

**Titel:**

**Telefonanrufe zu Werbezwecken bei Verbrauchern ohne vorherige Einwilligung**

**Normenketten:**

UWG § 4 Nr. 4, § 7 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2, § 8 Abs. 3 Nr. 1

RL 2002/58/EG Art. 13 Abs. 6 S. 1, Art. 15, Art. 15a

DS-GVO Art. 5 ff.

**Leitsätze:**

1. Ein am Gesetzeswortlaut orientierter Klageantrag, der eine Unterlassung von Werbeanrufen bei Verbrauchern ohne deren vorherige Einwilligung zum Gegenstand hat, kann hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO sein. (Rn. 43 – 44) (red. LS Dirk Büch)
2. Es liegt ein Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO vor, wenn das Gericht den vorgetragenen Sachverhalt in Bezug auf eine Irreführung nicht feststellen kann und einen anderen, nicht geltend gemachten Sachverhalt, der eine Irreführung über andere Tatsachen beinhaltet, der Verurteilung zugrunde legt. (Rn. 46) (red. LS Dirk Büch)
3. Die Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG steht mit dem Unionsrecht in Einklang. (Rn. 53 – 55) (red. LS Dirk Büch)
4. Die Aktivlegitimation eines Mitbewerbers für die Geltendmachung eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist nicht durch Unionsrecht (RL 2002/58/EG oder die DS-GVO) ausgeschlossen. (Rn. 56 – 59) (red. LS Dirk Büch)

**Schlagworte:**

gesetzeswiederholender Unterlassungsantrag, Streitgegenstand, Telefonwerbung, cold call, Irreführung, Aktivlegitimation

**Vorinstanz:**

LG München I, Endurteil vom 27.08.2018 – 4 HK O 12077/17

**Fundstellen:**

BeckRS 2019, 6577

GRUR 2019, 654

LSK 2019, 6577

ZD 2019, 464

**Tenor**

I.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Landgerichts München I vom 27.08.2018, Az. 4 HKO 12077/17, abgeändert wie folgt:

„1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- EUR, an dessen Stelle im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ordnungshaft bis zu sechs Monaten tritt, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall bis zu zwei Jahren, Ordnungshaft zu vollziehen an dem Geschäftsführer der Beklagten, zu unterlassen, Verbraucher durch eigene Vertriebsbeauftragte oder Mitarbeiter zu Werbezwecken anrufen zu lassen, wenn der jeweils angerufene Verbraucher nicht zuvor ausdrücklich hierzu eingewilligt hat, insbesondere wie geschehen am 16.02.2017 durch Anruf bei Herrn S. N.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 821,20 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.09.2017 zu bezahlen.

3. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Auskunft zu erteilen über den Umfang der Handlungen gemäß vorstehender Ziffer zu 1., insbesondere durch Bekanntgabe von Namen und Adressen der jeweils angerufenen Verbraucher sowie des jeweiligen Zeitpunkts der Handlungen.

4. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen denjenigen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die vorstehend zu Ziffer 1. bezeichneten Handlungen entstanden ist und künftig noch entstehen wird.

5. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.“

II.

Im Übrigen wird die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

III.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz haben die Klägerin 53 Prozent und die Beklagte 47 Prozent zu tragen.

IV.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung hinsichtlich Ziffer I. 1. durch Sicherheitsleistung in Höhe von 20.000,- EUR und hinsichtlich Ziffer I. 3. durch Sicherheitsleistung in Höhe 5.000,- EUR abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Hinsichtlich Ziffern I. 2. und III. können die Parteien die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

## **Entscheidungsgründe**

I.

1

Die Klägerin macht gegen die Beklagte wettbewerbsrechtliche Ansprüche auf Unterlassung, Auskunft, Abmahnkostenerstattung und Schadensersatzfeststellung aufgrund angeblicher unerlaubter Telefonanrufe und damit einhergehender Irreführung von Kunden der Klägerin geltend.

2

Bei den Parteien handelt es sich jeweils um Energieversorgungsunternehmen.

3

Die Klägerin behauptet, am 16.02.2017 habe gegen 16.45 Uhr eine Mitarbeiterin oder Vertriebsbeauftragte der Beklagten bei dem Zeugen S.N., einem Kunden der Klägerin, angerufen, ohne dass hierfür eine ausdrückliche Einwilligung des Zeugen bestanden habe und wahrheitswidrig behauptet, man wolle aufgrund eines angeblich von diesem in der Vergangenheit vorgenommenen Stromtarifwechsels nun „die Formalitäten klären“ und „seine Daten abgleichen“, damit er „das Geld zurückbekomme“.

4

Die Klägerin mahnte die Beklagte wegen dieses Sachverhalts mit anwaltlichem Schreiben vom 06.03.2017 ab. Die Beklagte wies die Abmahnung mit anwaltlichen Schreiben vom 13.03.2017 (Anlage K 7) und vom 14.03.2017 (Anlage K 8) zurück.

5

Auf Antrag der Klägerin erließ das Landgericht München I daraufhin mit Beschluss vom 17.03.2017 gegen die Beklagte die in Anlagenkonvolut K 9 wiedergegebene einstweilige Verfügung, deren Tenor dem hiesigen Unterlassungsantrag des Klägers (I.) entspricht und die mit Endurteil vom 24.04.2017 (Az.: 4 HKO 4011/17) bestätigt wurde (Anlage K 10). Die Berufung hiergegen hat der Senat mit Endurteil vom 14.09.2017 (Az.: 6 U 1864/17) zurückgewiesen.

6

Am 13.04.2017 erhielt die Zeugin A. S., ebenfalls eine Kundin der Klägerin, gegen 16.00 Uhr einen Anruf von einem Mitarbeiter bzw. Beauftragten der Beklagten, dessen Inhalt im Einzelnen zwischen den Parteien streitig ist. Nach dem Vortrag der Klägerin soll der Anrufer die Zeugin ohne deren vorherige ausdrückliche Einwilligung angerufen und ihr ein Angebot für einen „Lieferantenwechsel“ gemacht haben, wobei er erklärt habe, dass es sich nicht um einen Anbieterwechsel handele, die Zeugin also weiterhin von „E.“ ihren Strom bekomme. Sodann habe der Anrufer die Daten der Zeugin S. (Zählernummer, Bankverbindung etc.)

abgefragt. Die Zeugin S. wurde daraufhin von der Beklagten zum 30.06.2017 bei der Klägerin abgemeldet (vgl. Anlage K 12) und erhielt eine Auftragsbestätigung der Beklagten vom 18.04.2017 (Anlage K 13).

**7**

Wegen dieses Sachverhalts hat die Klägerin gegen die Beklagte ein Ordnungsmittelverfahren wegen Verstoßes gegen die einstweilige Verfügung vom 17.03.2017 beim Landgericht München I (Az.: 4 HKO 4011/17) angestrengt.

**8**

Das Landgericht hat die Beklagte mit Endurteil vom 27.08.2018 (berichtigt mit Beschluss vom 13.11.2018) verurteilt:

es bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu unterlassen,

a) Verbraucher durch eigene Vertriebsbeauftragte oder Mitarbeiter zu Werbezwecken anrufen zu lassen, wenn der jeweils angerufene Verbraucher nicht zuvor ausdrücklich hierzu eingewilligt hat, insbesondere wie geschehen am 16.02.2017 durch Anruf bei Herrn S.

b) und/oder im Rahmen eines Telefonanrufes Verbrauchern gegenüber, um diese zur Preisgabe von Daten zu veranlassen, wahrheitswidrig zu behaupten oder behaupten zu lassen, man wolle aufgrund eines angeblich von diesem in der Vergangenheit vorgenommenen Stromwechsels „Formalitäten klären“ und deren „Daten abgleichen“, damit diese „das Geld zurückbekommen“, insbesondere wie geschehen am 16.02.2017 durch Anruf bei Herrn S.N.;

an die Klägerin 1.642,40 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.09.2017 zu bezahlen sowie der Klägerin Auskunft zu erteilen über den Umfang der Handlungen gemäß vorstehend Antrag zu I., insbesondere durch Bekanntgabe von Namen und Adressen der jeweils angerufenen Verbraucher sowie des jeweiligen Zeitpunkts der Handlungen und der durch einen Anbieterwechsel des jeweiligen Verbrauchers von der Klägerin an die Beklagte insoweit erzielten Umsätze.

