
Datum: 19.03.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 179/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0319.4U179.08.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 8 O 98/08

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 28. August 2008 verkündete Urteil der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Arnsberg wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Verbotsformel dahingehend ergänzt wird: "wie geschehen mit der Übersendung der e-Mail vom 3. März 2008 an die Autohaus T GmbH (Anlage B 2)."

Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe: 1

I. 2

Die Parteien vertreiben u.a. Versicherungen. Die Beklagte bot der Autohaus T GmbH, die eine Kundin des Klägers ist, am 3. März 2008 per E-Mail verschiedene Versicherungen bei der H Versicherung, darunter auch eine sogenannte Autohauspolice zum Sondertarif an. Wegen des Inhalts und der Gestaltung der E-Mail wird auf die Anlage B 2 (Bl. 21 f.) Bezug genommen. 3

Der Kläger mahnte die Beklagte wegen dieser Werbung mit Schreiben vom 6. März 2008 (Anlage K 2) vergeblich ab. Am 27. März 2008 erließ das Landgericht Arnsberg auf Antrag 4

des Klägers eine einstweilige Verfügung (8 O 58 / 08) (Bl. 7 BA), mit der der Beklagten untersagt worden ist,

"unaufgefordert und ohne Einwilligung im geschäftlichen Verkehr per E-Mail Werbung an Gewerbetreibende zu versenden, und zwar insbesondere hinsichtlich der Werbung für Versicherungsleistungen in der Form von Autohauspolicen." 5

Mit Schreiben vom 6. Mai 2008 forderte der Kläger die Beklagte vergeblich auf, zur Vermeidung eines Hauptverfahrens die sogenannte Abschlusserklärung abzugeben (Anlage K 4). Mit der Hauptsacheklage begehrt der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung der durch die einstweilige Verfügung verbotenen E-Mail- Werbung. Außerdem macht er Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 461,60 € wegen der außergerichtlichen Vertretung des Klägers im Verfügungsverfahren und 676,87 € als Nebenkosten für die Aufforderung zur Abschlusserklärung geltend, jeweils zuzüglich Zinsen. 6

Die Beklagte hat sich gegen die Klage verteidigt. Sie hat die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts und der Kammer für Handelssachen gerügt. In der Sache hat sie gemeint, ihr Werbeverhalten sei nicht wettbewerbswidrig, weil dieses speziell auf das Versicherungsbedürfnis der Autohaus T GmbH zugeschnitten gewesen sei, die deshalb mit solchen Angeboten einverstanden gewesen sei. Es fehle auch an einer Wiederholungsgefahr, weil die Beklagte den E-Mail-Versand an die Autohaus T GmbH eingestellt und deren Adresse in ihren Unterlagen gelöscht habe (Anlage K 3). 7

Im Hinblick auf die begehrte Kostenerstattung hat die Beklagte vorsorglich geltend gemacht, die in Ansatz gebrachten Streitwerte seien überhöht. 8

Das Landgericht hat die Klage in vollem Umfang zugesprochen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kläger könne als Mitbewerber von der Beklagten gemäß §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 3, 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG in der beantragten Form Unterlassung der beanstandeten E-Mail-Werbung verlangen. Die Beklagte habe die Werbung für die von ihr vertriebenen Versicherungen per E-Mail ohne deren Einwilligung an die Autohaus T GmbH geschickt und diese dadurch unzumutbar belästigt. Es bestehe Wiederholungsgefahr, da die Beklagte die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung verweigert habe. 9

Der Kläger könne auch nach § 12 Abs. 1 UWG die Erstattung der ihm in Zusammenhang mit der Abmahnung entstandenen und nicht anrechenbaren vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 461,60 € verlangen. Der vom Kläger dabei zugrunde gelegte Streitwert von 15.000,-- € entspreche der Festsetzung im Verfügungsverfahren und sei angemessen. Auch die Anwaltskosten in Höhe von 676,87 € für die Aufforderung zur Abgabe der Abschlusserklärung seien in voller Höhe erstattungsfähig. Der zugrunde gelegte Streitwert entspreche mit 25.000,-- € zu Recht dem des Hauptverfahrens, das durch die Abschlusserklärung vermieden werden sollte. 10

