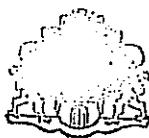
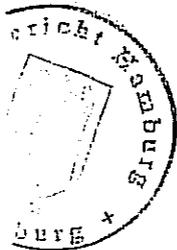


**Dieses Urteil ist nicht
rechtskräftig, da Berufung
eingelegt wurde.**



Landgericht Hamburg

URTEIL

Im Namen des Volkes

Geschäfts-Nr. :
327 O 269/09

Verkündet am:
15.10.2009

In der Sache

Rueß, Jufa,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Verein für lautereren Wettbewerb e.V.,
vertreten durch den Vorstand,
Bei den Neuen Krahn 2, 20457 Hamburg

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte

Rechtsanwälte Dr. Kreye & Kreye,
Colonnaden 104, 20354 Hamburg,
Gz.: 00120/09ff/su, GK.: 645

gegen

Karina Köver
handelnd unter der Bezeichnung "Fitness Treff City Süd",

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigter

Rechtsanwalt Michael Tauck,
Waterblöcken 13, 22143 Hamburg,
GK.: 29

erkennt das Landgericht Hamburg, Zivilkammer 27 ,
auf die mündliche Verhandlung vom 24.9.2009
durch
den Vorsitzenden Richter am Landgericht M. Schmidt,
den Richter am Landgericht Weihrauch,
die Richterin am Amtsgericht Dr. S. Franke

für Recht:



- I. Die Beklagte wird verurteilt,
 1. es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 250.000,00 €; Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre)
zu unterlassen,
Verbraucher unaufgefordert und ohne dass hierzu zuvor eine Einwilligung erteilt wurde, telefonisch zu kontaktieren bzw. kontaktieren zu lassen, um diesen Dienstleistungen im Zusammenhang mit einem Fitness-Center anzudienen,
 2. an den Kläger € 5.559,40 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.4.2009 zu zahlen.
- II. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, zu Ziffer I.1 jedoch nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von € 20.000,-, zu Ziffer I.2 gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

Tatbestand:

Der Kläger nimmt die Beklagte unter dem Gesichtspunkt der belästigenden Telefonwerbung auf Unterlassung, Zahlung einer Vertragsstrafe sowie Erstattung außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten in Anspruch.

Bei dem Kläger handelt es sich um eine Vereinigung zur Förderung gewerblicher Belange, zu dem u. a. der Deutsche Sportstudioverband e. V. sowie die Handelskammer Hamburg zählen.

Die Beklagte betreibt in Hamburg ein Fitnesscenter. Am 10.2.2009 wurde die Zeugin Suwareh von einer Mitarbeiterin der Beklagten auf ihrem privaten Telefonanschluss angerufen und gefragt, ob sie Interesse an einem Probetraining habe, was die Zeugin Suwareh bejahte. Nachdem sie auf Anfrage Auskunft über ihr Alter, das Trainingsziel und den Charakter ihrer beruflichen Tätigkeit gegeben hatte, erklärte die Mitarbeiterin der Beklagten, dass die entsprechenden Unterlagen ihr in den nächsten Tagen zugehen würden und sodann ein weiterer Anruf erfolgen werde, um einen Termin für das Probetraining zu vereinbaren. Die Zeugin Suwareh erklärte sich damit einverstanden. Sie ließ sich zum Schein auf diesen Anruf ein, um insbesondere durch die avisierten Unterlagen den Veranlasser dieses Telefonats identifizieren zu können. Einige Tage später gingen die Unterlagen der Beklagten bei der Zeugin Suwareh ein.