**9**

Weiterhin hat das Landgericht festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen denjenigen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die vorstehend zu Ziffer I. bezeichneten Handlungen entstanden ist und künftig noch entstehen wird.

**10**

Im Übrigen - hinsichtlich darüber hinaus geltend gemachter Abmahnkosten - hat das Landgericht die Klage in Höhe von 434,60 € abgewiesen.

**11**

Zur Begründung hat das Landgericht, auf dessen tatsächliche Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, Folgendes ausgeführt:

**12**

Der zulässigen Klage sei bis auf die Höhe der geltend gemachten Abmahnkosten stattzugeben gewesen, da der Klägerin die geltend gemachten Unterlassungs- und Folgeansprüche aus §§ 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2, 5, 4 Nr. 4, 8 UWG zustünden.

**13**

Die Beklagte habe dadurch, dass die Zeugen N. und S. von ihren Beauftragten angerufen worden seien, um sie bei der Klägerin abzuwerben, ohne dass die Kunden der Klägerin hierzu zuvor ihre Einwilligung erteilt hätten, gegen § 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 UWG verstoßen.

**14**

Die Zeugin S., die in der Folgezeit auch durch Unterlagen nachweisbar von der Beklagten abgeworben worden sei, habe angegeben, sie habe keine Einwilligung erteilt, von der Beklagten angerufen zu werden. Die Zeugin S. habe diese Angaben wie auch den Rest ihrer Angaben nachvollziehbar und glaubwürdig gemacht. Zweifel daran, ob die Zeugin S. nicht vielleicht doch vorher (etwa durch Teilnahme an einem Gewinnspiel oder ähnlichem) eine Einwilligung zur Tätigkeit von Werbeanrufen erteilt habe, bestünden schon deshalb nicht, weil die Beklagte zu keinem Zeitpunkt substantiiert vorgetragen und unter Beweis gestellt habe, dass eine solche Einwilligung vorgelegen habe. Es sei lediglich von der Justitiarin der

Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 15.01.2018 vorgetragen worden, ihrer Kenntnis nach habe die Zeugin S. in den Telefonanruf eingewilligt. Weiter sei seitens der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 18.06.2018 beantragt worden, den Zeugen M. dazu zu vernehmen, ob ein Einverständnis der Zeugin S. vorliege. Eine Einverständniserklärung der Zeugin S. sei jedoch, da sie nicht substantiiert vorgetragen worden sei, nicht Gegenstand des Beweisbeschlusses hinsichtlich der Einvernahme des Zeugen M. gewesen; die Zulassung der Frage hätte deshalb zu einer unzulässigen Ausforschung geführt.

#### **15**

Der Zeuge N. habe angegeben, er sei von einer Dame, die sich als Beauftragte der Fa. M. ausgegeben habe, ohne sein Einverständnis angerufen worden. Auch die Aussage dieses Zeugen sei glaubhaft und widerspruchsfrei, wobei er angegeben habe, die Dame habe bereitwillig den Namen der Firma, für die sie angerufen habe, nämlich M., genannt. Es widerspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass jemand bei einem Werbeanruf den Namen einer Firma nenne, von der er nicht in irgendeiner Weise vorher beauftragt worden sei. Deshalb spreche der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass dieser Telefonanruf von einem Beauftragten der Beklagten durchgeführt worden sei und dieser über § 8 Abs. 2 UWG zuzurechnen sei. Dieser Beweis des ersten Anscheins sei auch nicht durch die Aussage des Zeugen M. widerlegt worden. Dieser habe zwar angegeben, von allen 13 Vertriebspartnern die Listen angefordert und erhalten zu haben, auf denen sich die Namen der angerufenen Kunden befänden und der Zeuge N. sei auf diesen Listen nicht vertreten gewesen. Er habe aber auf Nachfrage des Gerichts auch zugegeben, dass es sein könne, dass einer der 13 Vertriebspartner die Fälle, bei denen er nicht erfolgreich gewesen sei, nicht in die Liste aufgenommen habe. Die Vertriebspartner seien zwar gehalten, den Kunden zu fragen, welche Nummer er auf dem Display sehe und dies dann festzuhalten, so dass es sichergestellt sei, dass keine Fake-ID benutzt worden sei. Es bestehe aber keine Verpflichtung der Vertriebspartner, tatsächlich auch so vorzugehen.

#### **16**

Die Kammer gehe daher weiterhin davon aus, dass es sich bei der Person, die bei dem Zeugen N. unter Benutzung eine Fake-ID angerufen habe, um einen Beauftragten der Beklagten gehandelt habe. Anders sei nicht erklärbar, warum die Anrufende bereitwillig den Namen der Firma, für die sie tätig sei, nämlich M., angegeben habe. Der Zeuge N. habe auch angegeben, dass die Anruferin gesagt habe, sie hätte einen neuen Stromtarif für ihn, mit dem er weiterhin sparen könne, wie bereits einmal in der Vergangenheit bei dem Wechsel des Stromtarifs. Da dies nicht den Tatsachen entsprochen habe, weil die Beklagte gar keinen neuen Stromtarif des ursprünglichen Anbieters, nämlich der Fa. E., anbieten könne, handele es sich hierbei um eine unzulässige Irreführung der Verbraucher im Sinne von § 5 UWG und um eine gezielte Behinderung von Mitbewerbern gemäß § 4 Nr. 4 UWG.

#### **17**

Die oben beschriebenen Verhaltensweisen der Beklagten führten auch zu einem Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 9 UWG, zu deren Vorbereitung sie einen Anspruch auf die geltend gemachten Auskünfte habe.

#### **18**

Der Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten folge aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG, allerdings nur in Höhe der gesetzlichen Gebühren unter Zugrundelegung einer 1,3 Gebühr, da die Kammer eine besondere Schwierigkeit, Bedeutung oder Umfang des Rechtsstreits nicht erkennen könne.

#### **19**

Die Beklagte hat gegen dieses ihr am 30.08.2018 zugestellte Endurteil mit Schriftsatz vom 24.09.2018 Berufung eingelegt (Bl. 95/96 d. A.), die sie nach antragsgemäßer Fristverlängerung (vgl. Bl. 105 d. A.) mit Schriftsatz vom 27.11.2018 (Bl. 117/136 d. A.) begründet hat.

#### **20**

Die Beklagte führt zur Begründung Folgendes aus:

#### **21**

Die Klage sei im Unterlassungsantrag zu Ziff. I. a) unzulässig, weil den Konkretisierungen, eingeleitet durch „insbesondere wie geschehen ...“, keine weiteren Konkretisierungen nachfolgten, die eine Beschreibung derjenigen Anrufe ergäben, die hinausgehend über den Anruf am 16.02.2017 ebenfalls verboten sein sollten. Es sei unklar und daher unbestimmt, welche Verhaltensweisen die Klägerin als Verletzung des

Verbots der in § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG geregelten Telefonwerbung ansehe, wenn hierbei zusätzlich Fälle erfasst werden sollten, die über den beispielhaft genannten Anruf vom 16.02.2017 hinausgingen.