Die Beklagte greift das Urteil mit der Berufung an. Sie meint weiterhin, ein Wettbewerbsverstoß liege überhaupt nicht vor. Das Landgericht habe insbesondere zu Unrecht das Vorliegen einer konkludenten Einwilligung der Autohaus T GmbH verneint, die ausreichend sei. Die Beklagte bezieht sich insoweit auf die Entscheidung "Faxanfrage im Autohandel" des BGH. Die Autohaus T GmbH habe auf ihrer Homepage unter der Rubrik "Kontakt" auch ihre E-Mail-Adresse veröffentlicht. Auch das örtliche Telefonbuch verweise auf die entsprechenden Internetseiten des Autohauses mit der zugehörigen E-Mail-Adresse. Diese sei somit öffentlich zugänglich. Mit dieser Art der Veröffentlichung der Adresse habe die Autohaus T GmbH konkludent ihr Einverständnis mit der Nutzung des Anschlusses durch 11

Kunden erklärt. Das Einverständnis beziehe sich darüber hinaus auf Nachfragen gewerblicher Unternehmer, die das Waren- oder Leistungsangebot des Autohauses betreffen oder zum konkreten Schutz eines bestimmten Unternehmens und zur Hilfe von dessen Absatzförderung gedacht wären. Dazu gehöre auch ihr Angebot in Bezug auf die Autohaus-Police, die genau auf das Angebot der Autohaus T GmbH abgestimmt gewesen sei. Dies gelte umso mehr, als zum Serviceangebot des Autohauses zwangsläufig auch das Anbieten von Versicherungen gehöre. Wer seinen Kunden einen solchen Katalog von Leistungen in der Öffentlichkeit präsentiere wie die Autohaus T GmbH, müsse auch damit einverstanden sein, wenn sich gewerbliche Anbieter, die über geeignete Versicherungen verfügten, an sie wenden würden, um sie dabei zu unterstützen. Das Angebot der Autohaus-Police habe somit jedenfalls mittelbar zur Förderung des Absatzes der Autohaus T GmbH gedient. Dieses Unternehmen habe dadurch seine Kostenstruktur verbessern können und sich sachgerecht vor den Gefahren des laufenden Betriebes schützen können. Bei dem Angebot habe es sich somit um eine sachbezogene, tätigkeitsbezogene und branchenspezifische Werbung gehandelt, die im mutmaßlichen Interesse des Autohauses gelegen habe. Wenn dieses im vorgetragenen Umfang an die Öffentlichkeit getreten sei und seine Internetadresse mit der E-Mail-Anschrift so präsentiert habe, habe es auch damit rechnen müssen, solche zielgerichteten Angebote von speziellen Dienstleistern zu erhalten. Wenn man diese mit einem Werbeverbot wie dem vom Landgericht Ausgesprochenen an ihrer beruflichen Entfaltung hindern würde, verstoße das gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit. Im Übrigen sei auch zu bedenken, dass die Werbung nur in einer einzigen E-Mail versandt worden sei. Vorsorglich verweist die Beklagte weiter darauf, dass auch eine Wiederholungsgefahr fehle, da sie die Adresse der Autohaus T GmbH sofort gelöscht habe. In jedem Fall hält die Beklagte den Tenor des Unterlassungsausspruches für zu weit.

Die Beklagte beantragt, 12

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen. 13

Der Kläger beantragt, 14

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Urteilsformel 15

dahin ergänzt wird: "wie geschehen mit der Übersendung der E-Mail 16

vom 3. März 2008 an die Autohaus T GmbH (Anlage B 2)." 17

Der Kläger verweist darauf, dass die Beklagte die Entscheidung "Faxanfrage im Autohandel" 18 missverstanden habe. Bei dieser Entscheidung sei es um Kaufanfragen gegangen, nicht aber um Verkaufsangebote, die hier auch noch eigene branchenfremde Leistungen betreffen. Für Fälle von Verkaufsangeboten seien die Grundsätze der BGH-Entscheidung nach dem Senatsurteil in der Sache 4 U 150 / 08 gerade nicht anwendbar. Aus dieser Senatsentscheidung ergebe sich außerdem, dass schon eine einmalige Werbemail ausreiche. Wenn man der Rechtsansicht der Beklagten folge, wäre letztlich jede Art von Werbung unter dem Aspekt der konkludenten Einwilligung erlaubt. Dem stehe auch entgegen, dass nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG n.F. stets eine unzumutbare Belästigung anzunehmen sei, wenn E-Mail- Werbung ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten erfolge.

