
Datum: 25.10.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 89/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:1025.4U89.07.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 8 O 173/06

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 30. April 2007 verkündete Urteil der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Arnsberg wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 40.000,- EUR abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Tatbestand:

1

Die Klägerin betreibt eine U/E-Vertretung in B. Sie befasst sich mit dem An- und Verkauf von neuen und gebrauchten Fahrzeugen. Die Beklagte handelt ebenfalls gewerblich mit Kraftfahrzeugen. Sie sandte der Klägerin, mit der sie bis dahin keine geschäftlichen Kontakte hatte, am 9.6.2006, ohne dass die Klägerin darum gebeten oder dem ausdrücklich zugestimmt hatte, ihr aktuelles Kfz.-Händlerangebot für den Monat Juni per elektronischer Post zu. Die Klägerin beanstandete dies als unlautere Werbung gem. §§ 3, 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG und forderte die Beklagte vergeblich zur Abgabe einer strafbewehrten

2

Unterlassungserklärung auf.

Die Klägerin hat unter dem 27.6.2006 beantragt, der Beklagte durch einstweilige Verfügung unter Androhung von Ordnungsmitteln für den Fall der Nichtbeachtung aufzugeben, 3

"es zu unterlassen, unaufgefordert und ohne Einwilligung im geschäftlichen Verkehr Verkaufsangebote per E-Mail Werbung an Gewerbetreibende zu versenden." 4

Das Landgericht hat die beantragte Verfügung am 3.7.2006 unter dem AZ 8 O 111/06 antragsgemäß erlassen. Auf den Widerspruch der Beklagten hat es die Verfügung mit Urteil vom 19.10.2006 bestätigt. Hiergegen hat die Beklagte Berufung eingelegt, diese aber zurückgenommen, eine Abschlusserklärung jedoch verweigert. 5

Die Klägerin hat daraufhin Klage erhoben und beantragt, 6

die Beklagte zu verurteilen, es (bei Meidung von Ordnungsmitteln) zu unterlassen, unaufgefordert im geschäftlichen Verkehr ohne Einverständnis per EMail Verkaufswerbung zu versenden. 7

Die Beklagte hat beantragt, 8

die Klage abzuweisen. 9

Sie hat gemeint, sie habe von einem Einverständnis der Klägerin ausgehen können, weil diese als Kfz.-Händlerin ein geschäftsbedingtes Interesse an Verkaufsangeboten Dritter habe. Hierzu hat sie ausgeführt, in der Internetrepräsentanz der Klägerin finde sich unter der Rubrik "Kontakt" die Email-Adresse der Klägerin und nebenstehend folgender Hinweis: "Wenn Sie mit uns in Kontakt treten möchten, füllen Sie bitte das unten stehende Formular aus, rufen Sie uns an oder senden Sie uns ein Fax." Zudem finde sich im Impressum der Hinweis: "Email an Autohaus H GmbH" neben der gesetzlich vorgeschriebenen Email-Anschrift der Klägerin. Hieraus folge, dass die Klägerin E-Mail-Angebote wünsche. Selbst wenn dies nicht so sei, so fehle es für ein unlauteres Handeln an dem Überschreiten der Bagatellschwelle des § 3 UWG. Hierzu nämlich bedürfe es einer zusätzlichen Abwägung, in deren Rahmen auch der Umstand, dass die Klägerin zur Kontaktaufnahme aufgefordert habe, stärker zu gewichten sei. 10

Das Landgericht hat den beantragten Unterlassungsanspruch gem. §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Ziff. 1; 7 Abs. 1, 2 Ziff. 3; 3 UWG für begründet erachtet. Eine unzumutbare Belästigung liege im Falle elektronischer Werbung stets vor, wenn die Adressaten zu dieser Form der Werbung nicht ausdrücklich oder eindeutig ihre Zustimmung erteilt hätten. Eine solche Zustimmung liege noch nicht darin, dass die Kl. sich mit dem Ankauf von PKW befasse. Insbesondere sei nicht ersichtlich oder vorgetragen, dass die Klägerin für ihren Kfz.-Handel zwingend auf jedes Verkaufsangebot angewiesen sei oder besondere Gründe für ein spezielles Interesse an dem E-Mail-Angebot vorlägen. Auch dem Kontakthinweis auf der Homepage der Klägerin sei nicht eine stillschweigende Einwilligung dahingehend zu entnehmen, dass sie die Zusendung von E-Mails beliebiger Dritter, insbesondere von Händlern wünsche. Vielmehr sei der Kontakthinweis auf Privatkunden zugeschnitten und auch an diese adressiert. Die Bagatellgrenze des § 3 UWG sei nach der gesetzlichen Wertung bereits überschritten, wenn eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 2 Ziff. 3 UWG vorliege. 11