## 22

Hinsichtlich des Unterlassungsgebots gemäß Ziffer I. a) des Urteilstenors fehle der Klägerin die Aktivlegitimation, wozu sich das Erstgericht trotz entsprechenden erstinstanzlichen Vortrags der Beklagten unter Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG nicht geäußert habe. Zumindest seit dem 25.05.2018 stehe fest, dass die in der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG) fundierte Regelung des § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG nur noch gemäß den Art. 77 ff. DS-GVO durchsetzbar sei. Dabei sei zunächst festzustellen, dass die Frage des Verbots der Telefonwerbung nach Lauterkeitsrecht und nach Datenschutzrecht unterschiedliche Streitgegenstände betreffe und daher auch die wettbewerbsrechtlichen Regelungen betreffend die Telefonwerbung parallel neben den datenschutzrechtlichen Regelungen der telefonischen Ansprache stehen könnten, sofern dies Anträge und Sachverhalte ergeben würden. Die Klägerin begehre auf wettbewerbsrechtlicher Grundlage Unterlassung von Telefonwerbung. Die wettbewerbsrechtliche Regelung des § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG gehe über den Regelungsgehalt von Anhang I Nr. 26 der UGP-Richtlinie (2005/29/EG) hinaus, weil sie das Merkmal des „hartnäckigen und unerwünschten Ansprechens über Telefon“ nicht kenne. Die Konsequenz sei eine Unionsrechtswidrigkeit der wettbewerbsrechtlichen Regelung des § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG wegen Nichtumsetzung von Anhang I Nr. 26 der UGP-Richtlinie (mit der Folge von Staatshaftungsansprüchen der Beklagten) bei gleichzeitiger Wirksamkeit der nach wie vor als nationales Recht gültigen Regelung des § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG.

## 23

Auf eine Anspruchsberechtigung nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG könne sich die Klägerin aber nicht berufen, da die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und vielfache Stimmen der juristischen Literatur § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG nicht als wettbewerbsrechtliche Regelung betrachteten. Ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und vielfachen Stimmen der Literatur - die in Übernahme der Gesetzesbegründung BT-Drs. 15/1487 vom 22.08.2003, Seite 21, und BR-Drs. 345/08 vom 22.05.2008, Seite 57, die Regelung des § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG als Ergebnis der Umsetzung der datenschutzrechtlichen Regelung von Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG betrachteten - stelle sich im Hinblick auf die wettbewerbsrechtliche Regelung des § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG die Frage der wettbewerbsrechtlichen Anspruchsberechtigung nicht. Denn das Datenschutzrecht werde für die Zeit bis einschließlich 24.05.2018 gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BDSG a.F. und gemäß §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB analog in Verbindung mit § 4 Abs. 1 BDSG durchgesetzt. Seit 25.05.2018 erfolge die Durchsetzung des Datenschutzrechts nach der Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO), konkret den Art. 77 ff. DSGVO. Unterstelle man diskussionshalber und fälschlich, weil gerichtet gegen den Regelungswortlaut, die Regelungssystematik und gegen Sinn und Zweck von § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG, bei dieser Regelung handele es sich um eine datenschutzrechtliche Bestimmung innerhalb des UWG, sei die sich anknüpfende Frage, ob eine datenschutzrechtliche Bestimmung wie die des § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG wettbewerbsrechtlich durchsetzbar sei, keine Frage, die unter der dieser Überschrift diskutiert werden könne.

## 24

Wegen der Eindeutigkeit der Entscheidung durch die Bundesrepublik Deutschland, Anhang I Nr. 26 der UGP-RL nicht umzusetzen, könne es nicht auf die im juristischen Schrifttum diskutierte Frage ankommen, ob § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG richtlinienkonform im Hinblick auf Anhang I Nr. 26 der UGP-RL auszulegen sei, oder ob ein solches Bemühen an der Eindeutigkeit des Wortlautes von § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG scheitere. Denn eine richtlinienkonforme Auslegung müsse zurücktreten, wenn sich der betreffende Gesetzgeber bewusst gegen die Umsetzung derjenigen Regelung entschieden habe, die Maßstab für die richtlinienkonforme Auslegung sei. Wolle man gleichwohl vorliegend den Unterlassungstitel diskussionshalber und fälschlicherweise richtlinienkonform dahingehend auslegen, dass dieser eine Telefonwerbung verbiete, die „hartnäckig und unerwünscht“ erfolge, habe die Klägerin hinsichtlich der Verwirklichung des Merkmals „hartnäckig und unerwünscht“ im Hinblick auf die Zeugin S. und den Zeugen N. nichts vorgetragen.

## 25

Da es im vorliegenden Fall nicht um die Verarbeitung von Daten, sondern um die behauptete Nutzung der Telefonnummern der Zeugen gehe, sei die DSGVO nicht anwendbar und stelle sich das Problem der fehlenden Anspruchsberechtigung für Mitbewerber aufgrund Art. 77 ff. DSGVO insoweit nicht.

## 26

Die Auffassung des Bundesgerichtshofs und eines großen Teils der juristischen Literatur, wonach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG mit dem Unionsrecht in Einklang stehe, nachdem Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG das in § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG geregelte vorherige Einverständnis in die Telefonwerbung (opt-in-Lösung) legitimiere, stoße auf entscheidende Bedenken. Denn der Bundesgerichtshof beschränke die Aussage des Unionsgesetzgebers betreffend die Nichttangierung von datenschutzrechtlichen Bestimmungen nicht auf die betreffende Regelung und damit nicht auf Anhang I Nr. 26 der UGP-Richtlinie, sondern erweitere sie auf § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG. Aus der Nichttangierung von datenschutzrechtlichen Regelungen betreffend die elektronische Kommunikation folge auch keinesfalls die Nichtanwendung der UGP-Richtlinie. Soweit dem der Bundesgerichtshof mit dem Hinweis begegne, es bleibe für das Merkmal „hartnäckig und unerwünscht“ als Anwendungsbereich diejenige nationale Rechtslage, die sich für das „opt-out“-Modell entschieden habe, sei dies erneut widersprüchlich. Hätte der Unionsgesetzgeber das Merkmal „hartnäckig und unerwünscht“ lediglich auf diejenigen nationalen Rechtslagen, die sich für das „opt-out“-Modell entschieden hätten, beziehen wollen, hätte er solches in einer Regelung zu den aggressiven Geschäftspraktiken zum Ausdruck gebracht, nicht aber im Rahmen von Anhang I Nr. 26 betreffend das Wort „unbeschadet“ geregelt. Im Übrigen wäre es erneut widersprüchlich, für die größere Handlungsspielräume betreffende „opt-out“-Lösung zusätzlich die Erleichterung von Anhang I Nr. 26 vorzusehen, während im Fall der geringere Handlungsspielräume eröffnenden „opt-in“-Lösung die Erleichterung von Anhang I Nr. 26 ausscheiden solle. Zumindest ausgehend vom Wortlaut, der Systematik sowie Sinn und Zweck der betreffenden Überlegungen sei klar, dass der Unionsgesetzgeber für das Datenschutzrecht die strengeren Regelungen des Art. 13 der RL 2002/58/EG weiterhin habe geltend lassen wollen, „unbeschadet“ der Regelung des Anhangs I Nr. 26 der UGP-RL. Der Unionsgesetzgeber habe im Sinn gehabt, Erleichterungen im Bereich des Lauterkeitsrechts zu schaffen, vermittelt des Erfordernisses „hartnäckig und unerwünscht“.

## 27

Betreffend das Merkmal „ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung“ komme es seit 25.05.2018 im Hinblick auf die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen auf datenschutzrechtlicher Grundlage allein auf die DSGVO als abschließende Regelung an und seien Mitbewerber nicht mehr anspruchsberechtigt, angebliche oder tatsächliche Verletzungen von Regelungen zur Telefonwerbung geltend zu machen. Damit könne offen bleiben, ob die Zulässigkeit von Telefonwerbung sich seit dem 25.05.2018 nach der DSGVO bestimme. Denn verträte man die Auffassung, das Merkmal des Einverständnisses bei der Telefonwerbung regele sich seit dem 25.05.2018 nicht nach Art. 6 DSGVO, gelte, dass jedenfalls bereits jetzt die Durchsetzung von Rechten betreffend die Telefonwerbung durch die DSGVO, konkret Art. 77 bis 80 DSGVO, geregelt sei. Danach seien Mitbewerber de lege lata nicht anspruchsberechtigt, angebliche Verletzungen von Regelungen zur Telefonwerbung geltend zu machen. Der Vorrang der Geltung der DSGVO ergebe sich mittelbar aus Art. 95 DSGVO.

