

# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

I ZR 87/02 Verkündet am:

5. Februar 2004

Walz

Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle  
in dem Rechtsstreit

#### **Telefonwerbung für Zusatzeintrag**

UWG § 1

BGH, Urt. v. 5. Februar 2004 - I ZR 87/02 - OLG Köln - LG Köln

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Februar 2004 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Pokrant, Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Bergmann für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 8. März 2002 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 5. Juli 2001 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Von Rechts wegen

#### **Tatbestand:**

Die Beklagte gibt gemeinsam mit der DeTeMedien GmbH, einer 100 %igen Tochtergesellschaft der Deutschen Telekom AG, im Großraum Kölnderen Telefonbuch und ein unter der Bezeichnung "Gelbe Seiten" vertriebenes Branchenfernsprechbuch heraus. In die Telefonverzeichnisse werden neben Kunden der Deutschen Telekom AG auch Kunden anderer Telefongesellschaften aufgenommen, die entsprechende Vereinbarungen mit der Deutschen Telekom AG geschlossen haben. Die Kunden erteilen dabei

jeweils ihrer Telefongesellschaft den Auftrag zur Aufnahme eines Eintrags in die genannten Telefonverzeichnisse.

Die Aufnahme eines sog. Grund- bzw. Standardeintrags in das Telefonbuch und/oder die "Gelben Seiten" erfolgt unentgeltlich. Für die Telefonkunden besteht die Möglichkeit, den kostenlosen Grund- bzw. Standardeintrag um entgeltpflichtige Zusätze, Ergänzungen oder Anzeigen zu erweitern. Die Beklagte nimmt zu diesem Zweck telefonischen Kontakt mit gewerblichen Kunden der Deutschen Telekom AG sowie der sonstigen Telefongesellschaften auf und bietet ihnen derartige kostenpflichtige Erweiterungen des Grund- bzw. Standardeintrags an.

Die Klägerin, die sich ebenfalls mit der Herausgabe eines auf den Kölner Raum bezogenen Branchenfernsprechverzeichnisses befasst, beanstandet dies als unter dem Gesichtspunkt der Belästigung unlauteres Wettbewerbsverhalten i.S. von § 1 UWG.

Die Klägerin hat vor dem Landgericht beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es unter Androhung bestimmter Ordnungsmittel zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken zur Förderung eines Abschlusses eines Auftrages zur Veröffentlichung einer Anzeige in einem Branchenfernsprechverzeichnis außerhalb bestehender Geschäftsbeziehungen unaufgefordert telefonischen Kontakt zu gewerblichen und/oder selbständigen Interessenten oder deren Angestellten aufzunehmen und/oder aufnehmen zu lassen, es sei denn, dass der Angerufene zuvor ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis mit derartigen Anrufen erklärt hat oder aber aufgrund eines tatsächlichen Umstandes ein sachliches Interesse des Angerufenen an einem solchen Anruf vermutet werden kann.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat geltend gemacht, sie bewege sich innerhalb einer zwischen den angerufenen Telefonkunden und den Telefongesellschaften bestehenden Vertragsbeziehung, die den Unlauterkeitstatbestand der "Belästigung" ausschließe. Die erwähnte Vertragsbeziehung werde ihr im Rahmen der bestehenden Verleger- und Herausgebergemeinschaft mit der DeTeMedien GmbH vermittelt, deren sich die Deutsche Telekom AG zur Erfüllung des Auftrags, Kundeneinträge in Teilnehmerverzeichnissen zu veröffentlichen, bediene. Sie bezwecke mit dem Telefonkontakt im Rahmen dieser Geschäftsverbindung vornehmlich die Kontrolle und Aktualisierung der Datensätze der angerufenen Telefonkunden. Erst im Zusammenhang mit dieser "Datenpflege" würden Erweiterungen und Zusätze des Standardeintrags oder Anzeigen angeboten.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Unterlassung verurteilt. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin beantragt, die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass es im Klageantrag wie folgt heißt:

