

Die Probleme des Direktvertriebs

insbesondere von Telefon- und Stromverträgen

- Von Dr. Jan-Felix Isele, Rechtsanwalt/Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz, c/o DANCKELMANN UND KERST Rechtsanwälte Notare, Frankfurt am Main

Der Direktvertrieb ist die wohl effizienteste Methode der Kundengewinnung. Schließlich ermöglicht die unmittelbare Ansprache potentieller Kunden, sofort einen Vertrag zustande zu bringen. Für den Unternehmer ist dies besonders reizvoll, wenn der vertriebene Vertrag einer Mindestvertragslaufzeit unterliegt. Werden die Vertragsabschlüsse verprovisioniert, besteht zugleich für den Werber der Anreiz, möglichst viele Verträge abzuschließen. Der Direktvertrieb erfreut sich daher schon seit Jahren wachsender Beliebtheit. Und das insbesondere bei der Vermittlung von Telefon- oder Stromverträgen. Hiergegen ist natürlich nichts einzuwenden. Aber nur, solange die wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen eingehalten werden. Diese sind jedoch für den Unternehmer oft nicht leicht zu überblicken. Und zwar sowohl, was die wettbewerbsrechtlichen Anforderungen selbst anbelangt, als auch die mit einem gerichtlichen Verbot einhergehenden Konsequenzen. Der nachfolgende Beitrag soll einen Überblick über die reichhaltigen Erfahrungen des Verfasser der letzten zehn Jahre in diesem Bereich verschaffen. Dargestellt werden dabei zunächst die Zulässigkeitsbedingungen der unterschiedlichen Akquiseformen, sodann die Zulässigkeitsbedingungen bestimmter Werbeaussagen, die erfahrungsgemäss häufig vorkommen (sollen), weiter die Haftung des werbenden Unternehmen und schliesslich die sich bei Nichtbeachtung eines gerichtlichen Verbotes ergebenden Konsequenzen für den Unternehmer.

I. Die unterschiedlichen Formen des Direktvertriebs und ihre Zulässigkeitsvoraussetzen

1. Haustürwerbung

„Der Verkauf an der Haustüre ist eine der am meisten umstrittenen Verkaufstechniken, die im Laufe dieses Jahrhunderts erdacht und entwickelt wurden“ (Generalanwalt Tesauo, EuGHE 1989, 1235, 1240 – „Buet“). In der Tat besitzt der Verkauf an der Haustüre eine lange Tradition. Für die potentiellen Kunden ist er Segen und Fluch zugleich. Segen deshalb, weil er die bequeme Möglichkeit bietet, ein Produkt oder eine Dienstleistung sofort zu erwerben. Fluch dagegen, weil der unvorhergesehene Besuch eines Werbers oftmals eine Situation schafft, in der der Kunde sich überrumpelt und manchmal sogar genötigt fühlt, einen Vertrag abzuschliessen, den er bei reiflicher Überlegung gar nicht gewollt hätte. Durch den unmittelbaren persönlichen Kontakt mit dem Werber ist die „Überrumpelungssituation“ für den Verbraucher etwa im Vergleich zur Telefonwerbung besonders intensiv. Und doch wird

die Haustürwerbung nach wie vor als grundsätzlich zulässig angesehen (BGH GRUR 1994, 380, 382 – „Lexikothek“; BGH GRUR 1994, 818, 819 – „Schriftliche Voranmeldung“). Vertreterbesuche – so insbesondere der BGH – lägen nämlich im Rahmen einer traditionell zulässigen gewerblichen Betätigung. Davon gingen auch die Gewerbeordnung (§ 55 ff. Gewerbeordnung) und die Vorschriften über Haustürgeschäfte (§ 312 Abs. 1 BGB) aus. Dass ein Teil der Bevölkerung diese Werbemethode als belästigend empfinde, spiele für die lauterkeitsrechtliche Bewertung keine Rolle (BGH GRUR 1994, 818, 819 – „Schriftliche Voranmeldung“). Eine abweichende Bewertung würde einen unzulässigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 GG) darstellen. Die mit jedem Besuch im Privatbereich verbundene Störung oder Belästigung reiche allein jedenfalls nicht aus, um ein generelles Verbot dieser Art von Werbung zu rechtfertigen (BGH GRUR 1994, 818, 819 – „Schriftliche Voranmeldung“). Noch im Jahr 2004 hat der BGH daher in einem obiter dictum wiederholt, dass Hausvertreterbesuche „seit jeher als zulässig erachtet worden“ seien (BGH GRUR 2004, 699, 701 – „Ansprechen in der Öffentlichkeit I“).

Dennoch kann – in Ausnahmefällen – der unerbetene Hausbesuch zu Werbezwecken wettbewerbswidrig sein. So kann er eine unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 1 S. 2 UWG darstellen, wenn der Werbende ein erkennbares Verbot des Wohnungsinhabers („Betteln und Hausieren verboten“ oder „Für Vertreter verboten“) missachtet (Landgericht Hamburg WRP 1987, 272). Außerdem handelt ein Haustürwerber unlauter nach § 4 Nr. 1 UWG, wenn er durch sein Vorgehen auf die Entscheidungsfreiheit des Angesprochenen einen unangemessenen und unsachlichen Einfluss nimmt. Das kann durch die Vorbereitung des Hausbesuchs geschehen (vgl. BGH GRUR 1968, 648 – „Farbbildangebot“; BGH GRUR 1971, 320 – „Schlankheitskur“; BGH GRUR 1973, 81 – „Gewinnübermittlung“; BGH GRUR 1976, 32, 33 – „Präsentation“). So zum Beispiel, wenn er unbestellt Waren zusendet und zugleich einen Hausbesuch ankündigt (BGH GRUR 1959, 277, 280 – „Künstlerpostkarten“). Ferner, wenn der Hausbesuch bei den Gewinnern eines Preisausschreibens dazu dienen soll, sie in ein Verkaufsgespräch zu verwickeln (BGH GRUR 1973, 81, 82 – „Gewinnübermittlung“). Weiterhin, wenn die Umworbenen unter Ausnutzung persönlicher (nachbarschaftlicher, freundschaftlicher, beruflicher, verwandtschaftlicher, etc.) Beziehungen zu Hause aufgesucht werden, um sie für ein Produkt zu werben (BGH GRUR 1974, 341, 343 – „Champagne“). Außerdem kann es unlauter nach § 4 Nr. 3 UWG sein, dem Umworbenen zunächst den wahren, kommerziellen Grund des Hausbesuches zu verschweigen, um mit ihm ins Gespräch und zu ihm in die Wohnung zu kommen. So etwa dann, wenn zunächst eine Marktuntersuchung oder Meinungsbefragung vorgetäuscht wird (OLG Stuttgart, WRP 1976, 400). Der bloße Einsatz von Werbekolonnen als solchen allerdings ist nicht unzulässig.

