

Unerlaubte Telefonwerbung
Urteil des Landgerichtes Hamburg vom 17.02.2004,
Gesch.-Nr.: 312 O 645/02

Verein für lauterer Wettbewerb e.V. - Kläger -

gegen

Kfm. Johann Peter Boesche - Beklagter -

erkennt das Landgericht Hamburg, Zivilkammer 12 auf die mündliche Verhandlung vom 03.02.2004 durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Sievers, den Richter am Landgericht Dr. Kagelmacher, die Richterin am Landgericht Terschlüssen für Recht:

I.

Der Beklagte wird verurteilt, 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 2 Jahre) zu unterlassen,

gegenüber privaten Endverbrauchern unaufgefordert telefonischen Kontakt aufzunehmen bzw. aufnehmen zu lassen, um den Adressaten zum Kauf von Lotterielosen zu bewegen, es sei denn, es ist zuvor ausdrücklich oder konkludent das Einverständnis erklärt worden.

II.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.

III.

Das Urteil ist –für den Kläger– gegen Sicherheitsleistung in Höhe von €35.000,00 vorläufig vollstreckbar.

und beschließt:

Der Streitwert wird auf €30.000,00 festgesetzt.

Tatbestand

Der Kläger nimmt den Beklagten auf Unterlassung aus Wettbewerbsrecht in Anspruch.

Der Kläger ist –gerichtsbekannt– eine Vereinigung zur Förderung gewerblicher Belange im Sinne von § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG. Zu seinen Mitgliedern zählen insbesondere die Handelskammer Hamburg und der Verband der Lotto- und Totoannahmestellen Schleswig-Holstein e.V. Über die Handelskammer Hamburg gehören dem Kläger sämtliche Lottoannahmestellen in Hamburg an (Anlage K 1).

Der Beklagte ist ein „Lottereeinnehmer“ der Nordwestdeutschen Klassenlotterie (NKL). Die wesentliche Aufgabe der von der NKL beauftragten Lottereeinnehmer ist es, Werbung für den Verkauf von Lotterielosen zu betreiben. Die Lottereeinnehmer verkaufen die Lose der NKL in

deren Namen und für deren Rechnung. Der Spielvertrag kommt unmittelbar zwischen dem Spielteilnehmer und der NKL zustande. Die Lottereeinnehmer sind durch entsprechende Vertriebsverträge an die NKL gebunden. Eigens für den telefonischen Verkauf von Losen hat die NKL Werberichtlinien herausgegeben, die sich u.a. aus den Rundschreiben 2/2002 und 52/1999 bzw. 14/1998 an ihre Mitglieder ergeben. Danach sind sog. „Kaltanrufe“ verboten (Anlagenkonvolut B 1).

Der Beklagte bedient sich für den Vertrieb der Lose der NKL unter anderem diverser Call-Center, die im Wege des Telefonmarketing Kunden für die Teilnahme an den Ausspielungen der NKL werben. Diese Call-Center werden von dem Beklagten beauftragt, ihre Mitarbeiter für die Werbung von NKL-Spielteilnehmern zu schulen und Interessenten telefonisch anzusprechen. Dabei handelt es sich einerseits um firmeneigene Call-Center des Beklagten und andererseits um externe Unternehmen, mit denen zum Teil landjährige Geschäftsbeziehungen bestehen. Sämtliche Call-Center verwenden für die Telefonate das von dem Beklagten zur Verfügung gestellte Adressmaterial. Einige sprechen zusätzlich Interessenten auf Grund eigener Adresslisten an. Das für die jeweilige Ausspielung maßgebliche Adressmaterial wird von dem Beklagten erst dann an die Call-Center versandt, wenn diese die als Anlagen B 2 und B 3 überreichten Erklärungen „Adressnutzungsvereinbarung und Geheimhaltungsverpflichtung“ unterzeichnet an ihn zurück gesandt haben. Darüber hinaus stellt der Beklagte einen entsprechenden Gesprächsleitfaden zur Verfügung (Anlage B 4).

Die 109. Ausspielung der NKL umfasste die Monate Oktober 2002 bis einschließlich März 2003. Im Anschluss wurde ab April 2003 bis September 2003 die 110. Ausspielung der NKL durchgeführt.