Die Beklagte wird bei Androhung der bereits in den erstinstanzlich

formulierten Unterlassungsantrag aufgenommenen Ordnungsmittel verurteilt, es zu unterlassen, zu Gewerbetreibenden, die mit einer Telefongesellschaft einen der nachfolgend beispielhaft wiedergegebenen Verträge über die Aufnahme in ein Branchenverzeichnis geschlossen haben: - es folgen nunmehr Fotokopien zweier unterschiedlicher Antragsformulare zweier Telefongesellschaften -, ohne deren vorher erklärtes Einverständnis telefonischen Kontakt aufzunehmen, um diesen den Abschluss eines Auftrags über entgeltpflichtige Zusätze und/oder Erweiterungen des Grundeintrags und/oder Anzeigen anzubieten.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten unter Anpassung des Unterlassungsausspruchs an den in der Berufungsinstanz gestellten Antrag der Klägerin zurückgewiesen (OLG Köln GRUR-RR 2002, 237). Mit ihrer (zugelassenen) Revision verfolgt die Beklagte ihr auf Klageabweisung gerichtetes Begehren weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

### **Entscheidungsgründe:**

I. Das Berufungsgericht hat - in Übereinstimmung mit dem Landgericht - die telefonische Kontaktaufnahme der Beklagten als wettbewerbswidrige Telefonwerbung angesehen. Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich mit dem Ziel, Neukunden zu gewinnen, sei grundsätzlich gemäß § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der Belästigung unzulässig, solange der Angerufene weder ausdrücklich noch konkludent sein Einverständnis mit derartigen Anrufen erklärt habe und ein solches vom Anrufer aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände auch nicht vermutet werden könne.

Denn es müsse berücksichtigt werden, dass unerbetene Telefonanrufe bei Gewerbetreibenden zu belästigenden oder sonst unerwünschten Störungen in deren beruflicher Tätigkeit und zu einer den Geschäftsgang störenden Belegung des Telefonanschlusses für die Dauer des Anrufs führen könnten. Ob und inwieweit der gewerbliche Anschlussinhaber trotz derartiger Beeinträchtigungen bereit sei, telefonische Werbemaßnahmen hinzunehmen mit der Folge, dass die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Werbeform zu bejahen sei, hänge daher grundsätzlich von dem Grad des Interesses ab, das der anzurufende Gewerbetreibende der jeweiligen Werbung entgegenbringe. Es müsse ein konkreter, aus dem Interessenbereich des Anzurufenden herzuleitender Grund vorliegen, der diese Art der Werbung rechtfertige.

Derartige Gründe, die ein die Telefonwerbung rechtfertigendes sachliches Interesse des Anzurufenden vermuten ließen, würden bei Bestehen einer Geschäftsverbindung häufig gegeben sein, jedoch vermöge eine bestehende Geschäftsverbindung für sich allein nicht das Interesse des Anzurufenden, sich gerade einer Werbemaßnahme auf telefonischem Wege ausgesetzt zu sehen, zu begründen. Entscheidend sei allein, ob nach den Umständen des Einzelfalles die Annahme gerechtfertigt sei, dass der Anzurufende den Anruf erwarte oder ihm jedenfalls positiv gegenüberstehe. Nach diesen

Grundsätzen stelle sich die in Frage stehende Telefonwerbung der Beklagten als wettbewerbswidrig dar.

Ein ausdrücklich oder konkludent erklärtes Einverständnis der angerufenen Gewerbetreibenden liege nicht vor. Ein Einverständnis mit der Werbung der Beklagten, die darauf abziele, den Angerufenen entgeltpflichtige Erweiterungen und Zusätze der als solche unentgeltlichen Standard-/Grundeinträge und/oder Anzeigen zu "verkaufen", lasse sich der zwischen den Telefonkunden und den Telefongesellschaften bestehenden, auf die Aufnahme des Eintrags in ein Teilnehmerverzeichnis gerichteten Auftragsbeziehung nicht entnehmen. Entgegen der Ansicht der Beklagten sei unmittelbar zwischen ihr selbst und den Telefonkunden keine Geschäftsverbindung begründet worden, der sich ein Einverständnis mit der streitbefangenen Telefonwerbung entnehmen lasse.