2. Werbestände in der Öffentlichkeit

Das Ansprechen von Werbeständen aus ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich unzulässig, es sei denn, dass der Werber nicht von vornherein als solcher eindeutig zu erkennen ist (BGH GRUR 2004, 699, 700 – „Ansprechen in der Öffentlichkeit I“; BGH GRUR 2005, 443, 445 – „Ansprechen in der Öffentlichkeit II“). Bleiben die Werber in der unmittelbaren Nähe des Werbestandes, reicht aus, wenn der Werbestand als solcher eindeutig erkennbar ist. Das gilt insbesondere dann, wenn die Werber hinter dem (erkennbaren) Werbestand bleiben. Entfernen sie sich jedoch von dem Werbestand und werden sie von den Passanten daher dem Werbestand nicht mehr eindeutig zugeordnet, muss die Kleidung der Werber sie als solche eindeutig erkennen lassen. (Nur) kleine Abzeichen oder ähnliches reichen dafür allerdings nicht aus. Vielmehr muss die Kleidung der

Werber so plakativ sein, dass die Passanten sich vornherein der Ansprache des Werbers durch abweisende Bemerkungen oder Gesten entziehen können (vgl. dazu: *Isele*, GRUR 2008, 1061; OLG Frankfurt am Main GRUR 2008, 353). Doch auch dann, wenn Werbestand und Werber entsprechend deutlich erkennbar sind, kann das Ansprechen in der Öffentlichkeit noch wettbewerbswidrig sein. So etwa, wenn der Werber nachhaltig auf den Angesprochenen einwirkt, etwa ihn mit sich zerrt, am Weitergehen hindert, ihm folgt, ihn trotz abweisender Bemerkungen oder Gesten weiter „bearbeitet“ oder ihn etwa an einem Ort anspricht, an dem ein Ausweichen nur schwer möglich ist, wie zum Beispiel in einer engen Straße oder am Ende einer Rolltreppe (vgl. BGH GRUR 2005, 443, 445 – „Ansprechen in der Öffentlichkeit II“). Werden Passanten jedoch auf Messen oder in Geschäftsräumen angesprochen, ist dies wiederum zulässig. Wer sich auf eine Messe oder in einen Geschäftsraum begibt, rechnet nämlich in der Regel damit, angesprochen zu werden und ist deshalb auch nicht unvorbereitet (vgl. BGH GRUR 1965, 315, 317 – „Werbewagen“; OLG Köln GRUR 2002, 641, 644). Das bloße Verteilen von Werbematerial (Werbezettel, Werbegeschenke) ist – selbst in der Öffentlichkeit – ebenfalls seit jeher wettbewerbsrechtlich unbedenklich, da die angesprochenen Passanten ja gar keinen Vertragsschluss tätigen sollen (BGH GRUR 1994, 339, 340 – „Pinguin-Apotheke“; Landgericht Kiel GRUR 2005, 446, 447).

3. Telefonwerbung

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist Telefonwerbung gegenüber einem Verbraucher nur noch dann zulässig, wenn dieser zuvor „ausdrücklich eingewilligt“ hat. Bei potentiellen Geschäftskunden genügt bereits die „mutmaßliche Einwilligung“.

Liegt eine Einwilligung erst nachträglich vor, etwa wenn der Angerufene den Anruf billigt, nachdem er zu Beginn des Gespräches über die Identität des Anrufers und den geschäftlichen Zweck des Anrufs unterrichtet worden ist, ist dies irrelevant (vgl. BGH GRUR 1989, 753, 754 – „Telefonwerbung II“; BGH GRUR 1994, 380, 381 – „Lexikothek“; GRUR 1995, 220 – „Telefonwerbung IV“; BGH GRUR 2002, 637, 638 – „Werbefinanzierte Telefongespräche“; OLG Köln NJW 2005, 2786). An einer vorherigen Einwilligung fehlt es außerdem, wenn der Werbeanruf zunächst zwar von der Einwilligung gedeckt ist, der Anrufer aber während des Gespräches dann aber zu einer anderen Werbung übergeht, die von der ursprünglichen Einwilligung nicht mehr gedeckt ist.

Damit stellt sich die Frage, wann eine derartige (ausdrückliche) „Einwilligung“ überhaupt vorliegt. Dies ist jedenfalls nicht schon dann der Fall, wenn der Angerufene seine Telefonnummer in Telefon- oder Branchenverzeichnissen (Briefköpfen, Visitenkarten, etc.) angegeben hat (BGH GRUR 1989, 753, 754 – „Telefonwerbung II“; Landgericht Münster WRP 2005, 639). Ebenso wenig, wenn der Teilnehmer eines Gewinnspiels die Telefonnummer zum Zwecke der telefonischen Unterrichtung über einen Gewinn angegeben hat (Landgericht Hamburg MMR 2005, 630) oder wenn in einem Bestellformular die Telefonnummer für Rückfragen in Bezug auf das bestellte Produkt angegeben wurde (OLG Stuttgart WRP 2007, 854). Wurde die Einwilligung beispielsweise anlässlich eines Gewinnspiels vorformuliert, so ist sie jedenfalls dann unwirksam, wenn sie nicht „klar und verständlich ist“. Dies wiederum ist der Fall, wenn der Teilnehmer eines Gewinnspiels gar nicht erkennen kann, von wem und zu welchem Zweck er später angerufen werden könnte. So etwa, wenn nicht erkennbar ist, dass sich die Einwilligung nicht nur auf die Werbung des Vertragspartners im Rahmen des angebahnten konkreten Vertragsverhältnisses beschränkt, sondern auch die Werbung durch ganz andere Unternehmen für ganz andere

Vertragsschlüsse ermöglichen soll (vgl. OLG Hamburg WRP 2009, 1282, 1284 zu der Formulierung „Werbung aus dem Abonnementbereich“ oder BGH GRUR 2000, 818, 820 – „Telefonwerbung VI“ zu der Formulierung „Telefonische Beartung in Geldangelegenheiten“). Unzulässig kann eine Einwilligungsklausel auch dann sein, wenn sie konzernweite Telefonwerbung ermöglichen soll (OLG Köln GRUR-RR 2008, 316, wo eine entsprechende Einwilligungsklausel für „sämtliche Unternehmen des Konzerns EU-AG“ erteilt werden sollte). Weiterhin liegt eine unwirksame Einwilligung vor, wenn der Verbraucher zur Vermeidung von Telefonwerbung einen vorformulierten Passus, mit dem eine Einwilligungserklärung abgegeben wird, aktiv streichen soll. Das liefe nämlich darauf hinaus, dass entgegen dem Gesetz das Schweigen oder die Passivität des Verbrauchers als Zustimmung gewertet würde (Landgericht Hamburg MMR 2005, 630 – „Telefonwerbung nach Teilnahme an einem Gewinnspiel“). Wird eine Einwilligungserklärung in einer „Datenschutzklausel“ versteckt, so ist sie ebenfalls unwirksam. In diesem Falle verstößt sie nämlich gegen das Transparenzgebot von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB (OLG Hamm MMR 2007, 54). Schließlich hat das Landgericht Düsseldorf bereits entschieden, dass der Verbraucher, der an einem Gewinnspiel teilnimmt und der auf der von ihm ausgefüllten Gewinnspielkarte den Textzusatz „Bitte informieren Sie mich auch über weitere Angebote und Gewinnmöglichkeiten per Telefon (ggf. streichen)“ nicht durchgestrichen hat, hiermit kein generelles Einverständnis mit Werbeanrufen erklärt, weil er nicht erkennen konnte, dass derjenige, der die Karte ausgegeben hatte, einen Adresshandel betreibt (MMR 2007, 458). Erst recht ist natürlich dann von einer Einwilligung auch nicht auszugehen, wenn nicht einmal für den Gewinnspielnehmer die Möglichkeit besteht, die Einwilligungserklärung zu streichen. So etwa bei Gewinnspielen im Internet, an denen man nur teilnehmen kann, wenn man sich zugleich mit der Einwilligung in Telefonwerbung einverstanden erklärt. „Ausdrücklich“ ist umgekehrt aber nicht gleichbedeutend mit „schriftlich“. Die Einwilligung kann also auch mündlich erteilt werden. Deshalb kann eine mündliche Einwilligung auch in einem Telefonat erfolgen. Allerdings kann sich diese Einwilligung nur auf nachfolgende Telefonate beziehen, nicht aber auf den Anruf, in dem die Einwilligung erteilt wurde, selbst.