Mit Schreiben vom 29. Juli 2002 mahnte der Kläger den Beklagten ab. Zur Begründung führte er aus, dass der Beklagte für die Teilnahme an der Nordwestdeutschen Klassenlotterie unaufgefordert telefonische Werbung betreibe. Dem Adressaten des Telefonanrufs werde zunächst mitgeteilt, er habe an einer Gratisverlosung teilgenommen und es sei nunmehr notwendig, die Daten abzugleichen. Nachdem das geschehen sei, komme der Anrufer alsdann zur Sache. Er biete 4/8-Lose an und erkläre wortreich die Vorzüge einer Lotterieteilnahme. Dieses Verhalten sei grob wettbewerbswidrig im Sinne von § 1 UWG. Es sei nach wie vor unzulässig, Kunden unaufgefordert telefonisch zu akquirieren (Anlage K 2).

Mit Antwortschreiben vom 1. August 2002 bestritt der Beklagte, dass er so genannte „Kaltanrufe“ vorgenommen habe. Er sei deshalb nicht bereit, die verlangten Erklärungen abzugeben (Anlage K 3).

Daraufhin erwirkte der Kläger am 2. August 2002 eine entsprechende einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg (Az.: 312 O 439/02), mit welcher dem Beklagten bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel verboten wurde,

„gegenüber privaten Endverbrauchern unaufgefordert telefonischen Kontakt aufzunehmen bzw. aufnehmen zu lassen, um den Adressaten zum Kauf von Lotterielosen zu bewegen, es sei denn, es ist zuvor ausdrücklich oder konkludent das Einverständnis erklärt worden“.

Diese einstweilige Verfügung wurde dem Beklagten am 7. August 2002 zugestellt (Anlage K 4). Nachfolgend fordert der Kläger den Beklagten mit Schreiben vom 27. September 2002 auf, die einstweilige Verfügung in allen Punkten als endgültige Regelung anzuerkennen (Anlage K 5). Hierzu war der Beklagte jedoch nicht bereit.

Im Anschluss reichte der Kläger am 29. Oktober 2002 Hauptsacheklage beim Landgericht Hamburg ein.

Der Kläger trägt vor, sein Prozessbevollmächtigter sei am frühen Nachmittag des 29. Juli 2002 in der Kanzlei angerufen worden. Den Namen der weiblichen Anruferin habe er sich nicht gemerkt. Bereits zuvor, nämlich am 26. Juli 2002, nach 12.00 Uhr, habe eine Frau „Lamich“ (phonetisch) in gleicher Angelegenheit im Büro des Prozessbevollmächtigten des Klägers angerufen, jedoch vergeblich versucht, ihn zu sprechen.

Am 29. Juli 2002 habe die Anruferin dem Prozessbevollmächtigten des Klägers dann erklärt, dass er an einer Gratisverlosung teilgenommen habe, und sie diesbezüglich Daten abgleichen müsse. Auf den Einwand des Klägervertreters, dass er sich an eine solche Teilnahme nicht erinnern könne, habe sie erklärt, dass dies schon etwas länger her sei. Man sei auf diesem Sektor manchmal etwas langsam. Anschließend seien dann Name, Anschrift und Geburtsdatum des Klägervertreters verglichen und bestätigt worden. Daraufhin habe die Anruferin erklärt, dass sein Los nunmehr in die Trommel zurück könne, und dass sie ihm viel Glück wünsche.

Damit sei das Gespräch jedoch nicht beendet gewesen. Die Anruferin habe nämlich dann die besonderen Vorzüge des aktuellen Losangebots der NKL angepriesen. Für lediglich €70,00 im Monat habe er beste Gewinnchancen. Die garantierte Gewinnchance liege gar bei über 90 %. Das Besondere sei, dass das Los auch dann, wenn es gewonnen habe, nicht aus dem Rennen sei. Es nehme auch an weiteren Verlosungen teil. Schließlich würden auch noch tagtäglich jede Menge Sachgewinne verlost, nämlich Autos etc. und sogar ein Haus in Spanien.

Daraufhin habe der Klägervertreter erklärt, dass dieses Angebot sehr verlockend sei. Er wünsche daher ein diesbezügliches schriftliches Angebot. Die Anruferin habe jedoch erklärt, dass das nicht möglich sei. Er könne jetzt direkt am Telefon abschließen, indem er seine Kontoverbindung nenne. Die Abbuchung werde dann im Lastschriftverfahren erfolgen, wobei er jedoch jederzeit kündigen könne. Er könne auch jederzeit bereits bezahlte Losbeiträge zurückholen.