Es seien auch keine konkreten Umstände ersichtlich, die ein sachliches Interesse der Gewerbetreibenden an der streitgegenständlichen Telefonakquisition vermuten und auf ein mutmaßliches Einverständnis der Angerufenen schließen ließen.

Ein Vertragsverhältnis zur "Datenpflege" bestehe zwischen den gewerbetreibenden Anschlussinhabern und der Beklagten nicht, sondern lediglich zwischen den Telefonkunden und ihrer Telefongesellschaft. Aber auch dieser sei es nicht erlaubt, über den Abgleich von Daten hinaus Akquisition für entgeltpflichtige Einträge zu betreiben. Soweit reiche das sachliche Interesse der Anzurufenden an einem Anruf nicht. Wenn die Beklagte in diesem Zusammenhang vorbringe, ihre Anrufe dienten hauptsächlich der "Datenpflege", um zu überprüfen, ob die zu veröffentlichenden Angaben korrekt oder noch aktuell seien, lasse das auch aus ihrer Sicht ein mutmaßliches Interesse der Gewerbetreibenden, gerade auf telefonischem Wege angesprochen zu werden, nicht erkennen.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Abweisung der Klage.

Die Werbemaßnahme der Beklagten für Erweiterungen des (kostenlosen) Grundeintrags in ein Branchenfernsprechverzeichnis um entgeltpflichtige Zusätze oder Anzeigen ist auf der Grundlage der erforderlichen Gesamtbetrachtung aller Umstände nicht als unzulässige Telefonwerbung sittenwidrig i.S. des § 1 UWG.

1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass auch im gewerblichen Bereich telefonische Werbemaßnahmen wettbewerbsrechtlich unzulässig sein können, weil sie zu belästigenden oder sonst unerwünschten Störungen der beruflichen Tätigkeit des Angerufenen führen können. Wer einen Telefonanschluss zu gewerblichen Zwecken unterhält, rechnet allerdings mit Anrufen potentieller Geschäftspartner und solcher Personen, die zu ihm mit Blick auf seine Geschäftstätigkeit auch in deren eigenem Interesse in Verbindung zu treten wünschen. Anders als im privaten Bereich ist telefonische Werbung im geschäftlichen Bereich daher nicht nur zulässig,

wenn der Angerufene zuvor ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis erklärt hat, sondern sie ist auch dann als wettbewerbsgemäß anzusehen, wenn aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden daran vermutet werden kann (BGHZ 113, 282, 284 f. - Telefonwerbung IV; BGH, Urt. v. 25.1.2001 - I ZR 53/99, GRUR 2001, 1181, 1182 = WRP 2001, 1068 – Telefonwerbung für Blindenwaren).

Ein ausreichend großes Interesse des anzurufenden Gewerbetreibenden, das die Annahme rechtfertigt, er werde den Anruf erwarten oder ihm jedenfalls positiv gegenüberstehen, kann insbesondere gegeben sein, wenn die telefonische Werbemaßnahme in einem sachlichen Zusammenhang mit einer bereits bestehenden Geschäftsverbindung steht (vgl. BGHZ 113, 282, 286 - Telefonwerbung IV; Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl., § 1 Rdn. 156).

2. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass die Anzurufenden ihr Einverständnis weder ausdrücklich noch stillschweigend erklärt hätten, eine solche Erklärung insbesondere nicht den zwischen den Gewerbetreibenden und den Telefongesellschaften abgeschlossenen Verträgen entnommen werden könne. Diese Beurteilung lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision auch nicht angegriffen.

3. Die weitere Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Das Berufungsgericht ist im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass die telefonische Werbemaßnahme der Beklagten nicht als unzulässig beanstandet werden kann, wenn sie von der Deutschen Telekom AG oder einer anderen Telefongesellschaft in derselben Weise vorgenommen werden dürfte.