Nachdem der Kläger auf diesen Sachverhalt hingewiesen worden war, mahnte er die Beklagte mit dem aus der Anlage K 4 ersichtlichen Schreiben ab und forderte die Beklagte zur Abgabe einer Unterlassungsverpflichtungserklärung auf. In dem Schreiben heißt es u. a.:

„Eine Einwilligung hat Ihnen Frau Suwareh zuvor nicht erteilt. Ihr sind derartige werbliche Anrufe vielmehr lästig. Auf den Anruf hat sie sich nur eingelassen, um durch die erbetene Zusendung von Unterlagen den Anrufer sicher identifizieren zu können.“

Die Beklagte gab darauf am 9.3.2009 die geforderte Unterlassungsverpflichtungserklärung ab, mit welcher sie sich bei Meidung einer Vertragsstrafe von € 5.100,- für jeden Fall der Zuwiderhandlung verpflichtete,

„es zukünftig zu unterlassen, Verbraucher unaufgefordert und ohne das zuvor eine Einwilligung erteilt wurde, telefonisch zu kontaktieren bzw. kontaktieren zu lassen, um diesen Dienstleistungen im Zusammenhang mit einem Fitnesscenter anzudienen.“

Am 24.3.2009 erfolgte ein weiterer Anruf durch eine andere Mitarbeiterin der Beklagten bei der Zeugin Suwareh. Darin sprach diese das erste Telefonat sowie die Übersendung der Unterlagen an. Nachdem die Zeugin Suwareh dies bestätigt hatte, erwiderte sie, sie habe Besuch und „es passe im Augenblick nicht“ und beendete das Gespräch.

Der Kläger ist der Ansicht, es stehe ihm ein Unterlassungsanspruch nach §§ 8, 3, 7 Abs. 2 Ziffer 2 UWG zu. Spätestens durch die Abmahnung vom 5.3.2009 habe die Beklagte

gewusst, dass Frau Suwareh nicht telefonisch mit einer weiteren Anfrage belästigt werden möchte. Der weitere Anruf am 24.3.2009 verstoße deshalb sowohl gegen die Vorschrift des § 7 Abs. 2 Ziffer 2 UWG als auch gegen die Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 9.3.2009. Aus diesem Grunde stehe ihm auch ein Anspruch auf Zahlung der versprochenen Vertragsstrafe von € 5.100,-- sowie ein Anspruch auf Erstattung von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von € 459,40 zu.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, wie erkannt.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Ansicht, der zweite Anruf am 24.3.2009 sei nicht als unzulässige Kaltakquise zu werten, da die Zeugin Suwareh hierzu im vorangegangenen Telefonat eine Einwilligung erteilt habe. Dass dies nur zum Schein erfolgt sei, sei für die Beklagte nicht erkennbar gewesen. Die so erteilte Einwilligung sei auch nicht durch die Abmahnung vom 5.3.2009 widerrufen worden. Der Kläger sei darin nämlich nicht für die Zeugin Suwareh tätig geworden, sondern allein im Rahmen der Verfolgung seiner Vereinsziele. Er habe deshalb auch keine Willenserklärung für die Zeugin abgegeben und hierzu auch keine Vollmacht gehabt. Die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Ziffer 2 UWG lägen deshalb für den zweiten Anruf aufgrund der zuvor erteilten und nicht wirksam widerrufenen Einwilligung nicht vor.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten und zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist begründet. Dem Kläger steht sowohl der geltend gemachte Unterlassungsanspruch (dazu unten I) als auch der Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe (dazu unten II) sowie auf Erstattung von Rechtsverfolgungskosten (dazu unten III) jeweils in der geltend gemachten Höhe zu.

I.

Der zu Ziffer I.1 tenorierte Unterlassungsanspruch steht dem Kläger gegen den Beklagten sowohl gesetzlich aus den §§ 8 Absätze 1 und 3 Ziffer 2, 3, 7 Abs. 1, 2 Ziffer 2 UWG als auch vertraglich aus der von der Beklagten abgegebenen strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 9.3.2009 zu.

1.

Dadurch, dass die Beklagte die Zeugin Suwareh am 24.3.2009 zu Werbezwecken telefonisch hat anrufen lassen, hat sie gegen § 7 Abs. 1, Abs. 2 Ziffer 2 UWG verstoßen. Nach § 7 Abs. 1 UWG liegt eine wettbewerbswidrige unzumutbare Belästigung insbesondere in einer Werbung, wenn erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht. Nach § 7 Abs. 2 Ziffer UWG ist eine solche unzumutbare Belästigung stets dann anzunehmen, wenn eine Werbung mittels eines Telefonats gegenüber einem Verbraucher ohne dessen Einwilligung durchgeführt wird. Dass es sich bei dem Anruf vom 24.3.2009 um eine Werbemaßnahme der Beklagten handelte, die dem Zweck diente, mit der Zeugin einen Termin für ein Probetraining zu vereinbaren, liegt ebenso wie die Verbrauchereigenschaft der Zeugin auf der Hand und steht zwischen den Parteien auch nicht im Streit.

Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Zeugin in diesen Anruf im Rahmen des Telefonats 10.2.2009 eingewilligt habe. Dahinstehen kann dabei, ob eine Einwilligung, die im Zuge eines Telefonats, das als „cold call“ seinerseits in wettbewerbswidriger Weise gegen die Vorschrift des § 7 Abs. 2 Ziffer 2 UWG verstoßen hat, wirksam sein und in der Folge weitere Anrufe rechtfertigen kann. Es besteht nämlich insoweit die Gefahr, dass sich ein Verbraucher von einem psychologisch geschulten Telefonwerber zu entsprechenden Erklärungen verleiten lässt und der Werbende so eine Kommunikationssituation ausnutzt, vor der der Verbraucher durch die wettbewerbsrechtliche Vorschrift gerade geschützt werden soll.

Jedenfalls durfte die Beklagte nach Zugang des Abmahnschreibens vom 5.3.2009 nicht mehr von einer wirksamen Einwilligung der Zeugin Suwareh zu einem weiteren Werbeanruf ausgehen. Eine Einwilligung im Sinne des § 7 Abs. 2 Ziffer UWG stellt eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung dar, für deren Vorliegen den Werbenden die Darlegungs- und Beweislast trifft (vgl. BGH GRUR 2004, 517, 519 – *E-Mail-Werbung*). Sie ist jederzeit und formlos widerruflich und kann auch durch bloßen Zeitablauf erlöschen (vgl. Köhler, in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 7 Rdnr. 136 m. w. Nachw.). Für die Frage der fortbestehenden Wirksamkeit einer Einwilligung kommt es entsprechend dem Sinn und

Zweck der Vorschrift sowie dem systematischen Zusammenhang zwischen § 7 Abs. 2 Ziffer 2 UWG zu § 7 Abs. 1 Satz 2 UWG entscheidend darauf an, ob der Werbende davon ausgehen darf, dass der angesprochene Verbraucher weiterhin Interesse an einem solchen Anruf hat.

Nicht von der Beklagten bestritten worden ist der Vortrag des Klägers, die Zeugin Suwareh habe sich tatsächlich nur zum Schein auf das Telefonat eingelassen und ihr Einverständnis mit einem weiteren Anruf erklärt, um durch die avisierte Zusendung von Unterlagen die Anruferin sicher identifizieren zu können. Soweit die Beklagte jedoch bestreitet, von diesem Vorbehalt Kenntnis gehabt zu haben, fehlt diesem Vortrag für die Zeit nach dem Zugang der Abmahnung vom 5.3.2009, welche Anlass für die von der Beklagten am 9.3.2009 abgegebene strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung gewesen ist, die erforderliche Substanz. In diesem Schreiben des Klägers ist nämlich ausdrücklich und gleich in dessen ersten Absatz ausgeführt worden, der Zeugin Suwareh seien derartige werbliche Anrufe lästig; sie habe sich auf den Anruf nur eingelassen, um durch die erbetene Zusendung von Unterlagen den Anrufer sicher identifizieren zu können.