## 28

Eine Anspruchsberechtigung der Klägerin würde voraussetzen, dass § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG ausschließlich als wettbewerbsrechtliche Regelung zu verstehen sei, wovon kein Gericht in Deutschland ausgehe. Wäre das Verbot der Telefonwerbung im Datenschutzrecht fundiert - gegen die Befassung mit diesem Gedanken spreche bereits der Streitgegenstand -, fehle es wohl unstrittig an der Anspruchsberechtigung der Klägerin als Mitbewerberin wegen der Nichterwähnung von Mitbewerbern als Begünstigte gemäß Art. 77 bis 80 der DSGVO. Unterstelle man mit der Rechtsprechung und der überwiegenden juristischen Literatur, dass das wettbewerbsrechtlich in § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG geregelte Verbot der Telefonwerbung hinsichtlich des Merkmals der „vorherigen ausdrücklichen Einwilligung“ anhand von Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG legitimiert werde, führe dies dazu, dass auch die Frage der Anspruchsberechtigung sich datenschutzrechtlich definiere mit der weiteren Folge des Fehlens einer derartigen Anspruchsberechtigung in der Person der Klägerin. Denn das datenschutzrechtliche Merkmal „ohne vorheriges Einverständnis“ sei das für die Anwendung von § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG maßgebliche Merkmal, so dass auch die Anspruchsberechtigung von datenschutzrechtlichen Voraussetzungen abhängen müsse. Diese datenschutzrechtliche Abhängigkeit von § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG hinsichtlich der Rechtsdurchsetzung stehe zumindest seit dem Inkrafttreten der DSGVO am 25.05.2018 eindeutig fest.

## 29

Weiterhin habe das Erstgericht das Verbot gemäß Ziff. I. a) des Urteilstenors in nicht zu rechtfertigender Weise auf einen Beweis des ersten Anscheins gestützt. Dass der Beweis des ersten Anscheins vorliegend

nicht in Betracht komme, habe die Beklagte bereits in der Klageerwiderung ausgeführt, worauf das Erstgericht wiederum unter Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG nicht eingegangen sei.

### **30**

Das Verbot gemäß Ziff. I. b) sei unbegründet, weil sich die Aussage des Zeugen S. N., wie im Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 18.06.2018 wiedergegeben, inhaltlich nicht mit dem Verbotstenor decke.

### **31**

Vor diesem Hintergrund seien auch die geltend gemachten Folgeansprüche nicht begründet.

### **32**

Die Beklagte beantragt,

Das Urteil des Landgerichts München I vom 27.08.2018 - 4 HKO 12077/17 - wird aufgehoben; die Klage wird abgewiesen.

### **33**

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

### **34**

Die Klägerin führt hierzu Folgendes aus:

### **35**

Der auf dem Klageantrag 1. a) beruhende Verbotstenor zu I. a) des angegriffenen Urteils sei nicht unbestimmt und damit nicht zu beanstanden. Zunächst sei festzuhalten, dass der Obersatz des Antrags nicht wörtlich aus dem Gesetz entnommen sei, so dass es sich nicht um eine bloße Wiederholung des Gesetzeswortlauts handele. Aber selbst wenn man den Obersatz des Antrags als Wiederholung des Gesetzeswortlauts werten würde, wäre dies unschädlich. So sei nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein den Gesetzeswortlaut wiederholender Antrag ausnahmsweise insbesondere dann zulässig, wenn das Gesetz - wie vorliegend in § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG der Fall - hinreichend eindeutig und konkret gefasst sei. Der Zusatz mit der Bezugnahme auf einen konkreten Beispielsfall (Anruf am 16.02.2017 bei dem Zeugen N.) lasse den Antrag auch nicht unbestimmt werden. Auch wenn dieser Zusatz für sich genommen keine konkrete Verletzungshandlung beschreibe, bekomme er in Kombination mit dem Obersatz durch die Verknüpfung „insbesondere wie geschehen“ einen konkreten Inhalt, welcher eine konkrete Verletzungshandlung als Beispielsfall beschreibe, nämlich den Anruf der Beklagten durch eigene Vertriebsbeauftragte oder Mitarbeiter bei Herrn S. N. am 16.02.2017 zu Werbezwecken ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung. Selbst wenn man - argumentationshalber - zu der Ansicht gelangen würde, dass der Zusatz keine konkrete Verletzungshandlung beschreibe, so wäre dieser dennoch nicht unschädlich, sondern würde gleichwohl sogar noch die Bestimmtheit des Antrages fördern, denn jedenfalls habe die Klägerin durch diesen Zusatz hinreichend deutlich gemacht, dass sie nicht ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts beanspruche, sondern sich mit ihrem Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungshandlung orientiere, was nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einen weiteren Ausnahmefall der Zulässigkeit eines gesetzeswiederholenden Antrages darstelle.

### **36**

Entgegen der Auffassung der Beklagten sei die Klägerin als Mitbewerberin gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG anspruchsberechtigt, den gegenständlichen Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG geltend zu machen. Die Anspruchsberechtigung der Klägerin entfalle auch nicht etwa wegen einer vermeintlichen Europarechtswidrigkeit des Tatbestandes des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, wie der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu entnehmen sei (Urteil vom 10.02.2011, Az.: I ZR 164/09 - Double-opt-in-Verfahren). Konkret in Bezug auf die Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern bei Verstößen gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG habe der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 20.03.2013, Az.: I ZR 209/11, „Telefonwerbung für DSL-Produkte“, zudem entschieden, dass auch Mitbewerber und Verbände Verstöße gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 und Abs. 3 UWG verfolgen könnten. Daran ändere - entgegen der als Randmeinung einzuordnenden - Auffassung der Beklagten auch das Inkrafttreten der DSGVO nichts. Die Argumentation der Beklagten, weil es sich bei der Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG um eine Umsetzung des Art. 13 der RL 2002/58/EG (EK-DSRL) handele, solle sich die Anspruchsberechtigung bei der Durchsetzung von Rechten betreffend

die Telefonwerbung nach Datenschutzrecht und damit - nach deren Inkrafttreten am 25.05.2018 - nach der DSGVO richten, welche keine Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern vorsehe, überzeuge nicht. Zum einen handele es sich bei der Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG um eine lauterkeitsrechtliche Vorschrift. Hierbei sei zu beachten, dass der Bundesgerichtshof die Heranziehung der Richtlinie 2002/58/EG (EK-DSRL) zur Begründung der Europarechtskonformität des Merkmals „ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung“, nicht etwa „aus der Luft gegriffen“ habe. Vielmehr sei der Verweis auf die Richtlinie 2002/58/EG - und damit auch auf deren Artikel 13 Abs. 3 - Bestandteil der Nr. 26 des Anhangs I der UGP-Richtlinie, mit welcher der Unionsgesetzgeber lauterkeitsrechtliche Regelungen getroffen habe. Durch den Verweis des Lauterkeitsrechts auf die Regelung des Art. 13 Abs. 3 EK-DSRL mit der Option, zur Ausgestaltung des nationalen Rechts die Opt-in-Lösung zu wählen, werde diese - für die Zwecke der Ausgestaltung des Lauterkeitsrechts - Bestandteil des Lauterkeitsrechts. Jedenfalls verleihe das Merkmal „ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung“ der Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht in der Weise einen „datenschutzrechtlichen Charakter“, dass eine darauf basierende Rechtsverfolgung sich nach Datenschutzrecht - und entgegen der ausdrücklichen Regelung des § 8 Abs. 3, Abs. 1 UWG nicht nach dem Lauterkeitsrecht - zu richten hätte.

### **37**

Selbst wenn man so weit gehen würde, die Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG - wie nicht - als datenschutzrechtliche Regelung einzustufen, so würde dies nicht dazu führen, dass die DSGVO einer Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern entgegenstünde. Denn die DSGVO enthalte kein abgeschlossenes Sanktionssystem, das die Verfolgung datenschutzrechtlicher Verletzungshandlungen auf lauterkeitsrechtlicher Grundlage durch Mitbewerber ausschließe, wie das OLG Hamburg zutreffend mit Urteil vom 25.10.2018, Az.: 3 U 66/17, entschieden habe. So habe die DSGVO die Frage der Rechtsdurchsetzung zwar detaillierter geregelt als die EK-DSRL, jedoch nicht abschließend und ergebe sich insbesondere aus Art. 80 Abs. 2 DSGVO keine Ausschließlichkeit. Darüber hinaus verkenne die eine Anspruchsberechtigung von Mitbewerbern wegen vermeintlicher abschließender Regelung durch die DSGVO verneinende Ansicht die Gesamtsystematik der DSGVO, wonach die Rechtsdurchsetzung mit Hilfe der Art. 77 ff. DSGVO gerade keine Vollharmonisierung, sondern einen Mindeststandard bieten solle. Weiter sei es angesichts des Ziels der EK-DSRL, ein hohes Datenschutzniveau sicherzustellen, an welchem die DSGVO nichts ändern wolle, nicht sehr naheliegend, anzunehmen, die DSGVO wolle weitere Mechanismen, die der Durchsetzung der Normen der DSGVO dienen - wie wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche - ausschließen.