Dies alles gilt im Grundsatz aber nur für Telefonate gegenüber Verbrauchern. Gegenüber Geschäftskunden reicht – wie bereits ausgeführt – die „mutmaßliche“ Einwilligung aus. Dabei ist erforderlich, dass aufgrund konkreter Umstände ein sachliches Interesse des Anzurufenden an dem Anruf durch den Anrufer vermutet werden kann (BGH GRUR 1991, 764, 765 – „Telefonwerbung IV“; BGH GRUR 1995, 220, 221 – „Telefonwerbung V“; BGH GRUR 2001, 1181, 1183 – „Telefonwerbung für Blindenwaren“; BGH GRUR 2004, 520, 521 – „Telefonwerbung für Zusatzeintrag“; BGH GRUR 2008, 189 – „Suchmaschineneintrag“). Weist der Anruf lediglich eine „allgemeine Sachbezogenheit“ auf, reicht dies für eine mutmaßliche Einwilligung nicht aus (BGH GRUR 2001, 1181, 1183 – „Telefonwerbung für Blindenwaren“; BGH GRUR 2007, 607 – „Telefonwerbung für Individualverträge“). Vielmehr ist danach zu fragen, ob ein konkreter, aus dem Interessenbereich des Anzurufenden herzuleitender Grund vorliegt, der die Annahme rechtfertigt, der Angerufene sei sowohl mit dem Inhalt der Werbung (also mit dem Produkt) als auch mit der Art der Werbung (als dem Telefonanruf) einverstanden (BGH GRUR 2004, 520, 521 – „Telefonwerbung für Zusatzeintrag“; BGH GRUR 2008, 189 – „Suchmaschineneintrag“). Mit dem Argument, Telefon- oder Stromverträge braucht jeder Unternehmer, lässt sich also ein mutmaßliches Einverständnis für die telefonische Bewerbung entsprechender Verträge nicht begründen.

Diese – strenge – Rechtsprechung findet ihre Entsprechung in der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im gerichtlichen Verfahren. So muss der Kläger, der dem Beklagten unlautere Telefonwerbung vorwirft, lediglich den Anruf als solchen nachweisen.

Die Beweislast dafür, dass der Anruf zulässig war, kommt dem Beklagten zu. Er trägt also die Beweislast für das Vorliegen einer (ausreichenden) Einwilligungserklärung (BGH GRUR 2004, 517, 519 – „E-Mail-Werbung“).

4. Werbung per Telefax und per E-Mail

Nach § 7 Abs.2 Nr. 3 UWG ist Werbung per Telefax oder per E-Mail (auch gegenüber Geschäftskunden) nur zulässig, wenn eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt. Nach § 7 Abs. 3 UWG gilt dies allerdings (nur) dann nicht, wenn ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen E-Mail-Adresse erhalten hat, der Unternehmer diese Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet, der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und bei Erhebung der E-Mail-Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann (ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen). Eine mutmaßliche Einwilligung reicht also für die Rechtfertigung von Werbung per Telefax oder E-Mail nicht (mehr) aus. Die zu § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG (a. F.) ergangene Rechtsprechung (vgl. etwa BGH GRUR 2008, 925 – „FC Troschenreuth“) ist schlicht überholt.

5. Werbung mittels sog. PostIdent-Verfahrens der Deutschen Post AG

Bei dem PostIdent-Verfahren der Deutschen Post AG hat der Empfänger eines Briefes seine Unterschrift zu leisten. Diese Unterschrift dient aber nicht (wie bei einem bloßen Einschreiben) der bloßen Dokumentation der Empfangnahme. Vielmehr dient sie einem weitergehenden Zweck, der von dem Auftraggeber definiert ist. So besteht mit dem PostIdent-Verfahren für den Absender die einfache Möglichkeit, sich von dem Empfänger einer PostIdent-Sendung eine Unterschrift unter ein weitergehendes Dokument einholen zu lassen. Daher kann sich etwa ein Telekommunikationsanbieter des PostIdent-Verfahrens bedienen, wenn er einem Kunden eine Chip-Karte für sein Mobilfunktelefon zusenden will und die Unterschrift für die Teilnahme am Lastschriftverfahren benötigt. Ebenso kann die Unterschrift bereits die Unterschrift unter einen Telekommunikations- oder Stromvertrag ersetzen.

Dieses Verfahren ist als solches nicht zu beanstanden. Allerdings muss der Empfänger einer derartigen PostIdent-Sendung vor Zustellung jener Sendung deutlich darüber aufgeklärt werden, dass ihm eine PostIdent-Sendung zugestellt wird und dass die Unterschrift eben von den vom Auftraggeber bestimmten Zweck zu leisten sein wird. Das sehen nicht nur die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Post AG vor. Vielmehr stellt es einen Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften dar, wenn der Adressat einer PostIdent-Special-Sendung beispielsweise nicht darüber aufgeklärt wird, dass er mit Empfangnahme und der zu leistenden Unterschrift eine Willenserklärung abgeben soll, die auf das Zustandekommen eines Telefon- oder Stromvertrages gerichtet ist. Anderenfalls muss er nämlich davon ausgehen, dass die Unterschrift lediglich der Empfangsbestätigung dienen soll. Er wird deshalb entsprechend getäuscht. Das verstößt gegen § 5 UWG. Außerdem liegt ein Verstoß gegen § 4 Nr. 10 UWG vor, wenn aufgrund dieser Täuschung versucht wird, den Kunden von einem anderen Anbieter abzuwerben, was ebenfalls im Telekommunikations- und Strombereich regelmäßig der Fall ist. Weiter liegt ein Verstoß gegen § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB in Verbindung mit § 4 Nr. 11 UWG vor. Nach § 312 c Abs.1 S. 1 BGB hat der Unternehmer den Verbrauchern nämlich rechtzeitig vor Abschluss eines

„Fernabsatzvertrages“ klar und verständlich über die Einzelheiten des Vertrages zu informieren. Hierzu zählt insbesondere die Information darüber, wie der Vertrag zustande kommt. Ein derartiger „Fernabsatzvertrag“ im Sinne von § 312 b Abs.1 BGB liegt wiederum immer dann vor, wenn ein Vertrag über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zwischen einem Unternehmen und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen wird. Fernkommunikationsmittel sind nach § 312 b Abs. 2 BGB all diejenigen Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrages zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt werden können. Dazu zählen also auch – was häufig übersehen wird – *Briefe*.

