
Datum: 13.11.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 150/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:1113.4U150.08.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 22 O 38/08

Tenor:

Auf die Berufung der Antragstellerin wird das am 2. Juli 2008 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Hagen abgeändert.

Die Beschlussverfügung der vorgenannten Kammer vom 27. März 2008 wird unter Aufrechterhaltung der Ordnungsmittellandrohung insoweit bestätigt, als dort der Antragsgegnerin verboten worden ist, unaufgefordert und ohne Einwilligung im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit dem An- und Verkauf von Fahrzeugen per Telefax Werbung zu versenden, soweit es sich um Verkaufsgesuche handelt.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Antragstellerin 1/3 und die Antragsgegnerin 2/3.

Die Kosten der Berufungsinstanz werden der Antragsgegnerin insgesamt auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

1

Die Antragstellerin betreibt eine P-Niederlassung in J und ist bundesweit im An- und Verkauf von Kraftfahrzeugen tätig. Am 05.03.2008 erhielt die Antragstellerin von der Antragsgegnerin,

2

die in X einen Autohandel mit überwiegend neuen Reimport-Wagen betreibt, ein Telefax. In diesem wurden ihr zwei Neuwagen der Marke W, Typ Q angeboten.

Wegen des Inhalts und der Gestaltung des Faxschreibens wird auf die Ablichtung auf Blatt 7 der Akten Bezug genommen. 3

Die Antragstellerin mahnte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 07.03.2008 erfolglos ab. 4

Das Landgericht Hagen hat der Antragsgegnerin mit einstweiliger Verfügung vom 27.03.2008 antragsgemäß und unter Androhung von Ordnungsmitteln für jeden Fall der Zuwiderhandlung verboten, unaufgefordert und ohne Einwilligung im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit dem An- und Verkauf von Fahrzeugen per Telefax Werbung zu versenden, und zwar jeder Art, gleichgültig, ob es sich um An- oder Verkaufsgesuche handelt. 5

Wegen des genauen Inhalts der Verfügung wird auf Blatt 38 f. der Akten verwiesen. 6

Diese Verfügung hat das Landgericht sodann durch Urteil vom 02.07.2008 auf den Widerspruch der Antragsgegnerin hin aufgehoben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. 7

Hinsichtlich des Inhalts des Urteils im Einzelnen wird auf Blatt 61 ff. der Akten verwiesen. 8

Gegen dieses Urteil hat die Antragstellerin form- und fristgerecht Berufung eingelegt, mit der sie ihren Verfügungsantrag, beschränkt auf das Verbot der Verkaufswerbung, weiter verfolgt. 9

Sie ist der Ansicht, bei der Zusendung des Telefax handele es sich um eine unlautere Wettbewerbshandlung, da diese ohne ihr Einverständnis erfolgt sei. Sie behauptet, als P-Vertragshändler keinerlei Interesse am Ankauf von Fremdfabrikaten zu haben, und sämtliche Mitarbeiter angewiesen zu haben, nicht in die Zusendung von Faxwerbung einzuwilligen. 10

Die Antragstellerin beantragt, 11

das Urteil des Landgerichts aufzuheben und die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hagen vom 27.03.2008 insoweit aufrecht zu erhalten, 12

1. als es der Antragsgegnerin verboten wird, unaufgefordert und ohne Einwilligung im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit dem **Verkauf** von Fahrzeugen per Telefax Werbung zu versenden; 13

2. als der Antragsgegnerin für jeden Fall der Zuwiderhandlung die Verhängung von Ordnungsgeld bis 250.000,00 € oder ersatzweise eine an ihrem Inhaber zu vollziehende Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht wird. 14

Die Antragsgegnerin beantragt, 15

die Berufung zurückzuweisen. 16

Sie behauptet, von einem Mitarbeiter der Antragstellerin angerufen und um die Zusendung von Angeboten über Pkw Q gebeten worden zu sein. Dieses Gespräch sei von dem Mitarbeiter der Antragsgegnerin, Herrn G, angenommen worden. Da sie vorwiegend neue Reimport-Wagen an feste Abnehmer verkaufe, werbe sie nicht für ihre Waren, sondern versende Angebote allenfalls auf ausdrückliche Anfrage hin. Im Übrigen ist sie der Ansicht, 17

dass die Veröffentlichung der Faxnummer seitens der Antragsgegnerin als Einwilligung zumindest in die Übersendung objektiv günstiger Angebote zu bewerten sei.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist begründet.

I.