Daraufhin habe der Klägervertreter gefragt, wer denn der Betreiber sei, ob das die Norddeutsche Klassenlotterie direkt sei. Daraufhin habe ihm die Anruferin gesagt, dass sie für den Beklagten tätig sei. Anschließend habe der Klägervertreter das Gespräch mit dem Hinweis darauf beendet, dass ihm die Bekanntgabe seines Bankkontos auf diese Art und Weise gegen den Strich gehe.

Der Kläger trägt weiter vor, dass sein Prozessvertreter – jedenfalls in jüngster Vergangenheit – nicht an einer Gratisverlosung des Beklagten teilgenommen habe. Er habe auch nie sein Einverständnis für eine Telefonwerbung erklärt. Er pflege zudem nicht, seine Telefonnummer anzugeben. Da er mit seiner privaten Telefonnummer nicht im amtlichen Telefonverzeichnis registriert sei, sondern nur mit seiner Kanzleinummer, müsse der Beklagte bzw. sein Call-Center sich die Telefonnummer über das amtliche Telefonbuch verschafft haben.

Der Kläger ist der Ansicht, dass trotz des Anrufs in der Kanzlei nicht von einer Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden bzw. Freiberuflern auszugehen sei. Der Bezug von Lotterielosen diene ausschließlich privaten Zwecken, so dass die Grundsätze der Telefonwerbung gegenüber privaten Endverbrauchern anzulegen seien.

Der Kläger meint weiter, dass auch ein weiterer – unbestrittener – Werbeanruf, den sein Prozessbevollmächtigter, der Zeuge Faust, am 15. Juli 2003 erhalten habe, zeige, dass der Beklagte sog. „Kaltanrufe“ als Werbemaßnahme verwende. Im Rahmen dieses Werbetelefonats sei ihm von der Firma GFP-Abo Gesellschaft für Produktinformation ein Zeitschriftenabonnement angeboten

worden (Anlage K 6), ohne dass er zuvor sein Einverständnis mit einem solchen Telefonanruf erklärt habe. Inhaber dieser Firma sei der Beklagte, Herr Johann Peter Boesche. Ein Einverständnis ergebe sich auch nicht daraus, dass er zuvor im Rahmen eines Gewinnspiels auf der Bestell- und Teilnahmekarte den in sehr kleiner Schrift gehaltenen Text „Bitte informieren Sie mich auch über weitere Angebote und Gewinn-Möglichkeiten per Telefon (ggf. streichen)“ nicht durchgestrichen habe. Direkt davor, in der gleichen Zeile, habe nämlich das Wort „Telefon“ gestanden, womit er zur Angabe seiner Telefonnummer aufgefordert worden sei. Er habe jedoch keine Telefonnummer angegeben, woraus zu entnehmen gewesen sei, dass er nicht mit Werbeanrufen einverstanden gewesen sei.

Zudem stützt der Kläger seinen Unterlassungsanspruch auf einen weiteren -unbestrittenen – Werbeanruf, der ihn am 28. Oktober 2003 im Büro erreicht hat. Er hatte zuvor kein Einverständnis mit einem solchen Anruf erklärt. Der Anruf erfolgte für die Firma BOESCHE Staatliche Lotterie-Einnahme der SKL und hatte den Vertrieb von SKL-Lotterielosen zum Gegenstand. Der hiesige Beklagte ist auch der Inhaber dieser Lotterie-Einnahme (Anlage K 7 und K 8).

Der Kläger beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für jeden 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 2 Jahre) zu unterlassen, gegenüber privaten Endverbrauchern unaufgefordert telefonischen Kontakt aufzunehmen bzw. aufnehmen zu lassen, um den Adressaten zum Kauf von Lotterielosen zu bewegen, es sei denn, es ist zuvor ausdrücklich oder konkludent das Einverständnis erklärt worden.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte bestreitet das von dem Kläger behauptete Werbetelefonat am 29. Juli 2002, insbesondere dass dieses Telefonat von einem Call-Center des Beklagten oder einem von ihm beauftragten Call-Center geführt worden sei. Es würden grundsätzlich keine sog. „Kaltanrufe“ durchgeführt.

Er ist zudem der Ansicht, dass der Sachvortrag des Klägers hinsichtlich des Werbetelefonats nicht hinreichend substantiiert und damit nicht einlassungsfähig sei. Es fehlten hinreichend konkrete Angaben zum Inhalt und Ablauf des Gesprächs und vor allem der Name der angeblichen Anruferin.