Die mithin erforderliche Aufklärung über die Rechtsnatur der bei der Empfangnahme einer PostIdent-Sendung zu leistenden Unterschrift kann beispielsweise in einem der Zustellung jener Sendung vorausgegangenem (mit Einwilligung des Angerufenen vorgenommenen) Telefonat erfolgen. Da das PostIdent-Verfahren auch heute noch dem Verkehr nicht sonderlich geläufig sein dürfte, muss die Aufklärung darüber, dass bei der Leistung der Unterschrift gegenüber dem Briefträger bereits ein Vertrag zustande kommt, unmissverständlich sein. Werden die Kunden bloß unterrichtet, dass ihnen „ein Antragsformular zur Unterschrift über die Deutsche Post zugestellt wird, damit der Telefonanbieter den Anschluss des Kunden auf sich voreinstellen lassen könne“, ist dies nicht ausreichend. Hier nimmt nämlich der Kunde bloß an, dass er die von ihm geforderte Unterschrift zu einem von ihm zu wählenden Zeitpunkt ggf. nach genauerem Studieren der Unterlagen leisten kann (so OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.08.2004, I-20 U 61/04). Ebenso wenig reicht aus, wenn dem Verbraucher mitgeteilt wird, dass ihm „die Tarifierunterlagen in den nächsten Tagen mit dem PostIdent-Verfahren der Deutschen Post AG übersandt werden“. Hieraus ergibt sich nämlich nichts über die Bedeutung des PostIdent-Verfahrens (Landgericht Berlin, Urteil vom 09.06.2010, 97 O 225/09). Auf die Gestaltung der Unterlagen, die der Kunde bei Empfangnahme der PostIdent-Sendung erhält, kommt es nicht an (Landgericht Berlin, Urteil vom 09.06.2010, 97 O 225/09; Landgericht Flensburg, Urteil vom 06.12.2003, 6 O 93/02; Landgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 14.05.2004, 3-12 O 115/03; Landgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 27.09.2002, 3-11 O 57/02; Landgericht Düsseldorf, Urteil vom 27.10.2004, 34 O 142/03; Landgericht Düsseldorf, Urteil vom 23.01.2004, 38 O 159/03). Zum einen deshalb, weil – nach wie vor – davon auszugehen ist, dass das PostIdent-Verfahren dem durchschnittlich informierten Verbraucher auch heute noch gänzlich unbekannt ist, weshalb der überwiegende Teil der Kunden überhaupt nicht auf die Idee kommen wird, mit der Unterzeichnung gegenüber dem Briefträger einen Vertrag mit einem Dritten abzuschließen. Zum anderen aber auch deshalb, weil sich wenig Kunden die Zeit nehmen werden, an der Haustüre gegenüber dem Briefträger die Unterlagen, und zwar vor der Unterzeichnung, genauestens zu studieren (Landgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 27.09.2002, 3-11 O 57/02). Dies gilt natürlich erst recht, wenn die Gestaltung der Vordrucke wenig übersichtlich sind (Landgericht Berlin, Urteil vom 09.06.2010, 97 O 225/09).

Fehlt es an einer ausreichenden Aufklärung, kann allerdings nicht nur die Versendung der PostIdent-Sendungen ohne vorherige Aufklärung untersagt werden, sondern beispielsweise auch die Weiterleitung der so „gewonnenen“ Verträge an den ehemaligen Telekommunikations- oder Stromanbieter zum Zwecke der Kündigung des diesbezüglichen Vertragsverhältnisses des Empfängers der PostIdent-Sendung. Es ist nämlich (ebenfalls) unlauter, wenn ein Wettbewerber Verträge durchsetzt, die er seinerseits durch unlautere Wettbewerbshandlungen und unter Ausnutzung der Rechtsunkenntnis der Verbraucher

zustande gebracht hat. Dies gilt namentlich auch für die Zusendung von Rechnungen und Mahnungen (BGH GRUR 1994, 126 – „Folhverträge I“; WRP 1995, 3389 – „Folgeverträge II“; WRP 1998, 383 – „Wirtschaftsregister“).

II. Unzulässige Werbeaussagen

1. Täuschung über den Vertragspartner

Ohne weiteres irreführend und damit unzulässig nach § 5 UWG ist es, wenn (sei es am Telefon oder an der Haustüre) über den Vertragspartner getäuscht wird, mit dem der angetragene Vertrag zustande kommen soll. Neben § 5 UWG verstößt ein derartiges Verhalten aber auch gegen Nr. 13 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG (diese Regelung entspricht Nr. 13 des Anhangs I der Richtlinie 2005 / 29 / EG über unlautere Geschäftspraktiken). Danach ist es (ohne Ausnahme) stets wettbewerbswidrig, wenn in der Werbung für eine Ware oder Dienstleistung, die der Ware oder Dienstleistung eines Mitbewerbers ähnlich ist, absichtlich über die betriebliche Herkunft der beworbenen Ware oder Dienstleistung getäuscht wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich der Werber beim Vertrieb von Telefonverträgen unzulässigerweise beispielsweise als „Mitarbeiter der Telekom“ ausgibt. Entsprechendes gilt im Bereich des Vertriebs von Stromverträgen. Also etwa dann, wenn sich der Werber beispielsweise als „Mitarbeiter der Stadtwerke“ ausgibt.

Daran ändert auch nichts, wenn er nachträglich den Verbraucher über den wahren Vertragspartner aufklärt. Unzulässig ist es nämlich bereits, wenn der Kunde mit der irreführenden Bezugnahme auf die „Telekom“ oder die „Stadtwerke“ angelockt wird und sich deshalb überhaupt erst auf ein Gespräch mit dem Werber einlässt (BGH GRUR 1955, 251, 252 – „Silberal“; 1961, 241, 242 – „Socsil“; 1965, 39, 41 – „Ahlborn“; 1970, 425, 426 – „Melitta-Kaffee“; 1981, 71 – „Lübecker Marzipan“; 1988, 841, 842 – „Fachkrankenhaus“; 1990, 1032, 1034 – „Krankengymnastik“; 1991, 769, 771 – „Anzeigenrubrik I“; 1991, 772, 773 – „Anzeigenrubrik II“). Stellt sich ein Werber zu Beginn des Telefongesprächs oder aber an der Haustüre unzutreffenderweise als „Mitarbeiter der Telekom“ oder aber als „Angestellter der Stadtwerke“ vor, ist in materiell-rechtlicher Hinsicht deshalb schlicht irrelevant, wenn dem angesprochenen Kunden im nachfolgenden Gespräch deutlich gemacht wird, dass der Werber *doch* nicht „von der Telekom“ oder aber „von den Stadtwerken“ anruft bzw. kommt. Ebenso irrelevant ist, wenn dem Kunden bei der Haustürakquise nachträglich Werbe- oder Vertragsunterlagen ausgehändigt werden, die den wahren Vertragspartner erkennen lassen oder gar erst bei Unterzeichnung der (auf den ersten Blick „neutralen“) Vertragsunterlagen ein weiteres Schriftstück vorgelegt wird, mit dem der Kunde durch seine Unterschrift dokumentieren soll, dass der Werber sich *nicht* als „Mitarbeiter der Telekom“ oder aber als „Mitarbeiter der Stadtwerke“ vorgestellt haben soll. Bedeutung können derartige Bestätigungen allerdings in einem wettbewerbsrechtlichen Gerichtsverfahren erlangen. Dann nämlich, wenn dem beklagten Unternehmen vorgeworfen wird, sein Werber habe sich zu Beginn des Kundengesprächs entsprechend vorgestellt, und der Beklagte dies in Abrede stellt, muss über die Vorstellung des Werbers Beweis erhoben werden. Dann mag in Zweifelsfällen eine derartige Bestätigung Indizwirkung entfalten können. Die Erfahrung zeigt allerdings, dass die Aussage eines Kunden, der eine entsprechende Vorstellung bestätigt, (allein) durch derartige Bestätigungen nicht erschüttert werden kann, insbesondere wenn der Kunde (auch) glaubhaft versichert, er habe angesichts der unzutreffenden Vorstellung des