1. Der Verbotsantrag ist trotz seiner Orientierung am Gesetzeswortlaut des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 ZPO. Ein Antrag, der lediglich den Gesetzeswortlaut wiederholt, ist zwar grundsätzlich als zu unbestimmt und damit unzulässig anzusehen (vgl. BGH, GRUR 2000, 438 - *Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge*). Eine Ausnahme ist von diesem Grundsatz aber insbesondere dann zu machen, wenn der Verbotstatbestand selbst bereits hinreichend konkret und eindeutig gefasst ist und zwischen den Parteien kein Streit darüber besteht, welche Handlung dem Verbot unterfällt (vgl. BGH, GRUR 2003, 886 – *Erbenermittler*). Entscheidend bleibt nämlich in jedem Fall, dass der Streitgegenstand durch den Antrag so klar umrissen wird, dass das Urteil die Zwangsvollstreckung ermöglicht (Thomas/ Putzo, ZPO, 27. Aufl. § 253 Rn. 11).

Dies ist bei § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG der Fall (vgl. BGH, GRUR 2007, 607 – *Telefonwerbung für Individualverträge*; OLG Hamm, MD 2006, 1285; LG Stuttgart, WRP 2005, 1041 – alle zu § 7 Abs. 2 Nr. 2, 1. Alt. UWG). Aus der Norm ist klar ersichtlich, welches Verhalten untersagt werden soll. Der gesetzliche Wortlaut beschreibt genau die Verletzungshandlung – hier die Faxwerbung ohne Einwilligung des Adressaten – so dass eine weitere Konkretisierung kaum möglich ist.

2. Die Antragstellerin handelt auch nicht rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG. Sie war berechtigt, einen Anwalt zum Zwecke der Abmahnung einzuschalten. Eine missbräuchliche Geltendmachung ist anzunehmen, wenn der Anspruchsberechtigte überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen verfolgt und diese als eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen (BGH GRUR 2000, 1089 – *Missbräuchliche Mehrfachverfolgungen*). Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn die Verfolgung vorwiegend der Kostenbelastung des Gegners dient. Von einem solchen Beweggrund kann allein auf Grund der Einschaltung eines Anwalts aber nicht ausgegangen werden, da diese gerade der erleichterten und sachgerechten Durchsetzung des Anspruchs dient. Jeder ist befugt, sich zum Zwecke des Vorgehens gegen Wettbewerbsverletzungen eines Rechtsbeistandes zu bedienen (vgl. BGH I ZR 86/06 – *Abmahnkostenersatz*). Auf Grund der Komplexität und rechtlichen Schwierigkeit wettbewerbsrechtlicher Ansprüche handelt es sich nicht um Streitigkeiten, deren Verfolgung von juristischen Laien allein erwartet werden kann. Über die Einschaltung eines Rechtsanwalts hinaus sind sachfremde Beweggründe, die auf das Hauptmotiv einer größtmöglichen Kostenbelastung schließen ließen, nicht ersichtlich. Insbesondere hat auch die Antragsgegnerin im Vorfeld nicht vermittelt, dem Unterlassungsantrag klaglos nachkommen zu wollen, sondern vielmehr selbst einen Rechtsanwalt eingeschaltet.

3. Der Verfügungsgrund, also das besondere für den Erlass von einstweiligen Verfügungen nach §§ 935, 940 ZPO vorausgesetzte Eilbedürfnis, wird für den Fall der Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche gem. § 12 Abs. 2 UWG vermutet. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, die geeignet wären, diese Dringlichkeitsvermutung zu widerlegen.