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag und trägt vor, dass die konkrete Werbung informativ, leicht zu 12

verarbeiten und anhand der Betreffzeile für die Klägerin auch klar zu erkennen gewesen sei. Die Klägerin handele mit Autos mehrerer Marken, so dass die Beklagte davon ausgehen durfte, dass sie auch an Fahrzeugen der Marke Q interessiert sein würde. Der Handel mit Gebrauchtfahrzeugen könne betriebswirtschaftlich nicht mehr allein auf dem Inzahlungnahmengeschäft ruhen, sondern erfordere den gezielten Ankauf von Fahrzeugen aller Art, um den Kunden eine angemessene Auswahl zu präsentieren. In rechtlicher Hinsicht meint die Beklagte, das Landgericht habe zu Unrecht die Voraussetzungen einer stillschweigenden Einwilligung verneint. Es fehle an der – jedenfalls im Rahmen des § 3 UWG stets erforderlichen Abwägung zwischen den Interessen des Werbenden und denen des Adressaten im Einzelfall. Insbesondere liege ein Sachbezug zu den Angeboten des Adressaten in dessen geschäftlichem Kernbereich vor. Es gehe vorliegend gerade nicht um Spam, sondern um zielgenaue Geschäftskorrespondenz. Ein grundsätzliches Email-Verbot unter Geschäftsleuten gebe es nicht. Im Übrigen sei nicht jede Belästigung unlauter im Sinne von § 7 Abs. 1 UWG. Das Landgericht habe zu Unrecht die Gründe für ein Verbot der Telefaxwerbung auf die E-Mail-Werbung übertragen. Doch sei die Belästigung bei letzterer sehr viel geringer, da es hier der Adressat in der Hand habe, den Zeitpunkt des Abrufs zu bestimmen. Insbesondere fehle es an einer unzumutbaren Belästigung, wenn in der Betreffzeile der Werbung klar auf den Werbecharakter hingewiesen werde. Dann sei der Aufwand, der darin liege, die Mail bei fehlendem Interesse ungelesen zu löschen, hinnehmbar.

Die Beklagte beantragt, 13
unter Abänderung der Entscheidung des Landgerichts Arnsberg vom 30.04.2007 die Klage 14 gegen die Beklagte und Berufungsklägerin zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt, 15
die Berufung zurückzuweisen. 16

Sie behauptet, die Klägerin veräußere in erster Linie Fahrzeuge der Marken U und E, 17
Gebrauchtwagen nehme sie im übrigen nur in Zahlung. Der Kernbereich ihres Geschäfts sei daher durch das Angebot von Fremdfahrzeugen gerade nicht betroffen. Sie meint, das reformierte UWG sehe kein stillschweigendes oder mutmaßliches Einverständnis für die Entgegennahme elektronischer Werbung vor. Die Unlauterkeit einer solchen Werbung scheide nur aus, wenn die in § 7 Abs. 3 kumulativ aufgelisteten Voraussetzungen vorlägen. Daran fehle es. Allein der Umstand, dass eine eigene E-Mail-Anschrift zu Direktwerbezwecken benutzt werde (§ 7 Abs. 3 Nr. 2 UWG), genüge nicht, um unerbetene elektronische Werbung als lauter erscheinen zu lassen.

Entscheidungsgründe: 18

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber unbegründet, weil das Landgericht den 19
Unterlassungsanspruch im Ergebnis zu Recht für gegeben erachtet hat.

I. Die Klage ist zulässig. Der Unterlassungsantrag ist ausreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 20
2 ZPO). Der Unterlassungsanspruch lehnt sich zwar an den Gesetzeswortlaut des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG an, wiederholt diesen aber nicht in einer Weise, dass der konkrete Fall dabei hinter dem abstrakten Gesetzestext verborgen und damit nicht hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 II Nr. 2 ZPO ist (vgl. BGH GRUR 2007, 607, 608 - Telefonwerbung für Individualverträge; GRUR 2000, 438, 440 –Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge). Zum einen ist zwischen den Parteien nicht streitig, dass das mit dem Unterlassungsbegehren