Werbers die entsprechenden Formulare oder Bestätigungen vor der Unterzeichnung nicht mehr eingehend geprüft.

Eine etwas andere Spielart der Täuschung über den Vertragspartner stellen Postwurfsendungen dar, die den Eindruck erwecken, sie stammten von dem bisherigen Telefon- oder Stromanbieter, und die den Kunden dazu auffordern, sich telefonisch (angeblich) mit diesem in Verbindung zu setzen, wobei eine Rückrufnummer angegeben wird, bei deren Anwahl der Kunde sodann zu einem ganz anderen Telefon- oder Stromanbieter gelangt. Auch hier kommt es letzten Endes nicht darauf an, ob in dem dann anschließenden Telefonat deutlich wird, dass der Kunde doch nicht seinen „alten“ Telefon- und Stromanbieter, sondern einen Mitbewerber angerufen hat, der nun seine Dienstleistungen an den Mann bringen will (LG Köln, 81 O 20/08). Dessen ungeachtet kann diese Aufforderung zum Rückruf aufgrund der provozierten Irreführung über den Gesprächspartner ausnahmsweise als „umgekehrte Telefonwerbung“ im Sinne von § 7 UWG verboten sein.

Schliesslich gilt entsprechendes, wenn zwar nicht über den Vertragspartner als solchen getäuscht wird, wohl aber über dessen Verhältnis zu einem anderen Anbieter. So etwa dann, wenn der Werber seinen wahren Auftraggeber zwar zu erkennen gibt, zugleich aber behauptet, dieser handle im Auftrag (!) der Telekom oder der Stadtwerke, sei ein Tochter- bzw. Schwesterunternehmen oder beide Anbieter „gehörten zusammen“.

2. Täuschung über das Zustandekommen des Vertrages

Grob wettbewerbswidrig ist ferner, wenn über das Zustandekommen des Vertrages aktiv getäuscht wird. Hier geht es also nicht „nur“ um Fälle, in denen beispielsweise die Aufklärung über die Rechtsnatur der bei einer PostIdent-Sendung zu leistende Unterschrift unterbleibt. Vielmehr sind hier Fälle gemeint, in denen der Werber den Kunden etwa im Rahmen der Haustürakquise aktiv darüber täuscht, dass er mit seiner Unterschrift tatsächlich einen Vertrag unterzeichnet. So etwa, wenn dem Kunden vorgemacht wird, er bestätigt mit seiner Unterschrift nur die vorausgegangene Beratung durch den Werber. Entsprechendes gilt bei der Akquise an einem Werbestand. So etwa, wenn dem Kunden vorgemacht wird, er hätte dort bloß einen Gutschein über Freiminuten gewonnen und müsse diesen Gewinn nunmehr bestätigen. Ob dem Unternehmen, zu dessen Gunsten der Werber tätig war, Entsprechendes verboten werden kann, hängt regelmäßig von dem Ergebnis der Beweisaufnahme in einem anschließenden Gerichtsverfahren ab. Stellt sich dort heraus, dass der Kunde bloß einem entsprechenden Missverständnis unterlegen ist, wird dies zur Klageabweisung führen.

Gelegentlich treten auch Fälle auf, in denen die Kunden erklären, einen Vertrag überhaupt nicht unterschrieben zu haben, aber dennoch entsprechende Auftragsbestätigungsschreiben vom neuen Telefon- bzw. Stromanbieter erhalten zu haben. Trifft dieses Vorbringen zu, weil beispielsweise ein Werber selbst eine Unterschrift unter einen Vertrag gesetzt hat, wird sich dies in einem anschließenden Gerichtsverfahren insbesondere dann ohne weiteres nachweisen lassen, wenn die (angebliche) Unterschrift des Kunden unter den Vertragsunterlagen mit der authentischen Unterschrift des Kunden (etwa im Personalausweis) nicht übereinstimmt oder der Kunde Original-Durchschriften vorlegen kann, die im Gegensatz zu den vom Werber bzw. dessen Unternehmen vorgelegten Original-Unterlagen keine Unterschrift aufweisen. In diesen Fällen wird eine Klage, die etwa darauf gerichtet ist, dem beklagten Unternehmen untersagen zu lassen, an die betroffenen

Kunden entsprechende Auftragsbestätigungen oder an die alten Telekommunikations- oder Stromanbieter entsprechende Kündigungsmittelungen zu versenden, ohne weiteres Erfolg haben. Allerdings muss im Vorfeld feststehen, dass der Kunde mit seiner Unterschrift eben nicht nur *täuschungsbedingt* einen Vertrag abschloss.

Wiederum anders verhält es sich (sieht man von den PostIdent-Fällen ab) bei der reinen Telefonakquise. Die Verträge sollen hier durch eine mündliche Erklärung des angerufenen Kunden zustande gebracht werden. Zu Dokumentationszwecken wird das Einverständnis des Kunden dabei häufig mitgeschnitten. Allerdings betreffen diese Mitschnitte regelmäßig nicht das gesamte Telefonat. Zumeist wird der Kunde zunächst in einem Vorgespräch beraten und dann erst wird der Vertragsschluss durch einen Mitschnitt dokumentiert. Nicht immer dann, wenn dieser Mitschnitt eine auf den Abschluss eines Telefon- oder Stromvertrages gerichtete Willenserklärung des Kunden dokumentiert, ist von dem Zustandekommen eines entsprechenden Vertrages auch ohne weiteres auszugehen. Ein Vertrag kommt nämlich insbesondere dann nicht zustande, wenn der Kunde in dem (nicht aufgezeichneten) Vorgespräch darüber getäuscht wird, dass er nachfolgend einen Vertrag abschließen soll. So etwa dann, wenn dem Kunden erklärt wird, aufgrund des nachfolgenden Gespräches würde er nur Informationsmaterial erhalten (Kammergericht, Urteil vom 27.08.2010, AZ: 5 U 187/08) oder gar, wenn der Kunde während der Tonbandaufzeichnung interveniert, man ihm aber erklärt, er müsse etwa „nur pro forma“ seine Zustimmung erteilen, um eben das angekündigte Informationsmaterial auch wirklich zu erhalten (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.04.2007, AZ: I-20 U 159/06). In diesen Fällen ist nämlich (auch) für den Anrufer klar erkennbar, dass der Kunde trotz des entgegenstehenden Wortlautes tatsächlich keine Willenserklärung abgeben will, die auf einen Vertragsschluss mit dem neuen Telefon- oder Stromanbieter gerichtet ist. Gelingt in einer anschließenden Gerichtsverhandlung der Nachweis, dass das Telefonat so verlaufen ist, wie soeben geschildert, hat also auch eine wegen fehlenden Auftrags erhobene Klage Erfolg (Kammergericht, Urteil vom 27.08.2010, AZ: 5 U 187/08).