### **38**

Wenn Mitbewerber demnach bereits bei einer Geltendmachung von lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen wegen „Rechtsbruchs“ (§ 3 a UWG) durch Verletzung einer datenschutzrechtlichen Vorschrift anspruchsberechtigt seien, dann seien sie erst recht anspruchsberechtigt, wenn es sich um einen Anspruch wegen Verletzung einer Verbotsnorm aus dem UWG, nämlich § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, handele - und zwar selbst dann, wenn man dem Argument folgen würde, dass § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG die Umsetzung von Art. 13 der EK-DSRL darstelle.

### **39**

Im Hinblick auf den Unterlassungsantrag zu 1. b) seien die von der Beklagten monierten vermeintlichen Diskrepanzen zwischen der Aussage des Zeugen N. und dem antragsgemäß ausgeurteilten Verbotstenor zu I. b) „weit hergeholt“. Der Zeuge N. habe inhaltlich im Ergebnis das Gleiche ausgesagt, wie seinerzeit in seiner E-Mail vom 16.02.2017 (Anlage AS 4 im einstweiligen Verfügungsverfahren als Bestandteil des Anlagenkonvoluts K 9) und in seiner eidesstattlichen Versicherung vom 01.03.2017 (Anlage K 4). Geringfügige Abweichungen dürften aufgrund der zwischen dem Anruf vom 16.02.2017 und der Vernehmung des Zeugen vom 18.06.2018 vergangenen Zeit bedingt sein.

### **40**

Ergänzend wird auf die von dem Prozessbevollmächtigten eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Sitzungsprotokoll vom 21.03.2019 Bezug genommen.

II.

### **41**

Die gemäß § 511 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige, insbesondere gemäß §§ 519 Abs. 1, Abs. 2, 517 ZPO form- und fristgerecht eingelegte und gemäß § 520 Abs. 2, Abs. 3 ZPO

begründete Berufung der Beklagten hat teilweise Erfolg, soweit sie sich gegen den Unterlassungsantrag zu Ziff. I. b) (wahrheitswidrige Behauptungen gegenüber angerufenen Verbrauchern) und die darauf bezogenen Folgeansprüche (Schadensersatzfeststellung, Auskunftserteilung und anteilige Abmahnkostenerstattung) richtet. In Bezug auf den Unterlassungsantrag zu Ziff. I. a) (unerlaubte Werbeanrufe gegenüber Verbrauchern) und die diesbezüglichen Folgeansprüche hat die Berufung der Beklagten demgegenüber im Wesentlichen (bis auf eine Einschränkung des Auskunftsanspruchs) keinen Erfolg.

A.

#### 42

Die Klageanträge sind zulässig, insbesondere bestehen gegen die hinreichende Bestimmtheit des Unterlassungsantrags zu Ziff. I. a) gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO keine Bedenken.

#### 43

1. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Verbotsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bliebe. Aus diesem Grund sind Unterlassungsanträge, die lediglich den Wortlaut eines Gesetzes wiederholen, grundsätzlich als zu unbestimmt und damit unzulässig anzusehen. Etwas anderes kann dann gelten, wenn entweder bereits der gesetzliche Verbotstatbestand selbst entsprechend eindeutig und konkret gefasst oder der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm durch eine gefestigte Auslegung geklärt ist, sowie auch dann, wenn der Kläger hinreichend deutlich macht, dass er nicht ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts beansprucht, sondern sich mit seinem Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungshandlung orientiert. Die Bejahung der Bestimmtheit setzt in solchen Fällen allerdings grundsätzlich voraus, dass zwischen den Parteien kein Streit besteht, dass das beanstandete Verhalten das fragliche Tatbestandsmerkmal erfüllt. Die Wiedergabe des gesetzlichen Verbotstatbestands in der Antragsformulierung ist auch unschädlich, wenn sich das mit dem nicht hinreichend klaren Antrag Begehrte durch Auslegung unter Heranziehung des Sachvortrags des Klägers eindeutig ergibt und die betreffende tatsächliche Gestaltung zwischen den Parteien nicht infrage steht, sondern sich deren Streit auf die rechtliche Qualifizierung der angegriffenen Verhaltensweise beschränkt. Eine auslegungsbedürftige Antragsformulierung kann im Übrigen hinzunehmen sein, wenn eine weitergehende Konkretisierung nicht möglich und die gewählte Antragsformulierung zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes erforderlich ist (st. Rspr. vgl. BGH GRUR 2017, 422 Rn. 18 - ARD-Buffer; BGH GRUR 2011, 936 Rn. 17 - Double-opt-in-Verfahren; BGH GRUR 2015, 1237 Rn. 13 - Erfolgsprämie für die Kundengewinnung; BGH GRUR 2011, 433 Rn. 10 ff. - Verbotsantrag bei Telefonwerbung, BGH GRUR 2010, 749 Rn. 21 - Erinnerungswerbung im Internet; BGH GRUR 2007, 607 Rn. 16 - Telefonwerbung für „Individualverträge“; BGH GRUR 2008, 532 Rn. 16 - Umsatzsteuerhinweis).

#### 44

2. Nach den vorstehenden von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Maßstäben steht im Streitfall der Bestimmtheit des Unterlassungsantrags zu Ziff. I. a) nicht entgegen, dass dieser mit der Formulierung „...Verbraucher durch eigene Vertriebsbeauftragte oder Mitarbeiter zu Werbezwecken anrufen zu lassen, wenn der jeweils angerufene Verbraucher nicht zuvor ausdrücklich eingewilligt hat, insbesondere wie geschehen...“, die Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG („...bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung...“), zwar nicht wörtlich wiederholt, sich aber an dessen abstrakt gefassten Wortlaut anlehnt. Die Verwendung von im Gesetzestext enthaltener allgemeiner Begriffe in Antrags- und Urteilsformel ist nicht grundsätzlich und generell unzulässig, sondern kann hinnehmbar bzw. im Interesse einer sachgerechten Titulierung zweckmäßig oder geboten sein, wenn - wie im Streitfall - über den Sinngehalt der verwendeten Begriffe kein Zweifel besteht (vgl. BGH GRUR 2017, 422 Rn. 18 - ARD-Buffer; BGH GRUR 2011, 433 Rn. 11 ff. - Verbotsantrag bei Telefonwerbung m.w.N.). Weiterhin wird vorliegend durch den „insbesondere“-Zusatz deutlich, dass die Klägerin nicht ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts beansprucht, sondern sich mit ihrem Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungshandlung orientiert. Dabei verfängt auch der Einwand der Beklagten nicht, aufgrund der Verwendung des Wortes „insbesondere“ sei unklar, auf welche Fälle - über die Konkretisierung betreffend den Anruf am 16.02.2017 hinausgehend - sich das Verbot beziehen solle. Denn mit einem derartigen Antrag soll lediglich auf die konkret beanstandete Verletzungsform

verwiesen werden, in der das Charakteristische des Verbots beispielhaft zum Ausdruck kommt (BGH GRUR 2008, 702 Rn. 26 - Internetversteigerung III; Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Auflage 2019, 12 Rn. 2.46).

B.

#### **45**

In der Sache hat die Berufung der Beklagten insoweit Erfolg, als die vom Landgericht getroffenen Feststellungen den klägerischen Unterlassungsantrag zu Ziffer I. b) nicht tragen. Ebenso wenig stehen der Klägerin die hierauf bezogenen Folgeansprüche zu.