Der Name „Lamich“, den der Kläger als phonetische Wiedergabe benannt habe, sei dem Beklagten nicht geläufig. Eine Nachfrage bei seinen Call-Centern habe ergeben, dass niemand mit diesem oder einem ähnlichen Namen mit der Durchführung der Werbegespräche für den Beklagten an dem besagten Tag, dem 29. Juli 2002, oder sonst irgendwann betraut gewesen sei.

Die Adresse des Prozessbevollmächtigten des Klägers sei nicht in den Adressunterlagen enthalten gewesen, die den Call-Centern für die Durchführung der Werbemaßnahmen für die 109. bzw. 110. Ausspielung der NKL zur Verfügung gestellt worden seien. Eine interne Überprüfung der Datenbestände habe ergeben, dass der Klägervertreter zwar vor Jahren mehrfach Teilnehmer einer von dem Beklagten vermittelten NKL-Ausspielung gewesen sei, seine Daten hätten sich jedoch nicht in den nunmehr verwendeten Unterlagen befunden.

Es bestehe zwar die theoretische Möglichkeit, dass die Daten des Prozessbevollmächtigten des Klägers in den eigenen Adressunterlagen eines derjenigen beauftragten Call-Center enthalten gewesen seien, die nicht ausschließlich das Adressmaterial des Beklagten verwendet hätten. Die Verantwortlichen der betreffenden Call-Center hätten dem Beklagten jedoch versichert, dass dies nicht der Fall sei und ihre Mitarbeiter daher auch nicht die Telefonnummer des Klägervertreters angewählt hätten.

Soweit es Übereinstimmungen zwischen dem Gesprächsleitfaden des Beklagten (Anlage B 4) und dem vom Kläger behaupteten Gesprächsverlauf am 29. Juli 2002 gebe, seien diese darauf zurückzuführen, dass das darin beschriebene Vorgehen in der Branche üblich sei. Es handele sich um Standardaussagen (Anlagenkonvolut B 6). Außerdem müssten sich alle NKL-Lotterieeinnehmer an die Vorgaben der NKL halten.

Der Beklagte trägt weiter vor, dass der Klägervertreter vor Jahren selbst aktiv bei der NKL mitgespielt habe, nämlich in den Jahren 1983 bis 1992. Bei Abschluss des ersten Spielvertrages habe er sein Einverständnis erklärt, zu Zwecken der Bewerbung weiterer Ausspielungen angerufen zu werden. Selbst wenn also die Daten in den Adressunterlagen der vom Beklagten eingeschalteten Call-Center vorhanden gewesen wären, sei dies mit seinem ausdrücklichen Einverständnis geschehen.

Der Beklagte meint, dass nicht auszuschließen sei, dass der behauptete Werbeanruf von einem seiner Konkurrenten initiiert worden sei, um ihn, den Beklagten, zu diskreditieren.

Der Beklagte ist weiter der Ansicht, dass der Kläger nicht aktiv legitimiert sei, denn der behauptete Wettbewerbsverstoß sei nicht geeignet, den Wettbewerb auf dem relevanten Markt wesentlich zu beeinträchtigen. Jedenfalls fehle es an einer Wiederholungsgefahr.

Der Beklagte behauptet im Hinblick auf den weiteren Werbeanruf vom 15. Juli 2003, dass der Prozessbevollmächtigte zuvor sein Einverständnis mit einem Werbetelefonat erklärt habe. Dies sei im Rahmen einer Gewinnspiel- und Bestellaktion erfolgt (Anlage B 7). Das Einverständnis des Prozessbevollmächtigten Faust ergebe sich daraus, dass er auf der Bestell- und Teilnahmekarte den vordruckten Text „Bitte informieren Sie mich auch über weitere Angebote und Gewinn-Möglichkeiten per Telefon (ggf. streichen)“ nicht durchgestrichen habe. Außerdem würden die verschiedenen Firmen des Beklagten, insbesondere deren Datenbestände, streng voneinander getrennt betrieben.

Das Gericht hat Beweis erhoben über die Behauptung des Klägers, sein Prozessbevollmächtigter, der Zeuge Friedhelm Faust, sei am frühen Nachmittag des 29. Juli 2002 (nach 12.00 Uhr) von einer Mitarbeiterin oder einer Beauftragten des Beklagten unaufgefordert in seinem Büro angerufen worden und in ein Werbegespräch bezüglich NKL-Lotterielosen verwickelt worden; bereits zuvor, am 26. Juli 2002 habe eine weibliche Anruferin namens „Lamich“ (phonetisch) vergeblich versucht, ihn in gleicher Angelegenheit im Büro telefonisch zu erreichen, durch Vernehmung des von dem Kläger benannten Zeugen Faust sowie des vom Beklagten gegenbeweislich benannten Zeugen Voß.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zur Akte gereichten Schriftsätze samt Anlagen und die Sitzungsprotokolle vom 25. März und 24. Oktober 2003 sowie 3. Februar 2004 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist begründet.