Dies gilt umso mehr, wenn der Tonbandmitschnitt vor Gericht gar nicht berücksichtigt werden darf. Das nämlich ist grundsätzlich der Fall, wenn er heimlich, also ohne Einwilligung des angerufenen Kunden, angefertigt worden ist. In diesen Fällen verstößt er nämlich gegen das verfassungsrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 1 Abs. 1 GG des angerufenen Kunden (BVerfG NJW 1992, 815, 816). Dies zieht ein Beweisverwertungsverbot nach sich (BGHZ 153, 165 = NJW m2003, 1123). Das wiederum führt dazu, dass der Inhalt des Mitschnittes nicht als Sachvortrag gewertet und die Tonbandaufzeichnung weder einem Zeugen vorgehalten noch selbst als Beweismittel berücksichtigt werden darf (BVerfGE 34, 245 = NJW 1973, 891; BGH NJW 1988, 1016; OLG Düsseldorf, OLGR 2001, 302). Davon zu trennen ist allerdings der Fall, dass dem beklagten Unternehmen vorgeworfen wird, ein Werber habe am Telefon irreführende Behauptungen gemacht und den Kunden so dazu verleitet, (bewusst) einem Vertragsschluss zuzustimmen. Erfasst der Gesprächsmitschnitt in derartigen Fällen das *gesamte* Telefonat bzw. ergibt er eindeutig, dass der Vorwurf des Klägers falsch ist, also die behaupteten Äußerungen in dem gesamten (mitgeschnittenen) Telefonat *nicht* gefallen sind, kann zum Zwecke der Verteidigung ein solcher Mitschnitt auch dann verwertbar sein, selbst wenn er heimlich, also ohne Einverständnis des Kunden, angefertigt worden ist (OLG Düsseldorf, MMR 2008, 331, mit Anmerkung *Isele*).

3. Sparaussagen

Gerade im Telefon- oder Strommarkt kommt es für den Kunden wesentlich auf die Höhe der in Rede stehenden Tarife an. Deshalb wird häufig mit Sparaussagen geworben. So etwa, dass dem Kunden eine Ersparnis von x % zu seiner Rechnung bei seinem alten Telefon- oder Stromanbieter garantiert wird. Oftmals kann eine derartige Garantie aber gar nicht abgegeben werden, zumal die Höhe der Telefon- oder Stromrechnung von dem individuellen Telefonie- bzw. Verbrauchsverhalten des Kunden abhängt. Erst dann, wenn sichergestellt ist, dass bei jedwedem Telefonie- bzw. Verbrauchsverhalten *stets* eine Ersparnis von x % eintritt, darf also mit einer entsprechenden Garantie („Sie werden x % einsparen“) geworben werden. Anderenfalls wird der Kunde getäuscht, was als Irreführung gegen § 5 UWG und auch noch als irreführender Werbevergleich gegen §§ 5, 6 UWG verstößt. Entsprechendes gilt erst recht, wenn mit einer Mindestersparnis geworben wird („Sie sparen mindestens x %“). Wiederum anders verhält es sich allerdings, wenn mit einer Maximalersparnis geworben wird („Sie sparen bis zu x %“). Ist die Maximalersparnis tatsächlich zu erreichen, so kann eine derartige Werbebehauptung nur ausnahmsweise verboten werden. So zum einen dann, wenn die Maximalersparnis nur bei atypischen – nicht repräsentativen – Telefonie- bzw. Verbrauchsverhalten eintreten kann (also zum Beispiel wenn in Bezug auf Telefonkosten mit einer Ersparnis von „bis zu 30 %“ geworben wird, obwohl im Regelfall nur eine Ersparnis von 5 % eintritt und die Maximalersparnis von 30 % nur für Telefonate in der Zeit von sonntags zwischen 22.00 Uhr und 23.00 Uhr nach Toronto eintritt, vgl. OLG Frankfurt, Urt. vom 28.2.2002, 6 U 235/01). Wird allerdings in der Werbung deutlich darauf hingewiesen, dass die Maximalersparnis nur in diesen Fällen zu erreichen ist, kann die Werbung selbstverständlich wiederum zulässig sein. Zum anderen kann die pauschale Werbung mit einer Maximalersparnis dann unzulässig sein, wenn verschwiegen wird, dass mit dem Wechsel zu dem neuen Telefon- bzw. Stromanbieter in nicht unerheblichem Maße auch *Verteuerungen* einhergehen können (also beispielsweise wenn mit einer pauschalen Ersparnis von „bis zu 30 %“ für Telefonate geworben wird, die auch für Ortsgespräche und reine Ferngespräche realistischer Weise eintreten mag, sich aber Gespräche in den Nahbereich bei Abschluss des entsprechenden Vertrages dagegen um bis zu 30 % verteuern, vgl. OLG Hamm, CR 2008, 296 – „Bis zu 52 % Telefongebühren sparen“; OLG Düsseldorf, Urt. vom 31.10.2006, I-20 U 74/06; OLG Schleswig, Beschl. vom 27.9.2004, 6 U 37/04, OLG Frankfurt, Urt. vom 10.11.2004, 6 U 6/04).

4. Tarifvergleiche

Entsprechendes gilt für (schriftliche und mündliche) Preisgegenüberstellungen. Zwar sind Preisvergleiche nicht bereits als solche grundsätzlich unzulässig. Sie sind jedoch dann irreführend, wenn die Preise eines Mitbewerbers objektiv unrichtig wiedergegeben werden. Unzulässig ist ein Preisvergleich darüber hinaus auch dann, wenn die preisrelevanten Konditionen der Mitbewerber sich nicht nur unwesentlich unterscheiden und auf diese Unterschiede nicht deutlich und unmissverständlich hingewiesen wird. Ferner dann, wenn die verglichenen Tarife nicht unwesentliche, für den Verbraucher nicht ohne weiteres erkennbare Unterschiede aufweisen und der Werbende die Unterschiede nicht deutlich und unmissverständlich hervorhebt (vgl. OLG Frankfurt am Main GRUR-RR 2001, 89; OLG Hamburg GRUR-RR 2003, 219; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2004, 24). Weiter ist ein Tarifvergleich unzulässig, wenn selektiv Tarife gegenübergestellt werden und dies eine Repräsentativität vortäuscht, die tatsächlich nicht gegeben ist (LG Köln, Urt. v. 10.5.2001, 84 O 183/00; LG Frankfurt, Urt. v. 24.5.2002, 3/12 O 62/02; LG Braunschweig, Urt. v. 24.03.2003, 21 O 3073/02 (152)). Ebenso, wenn Durchschnittspreise gebildet und als Tarife

ausgewiesen werden, obwohl die Tarife entsprechende Preise gar nicht vorsehen (OLG Hamburg, NJWE-WettbewR 1999, 278). Irreführend ist ein Preisvergleich schliesslich auch dann, wenn von mehreren Tarifes des Mitbewerbers nur der teurere herangezogen wird und so der Eindruck entsteht, er wäre der einzige Tarif, der mit dem eigenen vergleichbar ist. Deshalb ist beispielsweise der Vergleich von Gebühren für Ferngespräche unlauter, wenn neben den verglichenen Minutenpreisen der Vorteil einer fehlenden Grundgebühr hervorgehoben und dabei ein Mitbewerbertarif mit einer höheren Grundgebühr genannt wird, obwohl es in diesem Bereich einen Tarif dieses Mitbewerbers mit einer niedrigeren Grundgebühr gibt (OLG Hamburg GRUR 2005, 129, 131).