#### **46**

1. Nach den vom Landgericht in tatsächlicher Hinsicht getroffenen Feststellungen, an die der Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden ist, hat der Zeuge N. in seiner Vernehmung vor dem Landgericht angegeben - was auch seitens der Klägerin nicht in Abrede gestellt wird - die Anruferin habe in dem gegenständlichen Telefonat am 16.02.2017 ihm gegenüber gesagt, sie hätte einen neuen Stromtarif für den Zeugen, mit dem er weiterhin sparen könne, wie bereits in der Vergangenheit bei dem Wechsel des Stromtarifes (vgl. LGU Seite 6, erster Abs.; siehe auch Sitzungsprotokoll des Landgerichts vom 18.06.2018, Seite 4, Bl. 79 d. A.). Das Landgericht hat darin eine unzulässige Irreführung im Sinne von § 5 UWG und eine gezielte Behinderung gemäß § 4 Nr. 4 UWG erachtet, da dies nicht den Tatsachen entsprochen habe, weil die Beklagte gar keinen neuen Stromtarif des ursprünglichen Anbieters des Zeugen N., nämlich der klägerischen Firma E., anbieten könne. Dies ist allerdings nicht Gegenstand des Unterlassungsantrags zu Ziff. I. b). Dieser bezieht sich vielmehr darauf, dass im Rahmen eines Telefonanrufes gegenüber Verbrauchern, um diese zur Preisgabe von Daten zu veranlassen, wahrheitswidrig behauptet worden sein sollte, man wolle aufgrund eines angeblich von diesem in der Vergangenheit vorgenommenen Stromwechsels „Formalitäten klären“ und deren „Daten abgleichen“, damit diese „das Geld zurückbekommen“. Kern des beantragten Verbotes war also eine Täuschung des Verbrauchers zum Zwecke der Preisgabe von Daten, indem vorgespiegelt worden sein sollte, dass aufgrund eines bereits in der Vergangenheit vorgenommenen Stromwechsels Daten abgeglichen werden sollten, damit der Verbraucher angeblich Geld zurückbekommen sollte. Der Zeuge N. hat nach den bereits zitierten Feststellungen des Landgerichts (vgl. LGU Seite 6, erster Abs.) und auch ausweislich des Sitzungsprotokolls vom 18.06.2018 (Seite 4, Bl. 79 d. A.) nicht bestätigt, dass ihm gegenüber in dem gegenständlichen Telefonat derartige Behauptungen gefallen wären. Soweit der Zeuge seinerzeit in seiner E-Mail vom 16.02.2017 (Anlage AS 4 im einstweiligen Verfügungsverfahren als Bestandteil des Anlagenkonvoluts K 9) und in seiner eidesstattlichen Versicherung vom 01.03.2017 (Anlage K 4) abweichende Angaben gemacht hat, kommt es wegen des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme maßgeblich darauf an, was der Zeuge im Termin vor dem Landgericht bei seiner Vernehmung angegeben hat. Die Feststellungen des Landgerichts tragen daher den streitgegenständlichen Unterlassungsantrag zu Ziffer I. b) nicht. Soweit das Landgericht in dem durch die Zeugeneinvernahme tatsächlich festgestellten Sachverhalt einen Wettbewerbsverstoß (Irreführung gem. § 5 UWG, Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG) erachtet hat, wäre dies wegen der Bindung des Gerichts an den klägerischen Antrag (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht zu berücksichtigen gewesen.

#### **47**

2. Das Landgericht hat der Klägerin vor diesem Hintergrund auch zu Unrecht den hierauf bezogenen Abmahnkostenerstattungsanspruch gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 UWG im Höhe von 821,20 EUR zugesprochen. Nachdem der Inhalt des gegenständlichen Telefonats von der Klägerin hier zu einem eigenständigen Angriff erhoben wurde, kann die Klägerin von der Beklagten in Höhe des hierauf entfallenden Anteils, der sich nach dem Verhältnis des Gegenstandswerts des berechtigten Teils der Abmahnung zum Gegenstandswert der gesamten Abmahnung bestimmt und hier mit ½ zu bewerten ist, keine Kostenerstattung verlangen (BGH GRUR 2010, 744 Rn. 52 - Sondernewsletter; BGH GRUR 2019, 82, Rn. 38 - Jogginghosen).

#### **48**

3. Auch die auf Handlungen gem. Ziff. I. b) des Unterlassungsantrags bezogenen Folgeansprüche auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten und Auskunftserteilung sind demnach nicht begründet.

C.

## 49

Die Berufung der Beklagten hat im Übrigen überwiegend (bis auf eine Einschränkung im Rahmen des Auskunftsanspruchs) keinen Erfolg. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung gemäß Ziff. I. a) des landgerichtlichen Urteilstenors wie auch die hierauf bezogenen Folgenansprüche auf Abmahnkostenerstattung, Auskunftserteilung (allerdings nicht bzgl. erzielter Umsätze) und Schadensersatzfeststellung zu.

## 50

1. Das Landgericht hat gemäß Ziff. I. a) des erstinstanzlichen Urteilstenors rechtsfehlerfrei einen Unterlassungsanspruch der Klägerin wegen der Beklagten zurechenbarer unerlaubter Telefonwerbung aus §§ 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 1, Abs. 2, 7 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 UWG bejaht.

## 51

a) Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist eine unzumutbare Belästigung durch eine geschäftliche Handlung stets anzunehmen bei einer Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung. Gegen die vom Landgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen, dass die Zeugen N. und S. ohne deren vorherige ausdrückliche Einwilligung zu Werbezwecken angerufen wurden (vgl. LGU Seite 5), wendet sich die Beklagte - welcher die Darlegung- und Beweislast für das Vorliegen der vorherigen ausdrücklichen Einwilligung konkret in der Person des jeweils angerufenen Verbrauchers obliegt (vgl. BGH GRUR 2011, 936, Rn. 30 - Double-opt-in-Verfahren; BGH GRUR 2013, 1259, Rn. 24 - Empfehlungs-E-Mail; BGH GRUR 2004, 517, 519 - E-Mail-Werbung I) - nicht.

## 52

b) Das Landgericht hat weiterhin im Ergebnis zutreffend festgestellt, dass die Klägerin hinsichtlich des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs passivlegitimiert ist. Die streitgegenständlichen Anrufe sind ihr nach den zugrunde liegenden Feststellungen gem. § 8 Abs. 2 UWG zuzurechnen (§ 286 Abs. 1 S. 1 ZPO). Im Termin vor dem Landgericht haben die vernommenen Zeugen S. und N. jeweils beide angegeben, dass die betreffenden Anrufer ihnen gegenüber gesagt hätten, sie seien Mitarbeiter der Firma M. der Beklagten (vgl. Sitzungsprotokoll des Landgerichts vom 18.06.2018, Seite 2 und Seite 4, Bl. 77 und Bl. 78 d. A.). Dass die Zeugin S. von einem Beauftragten der Beklagten angerufen wurde, ist im Übrigen unstrittig. Wie das Landgericht außerdem zu Recht ausgeführt hat (LGU Seite 5, 6. Absatz), widerspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass jemand einen Werbeanruf im Namen einer Firma durchführt, ohne Mitarbeiter oder Beauftragter dieser Firma zu sein, da anderenfalls ein solcher Anruf grundsätzlich keinen Sinn machen würde. Diese Annahme wird weiter gestützt durch die als Anlage K 17 vorgelegte Auskunft der Bundesnetzagentur vom 09.11.2017, wonach bezüglich derjenigen Telefonnummer, die sich der Zeuge N. notiert hatte, zahlreiche Beschwerden von Verbrauchern zu unerlaubten Werbeanrufen eingegangen seien und dabei nach den überwiegenden Angaben der Beschwerdeführer in den Telefongesprächen der Unternehmensname der Beklagten „M.“ genannt worden sei. Nach allgemeiner Lebenserfahrung kann davon ausgegangen werden, dass derartige - zahlreiche - Anrufe von den Mitarbeitern oder Beauftragten desjenigen Unternehmens vorgenommen werden, das von den jeweiligen Anrufern benannt wird und zu Gunsten dessen der Abschluss eines Anbieterwechsels herbeigeführt werden soll. Ein Anlass, weshalb die jeweiligen Anrufer sich in fehlerhafter Weise über ihren Auftraggeber geäußert haben sollten, ist weder ersichtlich, noch von der Beklagten aufgezeigt worden. Die Beklagte hat auch sonst keine hinreichenden Tatsachen dargetan, die eine ernsthafte, ebenfalls in Betracht kommende Möglichkeit eines abweichenden Geschehensablaufs im konkreten Fall nahegelegt hätten, wie vom Landgericht - auf dessen Ausführungen insoweit Bezug genommen wird (vgl. LGU Seite 5, 7. Absatz) - zutreffend festgestellt.