angegriffene Verhalten dem Typus nach unter § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG fällt, so dass eine hinreichende Verteidigung aufgrund der Antragsfassung gewährleistet war (vgl. BGH GRUR 2007, 607, 608 zu § 7 Abs. 2 Nr. 2). Die Fassung des § 7 Abs. 2 Nr. 3, auf die Bezug genommen wird, ist im Übrigen ihrerseits Ergebnis gefestigter Auslegung durch die Rechtsprechung, so dass auch insoweit klar ist, auf welche Verhaltensweisen Bezug genommen wird (vgl. BGH WRP 1999, 183, 185 – Die Luxusklasse zum Nulltarif). Die § 7 Abs. 2 Nr. 2 betreffende und vom BGH als zu unbestimmt gerügte Bezugnahme auf "Umstände, auf Grund deren das Einverständnis mit einer solchen Kontaktaufnahme vermutet werden kann" (BGH GRUR 2007, 607, 608), betrifft lediglich die mutmaßliche Einwilligung. Demgegenüber ist vorliegend bereits die Gesetzesfassung hinreichend bestimmt.

II. Der Unterlassungsanspruch ist begründet, insbesondere ist die Klägerin zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG befugt. Beide Parteien handeln unstreitig mit Gebrauchtwagen. 21

III. Die Beklagte hat durch die unaufgeforderte elektronische Werbung gegen das Verbot des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG verstoßen und damit eine unlautere Wettbewerbshandlung im Sinne der §§ 3, 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG vorgenommen. Eine unzumutbare Belästigung im Sinne dieser Vorschrift liegt in jeder Werbung durch elektronische Post, die ohne konkrete Einwilligung des Adressaten erfolgt. 22

1. Der Umstand, dass die Beklagte von einer mutmaßliche Einwilligung der Klägerin in die elektronische Werbung ausging, hindert diese Bewertung nicht. Auch wenn der insolierte Wortlaut des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG darauf hindeuten scheint, dass jede Form der Einwilligung, selbst eine mutmaßliche genügt, so spricht die Fassung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, der die "mutmaßliche Einwilligung" als Form der Zustimmung eigens nennt, gegen diese Deutung. Nr. 3 nennt die "mutmaßliche Einwilligung" gerade nicht ausdrücklich. Daraus folgt, dass für § 7 Abs. 2 Nr. 3 eine konkret erteilte Einwilligung erforderlich ist. Auch für den gleichfalls in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG genannten Fall der Telefaxwerbung hat der BGH die mutmaßliche Einwilligung anders als bei der Telefonwerbung - nicht genügen lassen, sondern verlangt, dass der Adressat ausdrücklich oder konkludent eingewilligt hat (BGH GRUR 2007, 164, 165 – Telefax-Werbung II). 23

2. An einer ausdrücklichen Einwilligung fehlt es im vorliegenden Fall. Zwar kann eine Einwilligung auch konkludent erteilt werden. Doch setzt dies voraus, dass der Absender ein solch konkludentes Einverständnis auf Grund konkreter Umstände vermuten durfte (BGH aaO., ferner im Falle von e-mail-Werbung BGH GRUR 2004, 517, 518 noch zum alten Recht). Solche Umstände hat der Werbende darzulegen. Die Darlegung ist der Beklagten vorliegend nicht gelungen. 24

a) Ein konkludentes Einverständnis in die Zusendung von Händlerwerbung kann zunächst nicht der Gestaltung der Kontaktangaben auf der Homepage der Klägerin entnommen werden. Der Internetauftritt der Klägerin richtet sich erkennbar nicht an kommerzielle Anbieter. Die Angaben auf der Homepage, wonach die Klägerin zur elektronischen Kontaktaufnahme auffordert und eine E-Mail-Adresse im Zusammenhang mit ihren Kontaktdaten nicht nur nennt, sondern zusätzlich mit dem Hinweis: "Email an Autohaus H GmbH" versieht, betrifft erkennbar allein die Veräußerung von Gebrauchtfahrzeugen an Endabnehmer. Die Angebote, welche die Klägerin selbst unterbreitet, betreffen die von ihr angebotenen PKW. Das Internetkontaktformular fordert nicht einschränkungslos zum Kontakt auf, sondern richtet sich an diejenigen Interessenten, die üblicherweise die Leistungen der Klägerin in Anspruch nehmen, mithin Endkunden. Das zeigen die Rubriken "Schauraum", 25

"Service", "Probefahrt", die im Zusammenhang mit dem Kontaktformular aufgelistet werden. Die dort gleichfalls zu findende Rubrik "Gebrauchtwagen" macht nicht deutlich, dass es hierbei ausnahmsweise nicht nur um Verkaufsleistungen, sondern auch um den Ankauf von PKW geht. Deutlich wird die Konzentration auf den Endkunden im Gegenteil letztlich durch die Aufnahme des Satzes "Natürlich können Sie online auch einen Termin für einen Werkstatttermin anfragen".