18

19

20

21

22

23

24

25

II. Der Antragstellerin steht auch ein Unterlassungsanspruch gegen die Antragsgegnerin aus §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, 3, 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG zu, so dass die Beschlussverfügung des Landgerichts vom 27. März 2008 insoweit zu bestätigen ist, als sich das Verbotsbegehren auf die Verkaufswerbung bezieht, § 925 II ZPO. Mit der Zusendung des streitgegenständlichen Telefax hat die Antragsgegnerin eine unlautere Wettbewerbshandlung begangen, deren Wiederholungsgefahr für die Zukunft nicht ausgeräumt ist.	
1. Die Antragstellerin ist gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aktivlegitimiert. Die Parteien sind jeweils auf dem Gebiet des Autohandels tätig und daher Wettbewerber im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG.	26
2. Bei dem von der Antragsgegnerin an die Antragstellerin versendeten Faxschreiben handelt es sich um Werbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die Fahrzeuge im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit angeboten, mit dem Ziel, den Absatz von Waren zu fördern.	27
3. Eine Einwilligung der Antragstellerin in die Zusendung dieser Werbung liegt nicht vor.	28
a) Zu Unrecht sieht das Landgericht eine ausdrückliche Einwilligung der Antragstellerin als erwiesen an. Das Vorliegen einer solchen Einwilligung, die das Einverständnis mit dem Eingriff in die Privat- und Berufssphäre des Adressaten darstellt, muss der Werbende darlegen und beweisen, da sie die Unlauterkeit seines Handelns entfallen lässt (LG Hagen, Beschluss v. 22.03.2008, Az. 10 T 7/08; LG Arnsberg, Urteil vom 13.09.2006, Az. 8 O 123/06). An das Vorliegen einer solchen Einwilligung sind strenge Anforderungen zu stellen. Sie muss – ausdrücklich oder konkludent – vor der Absendung der Werbung für den konkreten Fall erteilt werden (BGH GRUR 2008, 923 – <i>Faxanfrage im Autohandel</i>).	29
Das Landgericht hat die Erteilung einer Einwilligung angenommen, da ihm der Vortrag der Antragsgegnerin nachvollziehbar erschien, sie handele vorwiegend mit Reimport-Fahrzeugen, die sie an feste Händler veräußere, und habe daher keine Veranlassung, für ihre Waren unaufgefordert zu werben. Ohne eine ausdrückliche Anfrage sei zudem ein weitaus ausführlicheres Werbeangebot zu erwarten gewesen.	30
Diese Ausführungen mögen plausibel erscheinen; sie sind indes nicht geeignet, die tatsächliche Erteilung einer Einwilligung substantiiert darzulegen. Die Antragsgegnerin hätte ihren Vortrag zumindest durch die Angabe des Mitarbeiters der Firma der Antragstellerin, mit dem sie telefoniert haben will, untermauern müssen. Ohne diese Angabe kann sie den Gesprächsvorgang nicht schlüssig darlegen, sondern die Darlegung bleibt in einem wesentlichen Punkt unvollständig. Die Schlussfolgerung des Landgerichts, die Antragstellerin müsse die Werbung selbst bestellt haben, ist auch nicht die einzig logische Konsequenz aus dem weiteren Vortrag der Parteien. Ebenso nachvollziehbar wie die Sichtweise der Antragsgegnerin erscheint nämlich die Stellungnahme der Antragstellerin, als P-Vertragshändlerin keinerlei Interesse an Fremdfabrikaten zu haben und ihren Mitarbeitern die generelle Einwilligung in die Zusendung von Faxwerbung aus Kostengründen untersagt zu haben. Hierfür spricht insbesondere das Fehlen einer persönlichen Ansprache im Fax, mit der im Falle einer ausdrücklichen Anfrage zu rechnen gewesen wäre.	31
Auf Grund des bereits unsubstantiierten Vortrags der Antragsgegnerin kann das fehlende Beweisangebot für die behauptete Anfrage keine Bedeutung mehr erlangen. Das Landgericht hätte bei der Würdigung des Vortrags indes die von der Antragstellerin vorgelegte gegenteilige eidesstattliche Versicherung nicht völlig außer Betracht lassen dürfen.	32

b) Auch eine konkludente Einwilligung in die Zusendung von Werbefaxen liegt nicht vor. Einziger Anknüpfungspunkt für eine solche Einwilligung wäre die Veröffentlichung der Faxnummer der Antragstellerin. Aus dieser kann indes nicht auf das Einverständnis mit der Zusendung unbestellter Werbesendungen geschlossen werden. Zum einen kann die Angabe einer Faxnummer per se keine auf den konkreten Fall bezogene Einwilligung enthalten. Zum anderen spricht aber auch die Interessenlage des Adressaten gegen eine solche Annahme. Die Einrichtung eines Faxanschlusses und die Veröffentlichung der zugehörigen Nummer dienen der geschäftlichen Kommunikation des Unternehmers. Er möchte damit gewährleisten, für seine Kunden schnell, einfach und zu jeder Zeit erreichbar zu sein. Ein Einverständnis mit der ordnungsgemäßen Nutzung des Anschlusses durch seine Geschäftspartner ist aus der Veröffentlichung des Anschlusses daher sicher zu entnehmen. Nicht aber kann daraus geschlossen werden, dass der Inhaber auch Werbesendungen anderer Unternehmen, die in erster Linie deren Absatzförderung dienen, bereit ist zu akzeptieren oder diese sogar wünscht. Die Zusendung von Faxwerbung verursacht auf Seiten des Adressaten erhebliche Kosten für Papier, Toner etc., insbesondere in Anbetracht der hohen Anzahl auf diese Weise werbender Unternehmen. Hinzu kommt, dass ein Faxgerät nur jeweils ein Fax zur gleichen Zeit empfangen kann, und die Werbung somit auch erwünschte oder erwartete Kommunikation blockieren kann. Angesichts der Vielzahl versendeter Werbefaxe, die der Adressat täglich von seiner persönlichen Post trennen muss, ist die von diesen ausgehende Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes nicht zu unterschätzen.