## 53

c) Wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat, steht die Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG mit dem Unionsrecht in Einklang. Der Bundesgerichtshof hat hierzu in dem Urteil „Double-opt-in-Verfahren“ vom 10.02.2011, Az. I ZR 164/09 (GRUR 2011, 936 Rn. 24 ff.), Folgendes ausgeführt:

„Entgegen der Ansicht der Revision steht § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG mit dem Unionsrecht im Einklang. Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) erlaubt ausdrücklich mitgliedstaatliche Regelungen, nach denen Telefonwerbung ohne Einwilligung des betroffenen Teilnehmers nicht gestattet ist (sog. „opt-in“). Von dieser Regelungsmöglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber Gebrauch gemacht. [...] Allerdings wurden die Regeln über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern mit der Richtlinie 2005/29/EG auf Gemeinschaftsebene vollständig

harmonisiert. [...] Nach dem ersten Satz der Nr. 26 des Anhangs I der Richtlinie ist allein das hartnäckige und unerwünschte Ansprechen von Kunden über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien unter allen Umständen unlauter. Dies gilt gem. S. 2 dieser Bestimmung jedoch „unbeschadet des Art. 10 der Richtlinie 97/7/EG sowie der Richtlinien 95/46/EG und 2002/58/EG“. Dadurch wird insoweit nicht etwa ein Vorrang der Richtlinie 2005/29/EG angeordnet [...]. Die genannten Vorschriften - und damit insbesondere auch Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG - behalten vielmehr ohne Einschränkung durch die Richtlinie 2005/29/EG weiterhin Gültigkeit. [...] Das Auslegungsergebnis einer Fortgeltung des Art. 13 III der Richtlinie 2002/58/EG ist nach Wortlaut, Systematik und Zweck der maßgeblichen unionsrechtlichen Vorschriften so eindeutig, dass es keiner Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV bedarf.“

#### **54**

Bestätigt hat der Bundesgerichtshof diese Auffassung auch in der Entscheidung „Freunde finden“ vom 14.01.2016, Az. I ZR 65/14 (GRUR 2016, 946 Rn. 24), wo er zur Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ausgeführt hat: „Mit der Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG hat der deutsche Gesetzgeber die in Art. 13 Abs. 1 der RL 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation enthaltenen Vorgaben zum Schutz der Privatsphäre des Betroffenen vor unverlangt auf elektronischem Wege zugesandter Werbung umgesetzt [...]. Die in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG getroffene Regelung ist von dieser Richtlinienvorschrift abgedeckt und steht auch in Einklang mit Nr. 26 Anh. I der RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, der die Anwendung der Vorschriften der Datenschutzrichtlinie ausdrücklich unberührt lässt [...].“

#### **55**

Vor diesem Hintergrund kann in Ansehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Berufung kein Erfolg verbeschieden sein, soweit sie von der Annahme ausgeht, dass § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG mit Blick auf die höherrangige UGP-Richtlinie nicht unionskonform umgesetzt worden sei (vgl. auch bereits Senat, Urteil vom 07.02.2019, Az. 6 U 2404/18).

#### **56**

d) Die Klägerin ist als Mitbewerberin der Beklagten für den von ihr geltend gemachten Unterlassungsanspruch gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG anspruchsberechtigt.

#### **57**

aa) Der im Schrifttum vertretenen Ansicht, wonach aus der Regelung in Art. 13 Abs. 6 S. 1 und Art. 15, 15a der Richtlinie 2002/58/EG in der durch die Richtlinie 2009/136/EG geänderten Fassung - die, wie sich aus der Richtlinie 2009/22/EG (Unterlassungsklagenrichtlinie) ergebe, eine abschließende Regelung darstelle - folge, dass Verstöße gegen § 7 Abs. 2 Nrn. 2 bis 4 und Abs. 3 UWG von Mitbewerbern aus eigenem Recht nicht verfolgt werden könnten (vgl. Köhler, WRP 2017, 1025, 1030 ff., ders., GRUR 2012, 1073, 1080 f.; ders., WRP 2012, 1329, 1332- 1334), kann unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH GRUR 2013, 1170 Rn. 10 ff. - Telefonwerbung für DSL-Produkte) nicht gefolgt werden. Der Bundesgerichtshof hat hierzu festgestellt (BGH a.a.O. Rn. 16, 17): „Die Richtlinie 2009/22/EG, auf die sich die von der Revisionserwiderung für ihren Standpunkt herangezogene Ansicht im Schrifttum maßgeblich stützt, gibt - anders als ihr Titel vermuten lässt - schon kein geschlossenes System zur Regelung von Unterlassungsklagen vor, sondern will lediglich ein grenzüberschreitendes Vorgehen von Verbraucherschutzverbänden bei innergemeinschaftlichen Verstößen ermöglichen. [...] Überdies hindert die Richtlinie 2009/22/EG nach ihrem Art. 7 die Mitgliedstaaten nicht daran, Bestimmungen zu erlassen oder beizubehalten, die den qualifizierten Einrichtungen sowie sonstigen betroffenen Personen auf nationaler Ebene weitergehende Rechte zur Klageerhebung einräumen. Auch aus diesem Grund lässt sich aus dem Umstand, dass die Richtlinie 2002/58/EG im Anh. I der Richtlinie 2009/22/EG nicht aufgeführt ist, nicht ableiten, dass der Beklagten die nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG erforderliche Klage- und Anspruchsbefugnis für den mit der Widerklage geltend gemachten Unterlassungsanspruch gem. §§ 8 Abs. 1, 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG fehlt.“ (bestätigt in BGH GRUR-RR 2014, 117 Rn. 4 - Werbeanruf; ebenso Ohly/Sosnitza/Ohly, 7. Aufl. 2016, UWG § 7 Rn. 9, 10; a. A. Köhler, WRP 2017, 1025, 1030 ff., ders., GRUR 2012, 1073, 1080 f.; ders., WRP 2012, 1329, 1332 -1334).

#### **58**

bb) Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Frage der Durchsetzungsbefugnis der Klägerin als Mitbewerberin der Beklagten in rechtlicher Hinsicht infolge des Inkrafttretens der DS-GVO

zum 25.05.2018 (Art. 99 Abs. 2 DS-GVO) anders zu beurteilen wäre (vgl. bereits Senat, Urt. vom 07.02.2019, Az. 6 U 2404/18).