Dass der Kläger in dem Abmahnschreiben nicht als rechtsgeschäftlicher Vertreter der Zeugin gehandelt hat, ist insoweit ohne Belang, da es allein darauf ankommt, ob dadurch die Kenntnis von dem Vorbehalt der Zeugin in hinreichender Weise der Beklagten vermittelt wird, was vorliegend der Fall ist. Da der Kläger die mitgeteilten Informationen erkennbar nur von der Zeugin Suwareh selbst erhalten haben konnte und Anhaltspunkte dafür, dass dieser deren Angaben verfälscht widergegeben hat, weder von der Beklagten vorgetragen worden noch sonst ersichtlich sind, erhielt die Beklagte durch das Schreiben vom 5.3.2009 unmissverständlich Kenntnis von der tatsächlichen Einstellung der Zeugin zu dem Werbeverhalten der Beklagten. Anzunehmen, dass diese möglicherweise nur ungebetenen Werbeanrufen im Allgemeinen gegolten haben könnte, nicht aber einem konkreten zweiten Telefonkontakt durch die Beklagte, erscheint lebensfremd, da es offensichtlich gerade die konkrete Werbemaßnahme der Beklagten gewesen ist, welche die Zeugin veranlasst hatte, den Kläger zu informieren. Wenn die Beklagte wie vorliegend trotz der durch die Abmahnung vermittelten Kenntnis von deren entgegenstehenden Willen die Zeugin gleichwohl erneut telefonisch kontaktieren lässt, wirbt sie gemäß § 7 Abs. 2 Ziffer 2 UWG ohne deren Einwilligung und obwohl diese im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 2 UWG – für die Beklagte erkennbar – die Werbung nicht wünscht.

Ist es wie vorliegend durch den Anruf am 24.3.2009 zu einem Wettbewerbsverstoß gekommen, streitet eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungs-

gefahr (ständige Rechtsprechung, vgl. Bornkamm, in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 8 UWG, Rdnr. 1.33 m. w. Nachw.). Die Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 9.3.2009 konnte die Wiederholungsgefahr nicht entfallen lassen, da der hier in Rede stehende – zeitlich nachfolgende – Verletzungsfall eine neue Wiederholungsgefahr begründet hat (vgl. Bornkamm a. a. O., Rdnr. 1.45).

2.

Zugleich besteht ein vertraglicher Unterlassungsanspruch des Klägers, da die Beklagte gegen ihr Versprechen vom 9.3.2009, „es zukünftig zu unterlassen, Verbraucher unaufgefordert und ohne das zuvor eine Einwilligung erteilt wurde, telefonisch zu kontaktieren bzw. kontaktieren zu lassen, um diesen Dienstleistungen im Zusammenhang mit einem Fitnesscenter anzudienen“ verstoßen hat. Insoweit kann insbesondere wegen der Frage, weshalb die Beklagte zum Zeitpunkt des zweiten Telefonats am 24.3.2009 nicht von einer wirksamen Einwilligung der Zeugin Suwareh ausgehen durfte, zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vorangegangenen Ausführungen unter I. 1 Bezug genommen werden.

II.

Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe von € 5.100,-- € zu, da diese gegen die strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 9.3.2009 verstoßen hat, indem sie die Zeugin Suwareh am 24.3.2009 zu Werbezwecken telefonisch anrufen ließ (s. o. I). Dies geschah auch in schuldhafter Weise, da sie trotz der unmissverständlichen Mitteilungen in dem Abmahnschreiben vom 9.3.2009 in zumindest grob fahrlässiger Weise die Augen davor verschlossen hat, dass die Zeugin Suwareh keine weitere Werbeanrufe mehr wünscht. Damit hat sie die im Geschäftsverkehr erforderliche Sorgfalt in erheblicher Weise außer Acht gelassen. Die Höhe des Vertragsstrafeanspruchs ergibt sich unmittelbar aus der Verpflichtungserklärung vom 9.3.2009. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 288 Abs. 1, 286 BGB.

III.

Der Anspruch auf Erstattung außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten für das Anwaltschreiben vom 1.4.2009 (Anlage K 6) steht dem Kläger nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag zu (§§ 683, 677, 670 BGB). Weder die in Ansatz gebrachte 1,3-fache Geschäftsgebühr noch der auf der Hand liegende Gegenstandswert von € 5.100,-- für

die Einforderung der Vertragsstrafe sind zu beanstanden. Auch insoweit folgt der Zinsanspruch aus §§ 288 Abs. 1, 286 BGB.

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 Sätze 1 und 2 ZPO.

M. Schmidt

Weihrauch

Dr. Franke

Vorstehende Ausfertigung wird der
KLÄGERIN

zum Zwecke der Zwangsvollstreckung
erteilt. Hamburg, 16.10.09

Rueß, Justizfachangestellter
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle



Ausgefertigt

Rueß, Justizfachange-
stellter, als Urkundsbe-
amter der Geschäftsstelle