Dass die Zusendung unbestellter Faxwerbung zu einer unzumutbaren Belästigung des Adressaten führt und somit eine unlautere Wettbewerbshandlung darstellt, wurde höchstrichterlich bereits zum UWG alter Fassung entschieden (BGH GRUR 1996, 208 – *Telefaxwerbung im Wirtschaftsverkehr – Telefax-Werbung*) und die dort aufgestellten Grundsätze später bestätigt (BGH GRUR 2007, 164 – *Telefax-Werbung II*). Eine Abkehr von dieser Rechtsprechung ist auch nicht in der Entscheidung *Faxanfrage im Autohandel* (BGH GRUR 2008, 923) zu erkennen. Hierin stellt der BGH zwar klar, dass die Einrichtung und Bekanntgabe eines Faxanschlusses als Einverständnis auch mit der Zusendung von Ankaufswerbung fremder Unternehmen gewertet werden kann. Dies deshalb, weil der Unternehmer seinen Anschluss generell zur Förderung seines eigenen Geschäftsbetriebs veröffentlicht und dieser Zweck auch im Wege der Anschlussnutzung durch gewerbliche Ankäufer erreicht werden kann. Die Entscheidung macht indes deutlich, dass diese Überlegungen nicht auf die Versendung von Verkaufswerbung übertragbar sind. Hier ist die Interessenlage wesentlich anders. Während die Ankaufswerbung eine konkrete, auf den jeweiligen Geschäftsbetrieb zugeschnittene Absatzmöglichkeit enthält, erreicht den Unternehmer Verkaufswerbung unabhängig vom tatsächlichen Bedarf. Ob das enthaltene Angebot im Einzelfall objektiv günstig ist, kann aus Sicht des Adressaten, der sich gezwungenermaßen mit der Sendung auseinandersetzen muss, keine Rolle spielen. Eine Einwilligung in die Zusendung von Werbung durch die bloße Angabe der Faxnummer kann jedenfalls nicht vermutet werden.

34

4. Entgegen der Auffassung des Landgerichts handelt es sich auch um einen Verstoß, der geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil der Wettbewerber nicht unerheblich zu beeinträchtigen und der so die Bagatellschwelle des § 3 UWG überschreitet. Eine solche Benachteiligung ist anzunehmen, wenn die Marktchancen der Wettbewerber in Folge der unlauteren Wettbewerbshandlung spürbar beeinträchtigt sind. Die Unlauterkeit und Erheblichkeit des streitgegenständlichen Verhaltens werden bereits gesetzlich festgestellt. Die Zusendung eines Faxes ohne Einwilligung ist einer der Regeltatbestände unlauteren Verhaltens des UWG, der auch schon durch die einmalige Zuwiderhandlung erfüllt ist. Eine

35

weitere Abwägung innerhalb des Regelfalls ist nicht vorgesehen. Die Erheblichkeit des Verstoßes zeigt sich aber auch daran, dass Werbesendungen heute einen erheblichen Anteil der täglich auf einem Faxgerät empfangenen Sendungen eines Geschäftsbetriebs einnehmen. Zu berücksichtigen ist dabei zum einen die Effektivität dieser Werbeart für den Absender, der den Adressaten direkt in seinem Geschäftsbetrieb erreicht und seine Werbung so stärker mit geschäftlichen Eingängen vermischt, als dies auf dem Postweg möglich wäre. Deshalb, und auf Grund der äußerst geringen Kostenbelastung des Werbenden im Vergleich zur Versendung gedruckter Werbesendungen, erlangt dieser einen erheblichen Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten, die ohne Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG werben. Diese Vorteile bewirken zudem einen erheblichen Nachahmungsanreiz für Konkurrenten, mit der Folge, dass der Adressat durch eine Fülle ihn erreichender Faxsendungen in seinem Geschäftsbetrieb spürbar belastet wird.

5. In Folge des festgestellten Wettbewerbsverstoßes streitet eine tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr solcher Verstöße in der Zukunft BGH, GRUR 1997, 379 – *Wegfall der Wiederholungsgefahr II*). Diese Vermutung hat die Antragsgegnerin bislang nicht widerlegt. Keine Rolle spielt in diesem Zusammenhang, dass sie nur ein einziges Fax an die Antragstellerin geschickt hat. Entscheidend ist allein, dass sie trotz Aufforderung seitens der Antragstellerin keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hat. 36

III. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO. 37