## 59

Die derzeit in Literatur und Rechtsprechung diskutierte Frage, ob Mitbewerber bei Verstößen gegen die Bestimmungen der DS-GVO über §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 3a UWG aktivlegitimiert sind (bejahend OLG Hamburg Urt. v. 25.10.2018, Az. 3 U 66/17, BeckRS 2018, 27136 Rn. 34 ff., a. A. Köhler, WRP 2018, 1269 ff.; ders. in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl., § 3a Rn. 1.40a; ebenso Stellungnahme der GRUR-Vereinigung in GRUR 2019, 59, 65 unter 7. mit Fn. 13; offen gelassen vom Senat mit Beschluss vom 12.03.2019, Az. 6 W 130/19) ist im Streitfall nicht unmittelbar einschlägig, denn vorliegend steht ein Verstoß gegen das Verbot der unerlaubten Telefonwerbung gemäß § 7 Abs. 2 Ziff. 2 UWG inmitten, wobei es sich um einen anderen Streitgegenstand handelt, als bei der Geltendmachung von Verstößen gegen die datenschutzrechtlichen Bestimmungen der Art. 5 ff. DS-GVO. Der Senat sieht auch keine Veranlassung, die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin vor dem Hintergrund der am 25.05.2018 in Kraft getretenen DS-GVO abweichend von den bereits dargestellten Grundsätzen des Bundesgerichtshofs (BGH GRUR 2013, 1170 Rn. 10 ff. - Telefonwerbung für DSL-Produkte; BGH GRUR-RR 2014, 117 Rn. 4 - Werbeanruf) zu beurteilen. Die Argumentation der Beklagten, wonach Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG gegenüber der DS-GVO zurücktreten würde, lässt sich weder dem Verordnungstext - namentlich dessen Art. 95, welcher das Verhältnis zur EK-DSRL regelt, ohne die DS-GVO als vorrangig anzusehen bzw. mit deren Inkrafttreten die EK-DSRL, insbesondere deren Art. 13 Abs. 3, aufzuheben - noch dem Willen des Verordnungsgebers, wie er auch in den Erwägungsgründen zur DS-GVO zum Ausdruck kommt, entnehmen. In Erwägungsgrund 173 zur DS-GVO ist ausgeführt, „diese Verordnung sollte auf alle Fragen des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten Anwendung finden, die nicht den in der Richtlinie 2002/58/EG ... [EK-DSRL] bestimmten Pflichten, die dasselbe Ziel verfolgen, unterliegen, einschließlich der Pflichten des Verantwortlichen und der Rechte natürlicher Personen. Um das Verhältnis zwischen der vorliegenden Verordnung und der Richtlinie 2002/58/EG klarzustellen, sollte die Richtlinie entsprechend geändert werden. Sobald diese Verordnung angenommen worden ist, sollte die Richtlinie 2002/58/EG einer Überprüfung unterzogen werden, um insbesondere die Kohärenz mit dieser Verordnung zu gewährleisten.“ Vor diesem Hintergrund kann der Beklagten nicht darin gefolgt werden, dass die DS-GVO vorrangige Geltung gegenüber der EK-DSRL beanspruche und in ihrem Geltungsbereich letztere verdränge. Vielmehr kommen beide Vorschriften im Rahmen ihres Regelungsgehalts nebeneinander zur Anwendung. Ein Vorrang der DS-GVO im Sinne einer „Vorwirkung“ lässt sich auch nicht mit der im Gesetzgebungsverfahren befindlichen, auf eine Initiative der EU-Kommission im Januar 2017 zurückgehenden ePrivacy-VO begründen. Der im Hinblick auf den Regelungsgehalt vorstehend festgestellten Unionskonformität des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, namentlich im Hinblick auf die Frage der Durchsetzungsbefugnis durch den Mitbewerber, kann daher die Geltung der DS-GVO nicht entgegeng gehalten werden (vgl. bereits Senat, Urt. vom 07.02.2019, Az. 6 U 2404/18).

## 60

cc) Soweit sich das Landgericht mit diesen rechtlichen Fragen in den Urteilsgründen nicht näher auseinandergesetzt hat, vermag auch die Rüge der Beklagten, darin liege eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs, der Berufung nicht zum Erfolg zu verhelfen. Denn zum einen kann ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG grundsätzlich durch das weitere Verfahren geheilt werden (BVerfG Beschluss vom 26.11.2008 - 1 BvR 670/08, BeckRS 2009, 30397 Rn. 18; BVerfGE 5, 22 Rn. 6). Im Übrigen beruht das Urteil des Landgerichts aber auch nicht auf einer etwaigen Nichtberücksichtigung des rechtlichen Vorbringens der Beklagten, da dieses - wie die vorstehenden Ausführungen zeigen - im Ergebnis nicht durchgreift.

## 61

2. Das Landgericht hat den geltend gemachten Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Abmahnkosten gem. § 12 Abs. 1 S. 2 UWG in Höhe eines anteiligen Betrages von 821,20 EUR zu Recht zugesprochen, da die klägerische Abmahnung insoweit aus den vorstehenden Gründen berechtigt war (vgl. BGH GRUR 2010, 744 Rn. 52 - Sondernewsletter; BGH GRUR 2019, 82, Rn. 38 - Jogginghosen).

## 62

3. Nicht zu beanstanden sind weiterhin die Feststellungen des Landgerichts, wonach die Beklagte der Klägerin dem Grunde nach zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet ist, der der Klägerin durch die in Ziff. I. a) des Urteilstenors bezeichneten Handlungen entstanden ist und künftig noch entstehen wird. Die Beklagte haftet hier gem. § 831 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 9 S. 1 UWG für das Handeln derjenigen

Mitarbeiter bzw. Beauftragter, derer sie sich zur Durchführung der gegenständlichen Werbeanrufe bedient hat. Verrichtungsgehilfe im Sinne von § 831 Abs. 1 S. 1 BGB ist, wer von den Weisungen seines Geschäftsherrn abhängig ist. Ihm muss von einem anderen, in dessen Einflussbereich er allgemein oder im konkreten Fall steht und von dem er in gewisser Weise abhängig ist, eine Tätigkeit übertragen worden sein. Das dabei vorausgesetzte Weisungsrecht braucht nicht ins Einzelne zu gehen. Es genügt, dass der Geschäftsherr die Tätigkeit des Handelnden jederzeit beschränken oder entziehen oder nach Zeit und Umfang bestimmen kann (BGH GRUR 2012, 1279, Rn. 44 - DAS GROSSE RÄTSELHEFT). Hiervon ist bei den die gegenständlichen Werbeanrufe für das Unternehmen der Beklagten tätigen Personen auszugehen, wobei auch ein schuldhaftes Verhalten vorliegt, da jedenfalls in fahrlässiger Weise (§ 276 Abs. 2 BGB) gegen die Regelungen der unerwünschten Telefonwerbung verstoßen wurde.

### **63**

4. Der geltend gemachte Auskunftsanspruch folgt - wie vom Landgericht zu Recht festgestellt - als Annexanspruch zum Schadensersatzanspruch aus § 242 BGB. Allerdings besteht im Rahmen des wettbewerbsrechtlichen Auskunftsanspruchs grundsätzlich keine Verpflichtung zur Angabe der für die Bezifferung des Schadensersatzanspruchs nicht erforderlichen Umsätze (BGH GRUR 2001, 84, 85 - Neu in Bielefeld II; BGH GRUR 1965, 313, 314 Umsatzauskunft; Köhler/Bornkamm/Feddersen, 37. Aufl. 2019, UWG § 9 Rn. 4.26), worauf der Senat im Termin hingewiesen hat. Denn nachdem der Auskunftsanspruch als Hilfsanspruch zur Ermöglichung einer sachgerechten Schadensberechnung gewährt wird, ergeben sich Art und Umfang der zu erteilenden Auskunft nach Maßgabe von Treu und Glauben aus den Erfordernissen der Schadensberechnung bzw. -schätzung (BGH GRUR 1987, 364, 365 - Vier-Streifen-Schuh). Dass im Streitfall die Mitteilung der Umsatzzahlen für die Ermittlung der Höhe eines der Klägerin entstandenen Schadens oder jedenfalls zur Kontrolle der sonstigen Informationen ausnahmsweise erforderlich wäre (vgl. auch BGH GRUR 2001, 84, 85 - Neu in Bielefeld II), hat die Klägerin weder dargetan, noch ist dies ersichtlich. Nachdem die Klägerin Kenntnis davon hat, was sie den Kunden, die seitens der Beklagten infolge der unerlaubten Werbeanrufe gegebenenfalls abgeworben wurden, jeweils tariflich in Rechnung gestellt hatte, vermag sie auch festzustellen, welche Gewinne ihr durch die beauskunfteten Verletzungshandlungen entgangen sind, ohne dass es darauf ankäme, welche Umsätze die Beklagte ihrerseits erzielt hat.

III.

### **64**

1. Die Entscheidung über die Kosten folgt aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 S. 1 ZPO.

### **65**

2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 S. 1, S. 2, 709 S. 2 ZPO

### **66**

3. Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache erfordert, wie die Ausführungen unter II. zeigen, lediglich die Anwendung gesicherter Rechtsprechungsgrundsätze auf den Einzelfall.