I.

1. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist aus § 1 UWG begründet.

Nach der Rechtsprechung des BGH 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 GRUR 1989, 753, 754 – Telefonwerbung II; BGH GRUR 1990, 280, 281 – Telefonwerbung III; BGH GRUR 1991, 764, 765 – Telefonwerbung IV). 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 (BGH GRUR 1991, 764, 765 – Telefonwerbung IV).

Vorliegend geht es allerdings nicht um einen Anruf im privaten Haushalt des Prozessbevollmächtigten des Klägers, sondern um einen Werbeanruf in dessen Kanzlei.

Auf die Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich, um die es vorliegend geht, lassen sich die vorgenannten Rechtsprechungsgrundsätze 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 Werbungstreibenden. 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 in wieweit der gewerbliche Anschlussinhaber trotz solcher Beeinträchtigungen bereit ist, telefonische Werbemaßnahmen hinzunehmen mit der Folge, dass die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Werbung zu bejahen ist, wird von dem Grad des Interesses abhängig gemacht, 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.

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 aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden daran vom Anrufer vermutet werden kann (BGH GRUR 1991, 764, 765 – Telefonwerbung IV; OLG Hamburg GRUR 1987, 60; LG Berlin WRP 1973, 548).

Entscheidend ist somit, ob nach den Umständen des Einzelfalls die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Anzurufende den Anruf erwartet oder ihm jedenfalls positiv gegenübersteht. Daran fehlt es hier. Der Erwerb von Lotterielosen hat regelmäßig keinen Bezug zu den geschäftlichen Tätigkeiten eines Rechtsanwalts.

Danach steht die vorliegend beanstandete Werbemaßnahme, mit welcher – trotz fehlenden Einverständnisses – telefonisch gegenüber einem Rechtsanwalt der Vertrieb von Lotterielosen beworben wurde, in keinerlei Zusammenhang mit der anwaltlichen Tätigkeit.

2.

Der Kläger hat auch bewiesen, dass die Beklagte bzw. ihre Beauftragten oder Mitarbeiter in der vom Unterlassungstenor beschriebenen Weise tätig geworden sind.

Der Klägervortrag zu Inhalt und Umständen des Werbetelefonats ist hinreichend substantiiert. Zeitpunkt, Verlauf und Inhalt des Gesprächs sind konkret genannt worden. Der Umstand, dass der Name der Anruferin vom 29. Juli 2002 nicht mehr genannt werden konnte, steht dem nicht entgegen. Aufgrund der Angabe des Zeitraums, in dem der Anruf am 29. Juli 2002 eingegangen ist, konnte die Beklagte entsprechend recherchieren, und ist somit nicht in ihrer Rechtsverteidigung beeinträchtigt worden.

Der Zeuge Faust hat den Klägervortrag vollen Umfangs bestätigt. Er hat detaillierte Angaben zu Inhalt, Zeitpunkt und Verlauf des Telefonats gemacht. Er hat bekundet, dass die Anruferin ausdrücklich erklärt habe, sie sei für den hiesigen Beklagten tätig. Diese glaubhaften Angaben stimmen im Wesentlichen mit der anwaltlichen Versicherung überein, die der Zeuge Faust bereits am 1. August 2003 im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens (Az. 312 O 439/02) gemacht hat. Dabei hat der Zeuge von sich aus und aus der Erinnerung heraus nachvollziehbare Angaben gemacht. Aspekte, die er nicht sicher bekunden konnte, hat er entsprechend kenntlich gemacht. Auf Nachfragen des Gerichts und der Prozessvertreter hat er problemlos Einzelheiten genannt und Präzisierungen vorgenommen.

Seine Angaben stehen im Einklang mit den bei der Akte befindlichen Unterlagen, insbesondere mit dem Gesprächsleitfaden der Beklagten (Anlage B 4). Diese Übereinstimmungen lassen sich nicht allein mit der Branchenüblichkeit solcher Werbetelefonate und damit erklären, dass der Zeuge Faust bereits in der Vergangenheit Lotterie-Lose der NKL bezogen hat.