b) Die Beklagte hat keine weiteren konkreten Umstände vorgetragen, aus denen sich ergibt, dass die Klägerin ihr Einverständnis mit kommerziellen Händlerangeboten erklärt hat. Es reicht nicht darauf hinzuweisen, dass diese Angebote im objektiven Interesse der Klägerin lagen, weil sie ihr Kerngeschäft ansprachen. Ein solches allgemeines Interesse könnte äußerstenfalls auf eine mutmaßliche Einwilligung zum Empfang elektronischer Werbung hindeuten, die für § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG jedoch gerade nicht genügt. Der Gesetzgeber hat die Fälle der Telefax- und der elektronischen Werbung in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG einander gleichgestellt. Er bringt damit zum Ausdruck, beide auch gleich behandeln zu wollen. Demnach muss für eine Einwilligung auch hier eine konkrete Zulassungsentscheidung des Adressaten gefordert und von der Bekl. vorgetragen werden. Der bloße Umstand, dass e-mail-Werbung weniger belasten soll als Telefaxwerbung genügt hierfür nicht. Nicht der Werbende hat es in der Hand zu bestimmen, ob die Werbung vom Adressaten erwünscht ist, sondern der Adressat selbst muss für den Erhalt solcher Werbung optieren. Es genügt für eine solche Option daher auch nicht, dass der Werbeadressat seine Bereitschaft zum Empfang von Werbung nicht ausdrücklich oder hinreichend deutlich begrenzt hat. 26

c) Die Werbung ist auch nicht ausnahmsweise zulässig nach § 7 Abs. 3 UWG. Die in dieser Norm genannten vier Ausnahmefälle müssen – wie die Verbindung der Fälle durch die Konjunktion "und" zeigt – kumulativ, nicht lediglich alternativ vorliegen. Im hier zu beurteilenden Fall fehlt es daran. Die Klägerin hat der Beklagten weder ihre elektronische Adresse im Zusammenhang mit bereits erfolgten Geschäften zur Verfügung gestellt, noch hat sie die Verwendung dieser Adresse widerspruchslos hingenommen. 27

3. Die tatbestandlich vorliegende unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG scheitert schließlich nicht an der Bagatellklausel des § 3 UWG. Zwar erfordert auch der Tatbestand der Belästigung eine Abwägung zwischen den Interessen des Werbenden und denen des Adressaten, doch lässt nur § 7 Abs. 1 UWG eine Einzelfallabwägung zu. Bei den in Abs. 2 genannten Fällen deutet bereits der Gesetzeswortlaut darauf hin, dass eine "unzumutbare Belästigung" "anzunehmen ist". Hier hat der Gesetzgeber selbst "abstrakt die Abwägungsentscheidung zu Gunsten einer Seite" vorgenommen und sie dem Rechtsanwender gerade erspart (Fezer/Mankowski, UWG, § 7 Rn 3). Diese Deutung verstößt nicht gegen den allgemein geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Tatsächlich nämlich ist die in § 7 Abs. 2 Nr. 3 gewählte Formulierung kodifizierte Rechtsprechung zur Werbung mit modernen Kommunikationsmitteln und insoweit ihrerseits Ergebnis einer bereits erfolgten und erprobten Abwägungsentscheidung durch die Gerichte. Wäre bei elektronischer Werbung stets eine Abwägung im Einzelfall durchzuführen, so könnte der Hauptzweck des Verbots nicht erreicht werden: nämlich die effektive Unterbindung von unerwünschten E-Mails. Das gilt auch für das von der Beklagten vorgebrachte Argument, eine aus der Betreffzeile erkennbare Werbemail könne mit geringem Aufwand weggeklickt werden. Würden die Gerichte einen solch einfachen faktischen "disclaimer" genügen lassen, so würde seine Filterwirkung sehr schnell verpuffen, weil er das probate Mittel darstellt, um dem Spamverbot zu entgehen. Das aber ist ersichtlich nicht gewollt. Indem der Gesetzgeber gerade die elektronische Werbung pönalisiert hat, bringt er zum Ausdruck, dass er dieses Phänomen als grundsätzlich unerwünscht betrachtet, sofern nicht eine in klarer Form erteilte Einwilligung 28

vorliegt. Diese Entscheidung hat der Rechtsanwender hinzunehmen.

IV. Damit hat das Landgericht den Unterlassungsanspruch zu Recht für begründet erachtet. 29
Die Berufung war zurückzuweisen.

V. Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 11, 711, 713 ZPO. 30