Aus der für die Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses maßgeblichen Sicht des anzurufenden Telefonkunden stellt es für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung keinen erheblichen Unterschied dar, ob er wegen des Eintrags in die Teilnehmerverzeichnisse von seiner Telefongesellschaft oder von der – in deren Auftrag - mit der Herausgabe der Verzeichnisse befassten Beklagten angesprochen wird. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ergibt sich aus der den kostenlosen Standardeintrag betreffenden Geschäftsbeziehung zu dem anzurufenden Gewerbetreibenden ein hinreichender Grund, der die Annahme rechtfertigt, dieser werde bereit sein, auch eine telefonische Werbemaßnahme für entgeltliche Erweiterungen oder Zusätze dieses Standardeintrages hinzunehmen.

aa) Die beanstandete Werbemaßnahme steht in zweifacher Hinsicht mit der den Standardeintrag betreffenden Geschäftsbeziehung in einem engen sachlichen Zusammenhang: Zum einen betrifft die Werbemaßnahme - was das Berufungsgericht nicht hinreichend berücksichtigt hat - nicht eine von der bereits bestehenden Geschäftsbeziehung verschiedene Leistung. Sie zielt darauf ab, den Telefonkunden zu einer Erweiterung oder zu einer andersartigen Gestaltung des Eintrags zu veranlassen. Zum anderen erfolgt

die Werbung für eine entgeltliche Änderung des Eintrags im Zusammenhang mit einem Telefonanruf, mit dem der Inhalt des bisherigen Standardeintrags für eine neue Auflage der Telefonverzeichnisse überprüft werden soll. Ob der Anruf der Beklagten, wie sie behauptet, in erster Linie diesem Zweck dient, oder ob die Überprüfung der Daten lediglich als "Aufhänger" für das primär angestrebte entgeltliche Werbeangebot eingesetzt wird, wie die Klägerin geltend macht, kann offenbleiben.

Der Zusammenhang wird dadurch nicht in Frage gestellt.

(1) Der Umstand, dass die Telefonwerbung in Verbindung mit einem der "Datenpflege" dienenden Telefonanruf der Beklagten erfolgt, ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts für die Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses der anzurufenden Gewerbetreibenden nicht deshalb ohne Bedeutung, weil diese "Datenpflege" ebenso gut oder sogar besser auf schriftlichem Wege erfolgen könne und daher kein sachliches Interesse der Anzurufenden ersichtlich sei, zu diesem Zweck gerade auf telefonischem Wege angesprochen zu werden. Das mutmaßliche Einverständnis des anzurufenden Gewerbetreibenden muss sich zwar nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf die Art der Werbung erstrecken, d.h. er muss mutmaßlich (gerade) auch mit einer telefonischen Werbung einverstanden sein (vgl. BGHZ 113, 282, 285 – Telefonwerbung IV; Köhler/Piper aaO § 1 Rdn. 155). Zutreffend ist ferner, dass die Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses einen aus dem Interessenbereich des Anzurufenden herzuleitenden Grund voraussetzt (BGH aaO).

Dies erlaubt jedoch nicht den Schluss, dass ein die Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich rechtfertigender Grund nur dann vorliegt, wenn dem Anschlussinhaber gerade an einer telefonischen Werbung gelegen ist, weil er diese gegenüber einer schriftlichen als vorzugswürdig erachtet. Ein mutmaßliches Einverständnis des anzurufenden Gewerbetreibenden kann vielmehr auch dann anzunehmen sein, wenn die telefonische Werbemaßnahme zwar gegenüber der schriftlichen Werbung keine Vorzüge aufweist oder ihr sogar einzelne Vorteile fehlen, sie aber gleichwohl seinen Interessen noch in einem solchen Maße entspricht, das die damit verbundenen Belästigungen als hinnehmbar erscheinen lässt.