III. Haftung

1. Beauftragte

In Anspruch genommen werden kann bei wettbewerbswidrigem Verhalten von Werbern das Unternehmen, mit dem der Telefon- oder Stromvertrag zustande gekommen werden soll selbst. Nach § 8 Abs. 2 UWG ist der Unterlassungsanspruch nämlich auch dann gegen den Inhaber des Unternehmens begründet, wenn die Zuwiderhandlung von einem Beauftragten begangen wurde. Beauftragter ist dabei jeder, der im oder für das Unternehmen eines anderen aufgrund eines vertraglichen oder anderen Verhältnisses tätig ist. Er muss nur in die betriebliche Organisation eingegliedert sein, so dass der Erfolg seiner Handlung zumindest auch dem Unternehmensinhaber zugute kommt und der Unternehmensinhaber wiederum einen bestimmenden und durchsetzbaren Einfluss auf die beanstandete Tätigkeit ausüben kann (BGH GRUR 1943, 438, 439 – „Fotorabatt“; BGH GRUR 1964, 263, 267 – „Unterkunde“; BGH GRUR 1990, 1039, 1040 – „Anzeigenauftrag“; BGH GRUR 2005, 864, 865 – „Meißner Dekor II“; OLG Köln GRUR-RR 2006, 205, 206; OLG Stuttgart NJW-RR 2009, 913, 916). Deshalb werden insbesondere auch selbständige Handelsvertreter (BGH GRUR 1971, 119, 120 – „Branchenverzeichnis“), Vertragshändler (BGH GRUR 1971, 119, 120 – „Branchenverzeichnis“), und Franchisenehmer (BGH GRUR 1995, 605, 607 – „Franchisenehmer“) als derartige Beauftragte angesehen. Diese wiederum müssen sich ihrerseits das Verhalten ihrer „Beauftragten“ nach § 8 Abs. 2 UWG zurechnen lassen. Das alles führt dazu, dass der Telefon- und Stromanbieter selbst für jeden Werber haftet, der in seinem mehrstufigen Vertrieb im Bereich der Akquise von derartigen telefon- und Stromverträgen tätig ist. Dies gilt auch dann, wenn es sich um einen sog. „Laienwerber“ handelt. Hierunter versteht man den Einsatz von Privatpersonen als Kundenwerber gegen Gewährung einer Werbeprämie (vgl. dazu *Isele*, WRP 2010, 1215).

2. Entlastung ?

Der Unternehmer haftet in diesen Fällen ohne Entlastungsmöglichkeit. Er kann sich also nicht darauf berufen, er habe die Zuwiderhandlung des Werber nicht erkannt oder nicht verhindern können. Insbesondere kann sich ein Unternehmer nicht darauf berufen, er habe dem entsprechenden Werber in dem fraglichen Bereich Entscheidungsfreiheit eingeräumt (vgl. BGH WRP 2000, 1258, 1259 – „Filialleiterfehler“).

3. Nachweis

Diese Haftung des Unternehmers steht regelmäßig fest, wenn es zu einem Vertragsabschluss gekommen ist. Dann allerdings, wenn das Werbegespräch vorzeitig abgebrochen wurde, weil beispielsweise der Kunde an der Haustüre sofort erkannt hat, dass der Werber gar nicht „von der Telekom“ oder aber „von den Stadtwerken“ kommt, fehlen entsprechende Vertragsunterlagen. In diesen Fällen kann anhand von Indizien gleichwohl der Nachweis der Haftung gelingen. So etwa dann, wenn der Werber entsprechende Unterlagen des betreffenden Unternehmens bei sich trug, diesbezügliche Flyer überreichte, Kleidung trug, die das in Rede stehende Unternehmen auswies, etc.. In diesen Fällen besteht der Anscheins- oder Indizienbeweis, dass der Werber, der so ausgestattet war, auch tatsächlich für das erkennbare Unternehmen tätig gewesen ist. Dass ein Dritter ohne irgendwelche geschäftliche Beziehung zu jenem Unternehmen für dieses zum Zwecke der Anwerbung neuer Telefon- oder Stromkunden tätig wird, entspricht nämlich nicht der Lebenserfahrung. Stellt sich das beklagte Unternehmen daher auf den Standpunkt, es habe sich gar nicht um den eigenen Werber gehandelt, der den fraglichen Kunden aufgesucht hat, muss es konkret darlegen und beweisen, worauf sich diese Annahme gründet. Der bloße Hinweis auf angeblich durchgeführte umfangreiche Recherchen, die ergebnislos verlaufen sein sollen, genügt nicht (Beschluss des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 06.09.2001, 1 HK O 5972/00 VH I). Ebenso wenig genügt der Vortrag, dass die von dem Kunden geschilderte Vorgehensweise nicht der üblichen Vorgehensweise bei der Akquisition von Telefon- bzw. Stromverträgen entspricht (Landgericht Magdeburg, Urteil vom 25.04.2005, 7 O 194/05 *010*). Dies gilt umso mehr, wenn das in Rede stehende Verhalten dem beklagten Unternehmen bereits in ähnlichen Konstellationen mehrfach untersagt wurde (vgl. Urteil des Landgerichts Hamburg vom 23.02.2007, 406 O 274/06 und Urteil vom 11.05.2007, 406 O 47/07). Der pauschale Hinweis des beklagten Unternehmens auf „Wilde Werber“ reicht ebenfalls nicht aus (vgl. Urteil des Landgerichts Berlin vom 24.03.2006, 103 O 159/05). Auch hiermit wird das beklagte Telefon- bzw. Stromunternehmen einer Verurteilung nicht entgehen können.

IV. Die Konsequenzen eines gerichtlichen Verbots

1. Die Darlegungs- und Beweislastverteilung im Bestrafungsverfahren

Ist das Telefon- bzw. Stromunternehmen nun gerichtlich zur Unterlassung verpflichtet worden, sei es durch eine in Bestandskraft erwachsene Einstweilige Verfügung, sei es durch ein in Rechtskraft erwachsenes Hauptsachenurteil, so drohen bei Zuwiderhandlung Ordnungsgelder in Höhe von bis zu 250.000,00 Euro. In einem entsprechenden Ordnungsmittelverfahren wird das Verschulden dabei vermutet. Das betroffene Unternehmen muss sich also exkulpieren (OLG Köln, WRP 1981, 546; OLG Zweibrücken, OLGZ 1978, 373). Dazu muss es darlegen, dass es alles Erforderliche und Zumutbare geleistet hat (vgl. OLG Köln, WRP 1981, 546; MD 1986, 852, 854), damit die im Vertrieb der Telefon- bzw. Stromverträge tätigen Werber das untersagte Verhalten nicht (weiterhin) an den Tag legen.

