlich auf eine Förderung des eigenen Wettbewerbs durch gezielte und planmäßige Kundentäuschung (BGH GRUR 87,180 - Ausschank unter den Eichstrich II“).

Soweit die Beklagte ferner einwendet, es würden auch Fälle erfasst, wo ein Dritter für den Verbraucher einen Auftrag erteilt habe, trifft dies ebenfalls nicht zu. Denn das Verbot erfordert, dass die Vertragsbestätigung den Endverbrauchern ohne jeglichen Vertragsschluss übersandt wird. Wenn ein Dritter – möglicherweise auch als Vertreter ohne Vertretungsmacht – den Vertrag für den Verbraucher schließt, liegt ein Vertrag vor, selbst dieser gemäß § 177 BGB schwebend unwirksam sein sollte.

4. Zu Recht hat das Landgericht die Beklagte zur Erstattung der Abmahnkosten verurteilt, denn die Beklagte hat die ihr zur Last gelegten Wettbewerbsverstöße begangen (s.o.). Darüber hinaus erhebt die Beklagte hiergegen auch keine Einwendungen.

5. Entgegen der Auffassung der Beklagten hätte das Landgericht dem Kläger wegen der Neufassung der Anträge in der Verhandlung vom 24.6.2008 keine höhere Kostenbelastung auferlegen müssen. Die Auffassung des Landgerichts, der neu gestellte Antrag zu Ziff. 1 b) umfasse die bisherigen Anträge zu b) und c), trifft zu. Wie schon im Zusammenhang mit der Verjährung erörtert, liegt der Kern der Wettbewerbswidrigkeit des Verhaltens der Beklagten in der Vortäuschung eines tatsächlich nicht geschlossenen Vertrages durch Zusendung einer Vertragsbestätigung. Es macht keinen Unterschied, ob dem Verbraucher vorher Informationsmaterial angekündigt wurde oder ob überhaupt kein Kontakt stattfand.

Die Entscheidung über die Kosten und die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 516 Abs.3, 97 Abs. 1, 708 Nr.10, 711, 713 ZPO i.V.m § 26 Nr.8 EGZPO. Gründe für eine Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs.2 ZPO liegen nicht vor.