Es steht folglich der Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses der anzurufenden Gewerbetreibenden nicht entgegen, dass bei einem schriftlichen Datenabgleich des Standardeintrags etwaige Unklarheiten oder Unsicherheiten in der Schreibweise besser beseitigt werden könnten als bei einer telefonischen Überprüfung. Die auf telefonischem Wege mögliche Abfrage des aus der Rufnummer, dem Namen und der Anschrift bestehenden Standardeintrags kann die Überprüfung auf etwaige Änderungen oder Unrichtigkeiten jedenfalls in einem solchen Maße gewährleisten, dass die Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses des Telefonkunden gerechtfertigt ist.

(2) Aus diesen Gründen kann auch der Auffassung des Berufungsgerichts nicht gefolgt werden, erst recht fehle es an einer mutmaßlichen Einwilligung,

soweit diese "Datenpflege" als Gelegenheit und als "Eintrittspforte" zur Werbung für entgeltliche Zusätze und Erweiterungen des Standardeintrags genutzt würde. Das Berufungsgericht führt zur Begründung an, aus der Sicht des Kunden stelle sich auch dort, wo Gestaltungsmöglichkeiten des Eintrags in Rede stünden, die sich - wie beispielsweise ein bestimmter Schrifttyp, Fettdruck oder eine Umrandung - nur graphisch auswirkten und deren Angebot allein bei optischer Wahrnehmung zuverlässig beurteilt werden könne, der Schriftverkehr gegenüber dem Telefonkontakt als vorzuzugswürdig dar. Die vom Berufungsgericht angeführten Vorteile mögen für den angesprochenen Kunden Anlass sein, sich vor dem endgültigen Geschäftsabschluss ein schriftliches Angebot vorlegen zu lassen. Sie schließen aber nicht aus, dass ein die Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses rechtfertigendes sachliches Interesse gegeben ist, auch telefonisch nach einem Zusatzeintrag im Teilnehmerverzeichnis befragt zu werden.

bb) Von einem mutmaßlichen Einverständnis auch an dem telefonischen Angebot von Zusätzen und Erweiterungen des Standardeintrags ist bei Würdigung der Umstände des vorliegenden Falles auszugehen, weil die Werbemaßnahme in Verbindung mit einem Anruf zur Überprüfung der Daten des Standardeintrags für einen Neudruck der Teilnehmerverzeichnisse erfolgt. Es handelt sich bei dem Gegenstand der Werbung um eine sinnvolle und erfahrungsgemäß von den Gewerbetreibenden häufig werblich genutzte Ergänzung des Standardeintrags. Wegen des Anlasses des Telefonanrufs sind der Werbemaßnahme auch zeitliche Grenzen gesetzt (Überprüfung des Standardeintrags für die in der Regel einmal jährliche Herausgabe der Teilnehmerverzeichnisse).

Das geringe Maß an Belästigung durch eine solche Werbemaßnahme, bei der eine Nachahmung durch Dritte zudem nicht zu befürchten ist, rechtfertigt die Annahme, der anzurufende Gewerbetreibende sei wegen des zu vermutenden Interesses an einer Erweiterung oder andersartigen Gestaltung bei Gelegenheit der telefonischen Überprüfung des Standardeintrags für einen Neudruck auch mit einem (telefonischen) Angebot einer solchen Änderung des Eintrags einverstanden.

b) Auf der Grundlage des unstreitigen Parteivorbringens und der - nicht angegriffenen - Feststellungen des Berufungsgerichts ist somit von einem mutmaßlichen Einverständnis der anzurufenden Gewerbetreibenden mit der beanstandeten Werbemaßnahme auszugehen. Ein Verstoß gegen § 1 UWG ist folglich nicht gegeben.

III. Danach ist das angefochtene Urteil auf die Revision der Beklagten aufzuheben und die Klage unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils mit der Kostenfolge des § 91 Abs. 1 ZPO abzuweisen.

Ullmann Pokrant Büscher

Schaffert Bergmann