2. Anforderungen im Allgemeinen

Ordnungsmittel können daher insbesondere verhängt werden, wenn das Unternehmen die Mitarbeiter nicht ausreichend zur Einhaltung des verhängten Verbotes aufgefordert oder

ihnen für den Fall der Verletzung keine Sanktionen angedroht hat (OLG Hamburg GRUR 1967, 618; WRP 1966, 106; OLG Hamm WRP 1980, 632; OLG Köln WRP 1981, 546), wenn in dem Unternehmen keine entsprechende Berichterstattung über die Einhaltung des Verbotes verlangt wird (OLG Frankfurt am Main, OLGZ 1989, 479), insbesondere dazu, was in den einzelnen Filialen konkret zur Einhaltung des verhängten Verbotes unternommen wurde (OLG München, WRP 1978, 72) oder aber wenn das Unternehmen seine Mitarbeiter generell und pauschal zur Einhaltung des verhängten Verbotes belehrt und anweist (OLG Bremen WRP 1979, 205, 206).

3. Anforderungen im mehrstufigen Vertrieb

Speziell im mehrstufigen Vertrieb fordert das Landgericht Frankfurt am Main (Beschluss vom 11.04.2003, 3-12 O 62/02) insbesondere, dass die Größenordnungen der in einem Ordnungsmittelverfahren zu verhängenden Sanktionen gegenüber den Vertriebspartnern präzisiert angegeben werden, da sie nur so Eindruck hinterlassen könnten. Außerdem sei von dem Unternehmen zu verlangen, dass es über die erste Stufe, nämlich die unmittelbaren Vertriebsunternehmen, hinaus versucht, Einfluss auf die zweite Stufe, nämlich auf die Werber, zu erlangen. Deshalb müssten die Vertriebspartner aufgefordert werden, die Werber über das erlassene Verbot konkret zu unterrichten. Diese müssten auch dazu aufgefordert werden, ernsthafte und näher bezeichnete Sanktionen gegenüber den einzelnen Werbern anzudrohen. Schließlich müssten die Vertriebsunternehmen dazu aufgefordert werden, mitzuteilen, was letztlich in der zweiten Stufe, nämlich in dem Verhältnis zu den Werbern, zur Umsetzung der Anweisungen geschehen sei. Die Einhaltung des Verbotes sei sodann zu kontrollieren (Beschluss vom 03.05.2002, 3-11 O 135/00). Bloßer pauschaler Vortrag reicht hierzu nicht aus (vgl. Landgericht Köln, Beschluss vom 28.06.2002, AZ 81 O 202/00 SH I). Das Landgericht Halle fordert überdies, dass ein bekannt gewordenes Fehlverhalten sofort zum Anlass genommen wird, erneut gegenüber allen Vertriebsorganisationen zu korrektem Verhalten aufzufordern. Außerdem betont das Landgericht Halle, dass gegenüber den Vertriebspartnern konkrete Vorgaben gemacht werden müssen, wie sie die Werber anweisen, überwachen und wie ggf. entsprechende Sanktionen verhängt und durchgesetzt werden sollen. Insbesondere bedürfe es eines ausdrücklichen Hinweises an den Vertriebspartner, dass bei Verstößen Werber gekündigt und die Kündigung gegenüber dem beauftragenden Unternehmen bestätigt würde (Beschluss vom 24.06.2003, 12 O 56/02). Das entspricht auch der Rechtsauffassung des Landgerichts Hildesheim (Beschluss vom 02.06.2003, AZ 10 O 63/02). Das Landgericht Hannover (Beschluss vom 06.02.2003, AZ 25 O 1240/01) betont, dass die Werber schon im Vorfeld der Akquise so zu schulen und zu überwachen sind, dass die Einhaltung von Unterlassungsverpflichtungen sichergestellt ist. Das OLG München (Beschluss vom 26.08.2004, 6 W 1755/04) fordert gar, dass die Werber durch strafbewehrte Unterlassungserklärungen nachhaltig zur Einhaltung der Unterlassungsgebote anzuhalten sind. Das OLG Saarbrücken stellt klar, dass es nicht ausreicht, wenn Vertriebspartner und Werber lediglich informiert und über die Geltung des Verbotes belehrt werden. Vielmehr müsse eindeutig und ernsthaft klargestellt werden, dass Zuwiderhandlungen ernste Konsequenzen für den jeweiligen Vertriebspartner und Werber wie z. B. Regressmaßnahmen und / oder die Beendigung des bestehenden Vertragsverhältnisses zur Folge haben würden. Die Beachtung von Weisungen sei durch einschlägige Vertragsstrafenvereinbarungen abzusichern. Dessen ungeachtet müssten Hilfspersonen und Vertragspartner fortlaufend überwacht werden (Beschluss vom 01.09.2004, 1 W 136/04-18-). Schließlich fordert auch das OLG Stuttgart (Beschluss vom 07.10.2004, 2 W 38/04), dass bei der Einschaltung von Vertriebsunternehmen grundsätzlich versucht werden muss, unmittelbaren Einfluss auf die Werber zu gewinnen. Mit Blick darauf,

das das belastete Unternehmen in einem Ordnungsmittelverfahren all diese Maßnahmen darlegen und nötigenfalls beweisen muss, empfiehlt sich daher, sämtliche Weisungen und Vorgaben schriftlich vorzunehmen und sich insbesondere den Empfang der entsprechenden Schriftstücke durch die Vertriebsunternehmen und die Werber bestätigen zu lassen (vgl. Landgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 11.04.2003, AZ 3-12 O 20/02).

V. Fazit

Erst wenn all diese Vorgaben eingehalten sind, stellt sich der Direktvertrieb insbesondere von Telefon- und Stromverträgen als Vorteil dar. Im Falle eines wettbewerbsrechtlichen Verbots und eines Bestrafungsverfahrens können dagegen sehr schnell Ordnungsgelder verhängt werden, die die Direktakquise als nicht mehr lohnenswert erscheinen lassen können.

Verfasser:

Dr. Jan-Felix Isele, Rechtsanwalt
Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

DANCKELMANN UND KERST
Rechtsanwälte Notare
Mainzer Landstraße 18
60325 Frankfurt am Main
GERMANY

Telefon: +49 69 920727-0 (Zentrale)
Telefon: +49 69 920727-34 oder -39 (Sekretariat)
Telefax: +49 69 920727-60
E-Mail: ra.dr.isele@danckelmann-kerst.de
Internet: www.danckelmann-kerst.de

Mitglied in der:

**DASV Deutsche Anwalts- und Steuerberatervereinigung
für die mittelständische Wirtschaft e. V.**
Walkerdamm 1
24103 Kiel
Tel.: 0431 – 974 3020
Fax: 0431 – 974 3055
Email: info@mittelstands-anwaelte.de
www.mittelstands-anwaelte.de