Aufgrund der unbestrittenen weiteren Werbeanrufe vom 15. Juli 2003 (Anlage K 6) und 28. Oktober 2003 (Anlage K 7 und K 8), welche von Firmen stammen, deren Inhaber bzw. Geschäftsführer der hiesige Beklagte, Herr Johann Peter Boesche, ist, steht zudem fest, dass dieser in seinen Firmen nicht in der erforderlichen Weise für die Einhaltung des Verbots von sog. „Kaltanrufen“ sorgt.

Soweit der Beklagte die Angaben deshalb in Zweifel zieht, weil der Zeuge Faust zwischenzeitlich schriftlich ausgeführt hatte, dass er das Werbetelefonat schon am 26. Juli 2002 geführt habe, greifen seine Bedenken nicht durch. Der Zeuge Faust hat auf entsprechende Nachfragen in der Beweisaufnahme nachvollziehbar erklärt, er sei zwischenzeitlich irrtümlich davon ausgegangen, dass er das Gespräch an einem Freitag angenommen habe. Dies habe sich jedoch bei einer Überprüfung, die er aufgrund des entsprechenden gerichtlichen Hinweises durchgeführt habe, als falsch erwiesen. Er sei sicher, dass ihn das Werbetelefonat, wie bereits in der Klage angegeben, am 29. Juli 2002, erreicht habe.

Die Angaben des Zeugen Faust sind auch nicht durch die glaubhafte Aussage des glaubwürdigen Zeugen Voß erschüttert worden. Der Zeuge Voß konnte nur zu einem Teil der beim Beklagten und seinen externen Call-Centern im Juli 2002 verwendeten Adressdatenbanken Angaben machen. So konnte er die damals vom Beklagten gemieteten Daten und die von den externen Call-Centern verwendeten eigenen Adressdatenbanken nicht einsehen. Der Umstand, dass der Zeuge Voß die Adressdaten des Zeugen Faust weder im Datenbestand der aktiven, noch der inaktiven Spieler finden konnte, belegt daher nicht, dass die Adressdaten des Zeugen Faust im Juli 2002 nicht vorhanden waren und benutzt werden konnten.

Soweit der Beklagte meint, der Werbeanruf könne von einem seiner Wettbewerber stammen und sei zu dem Zweck erfolgt, dem Beklagten zu schaden, bewegt er sich im Bereich bloßer Vermutungen, die nicht geeignet sind, die glaubhaften Angaben des Zeugen Faust zu erschüttern.

3.

Entgegen der Ansicht des Beklagten liegt eine Einwilligung des Zeugen Faust in die telefonische Kontaktaufnahme zu Werbezwecken nicht vor.

Dass eine solche Einwilligung im Rahmen der früheren Lotterieteilnahme (1983-1992) des Zeugen Faust erfolgt wäre, ist nicht substantiiert vorgetragen worden. Zudem kann aufgrund des zwischenzeitlich erfolgten Zeitablaufs aus diesem Umstand auch kein vermutetes Einverständnis des Zeugen Faust mehr abgeleitet werden (vgl. KG WRP 1988, 304).

Aus der als Anlage B 7 vorgelegten Bestell- und Gewinnspielteilnahmekarte ist ein solches Einverständnis ebenfalls nicht zu entnehmen. Das ergibt sich unmissverständlich aus dem Umstand, dass der Zeuge Faust die Zeile, in der die Telefonnummer der Teilnehmer mit der Angabe „Telefon“ abgefragt wurde, nicht ausgefüllt hat. Zwar hat der Zeuge die im unmittelbaren Anschluss befindliche Angabe:

„Bitte informieren Sie mich auch über weitere Angebote und Gewinn-Möglichkeiten per Telefon (ggf. streichen)“

nicht durchgestrichen, doch belegt dies nicht sein Einverständnis. Zum einen ist die verwendete Druckschrift so klein, dass der Hinweis kaum lesbar, und damit unwirksam ist. Zum anderen ist eine formularmäßige Einverständniserklärung zur Telefonwerbung unwirksam, weil sie eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 BGB n.F. bzw. § 9 AGBG a.F. darstellt (BGH MMR 1999, 477 ff. – Formularmäßige Einverständniserklärung zur Telefonwerbung). Zudem bezieht sich ein etwaiges Einverständnis nach dem Wortlaut der Erklärung allenfalls darauf, von dem Adressaten der Bestell- und Gewinnspielaktion, d.h. der Firma Spar-Mix Verbraucher-Service in Filderstadt informiert zu werden (Anlage B 7).