II. 19

20

Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg, weil dem Kläger als Mitbewerber der Beklagten ein Unterlassungsanspruch nach §§ 8 Abs. 1, 3, 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG wegen einer belästigenden unzulässigen E-Mail Werbung gegenüber der Autohaus T GmbH zusteht.

1) Der Unterlassungsantrag und das ihm folgende Verbot sind hier trotz der Orientierung am Gesetzeswortlaut bestimmt genug im Sinne des § 253 Abs.2 Nr.2 ZPO. Auch ein Antrag, der lediglich den Gesetzeswortlaut wiederholt, ist jedenfalls dann nicht als unzulässig anzusehen, wenn der Verbotstatbestand selbst hinreichend konkret und eindeutig gefasst ist. Hier beschreibt bereits der frühere, zur Zeit der Verletzungshandlung geltende Gesetzeswortlaut des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG a.F. genau genug, welches Verhalten untersagt werden soll, nämlich die Versendung von E-Mail-Werbung im geschäftlichen Verkehr an Gewerbetreibende ohne Einwilligung des Adressaten, wobei nach der alten Rechtslage allenfalls ein Problem darin liegen konnte, dass auch eine konkludente Einwilligung genügen konnte. Bei dem jetzt geltenden Gesetzeswortlaut gilt das nicht mehr, weil eine nunmehr erforderliche vorherige ausdrückliche Einwilligung überhaupt keinen Zweifel mehr offen lassen kann, worauf sich das Verbot bezieht. Selbst wenn aber angesichts des früheren Gesetzeswortlauts noch Zweifel an der Bestimmtheit des Klageantrages möglich waren, weil oft der Streit gerade darum ging, in welchen Fällen eine konkludente Einwilligung angenommen werden könnte, ist jedenfalls durch die Einbeziehung der "Werbung für Versicherungsleistungen in der Form von Autohauspolicen" und die zur weiteren Klarstellung auf Hinweis des Senats erfolgte Einbeziehung der beanstandeten E-Mail an das Autohaus T klar, dass kein Verbot im vollem Umfang des Gesetzeswortlauts beansprucht wird, sondern dass sich das Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungshandlung orientiert. Das gilt noch unabhängig davon, dass auch eine auslegungsbedürftige Antragsformulierung immer dann noch hinzunehmen sein kann, wenn dies zur Gewährleistung des Rechtsschutzes in Bezug auf eine bestimmte Werbemethode erforderlich erscheint (vgl. Senat WRP 2008, 254, 256 –Lust auf Werbung m.w.N.).

21

2) Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch des Klägers aus § 8 Abs. 1 UWG setzt seine Klagebefugnis und eine zur Zeit der Verletzungshandlung unlautere Wettbewerbshandlung und eine wegen der Wirkung des Anspruchs in die Zukunft auch nunmehr unlautere geschäftliche Handlung der Beklagten in Form einer belästigenden E-Mail-Werbung im Sinne der jeweiligen Fassung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG voraus. Beide Voraussetzungen liegen vor.

22

a) Die Klagebefugnis des Klägers ergibt sich vorliegend unzweifelhaft aus § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Auch die Beklagte stellt nicht in Frage, dass der Kläger ein Mitbewerber im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist. Zwischen den Parteien besteht ein konkretes Wettbewerbsverhältnis, weil beide Dienstleistungen in Zusammenhang mit dem Abschluss von Versicherungen anbieten.

23

b) Eine unzumutbare Belästigung liegt nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG a.F. vor, wenn die Beklagte der Autohaus T GmbH die streitgegenständliche Werbung durch elektronische Post ohne deren Einwilligung übersandt hat. Die Beklagte behauptet selbst nicht, dass die Autohaus T GmbH ausdrücklich in die Zusendung dieser Werbung per E-Mail eingewilligt hat. Eine mutmaßliche Einwilligung wegen der besonderen Abstimmung des Angebotes auf die Interessen und Bedürfnisse des angeschriebenen Autohauses, die die Beklagte in erster Instanz angesprochen hat, würde im Fall der Werbung mit elektronischer Post genauso wenig wie im Fall der Telefaxwerbung genügen (vgl. BGH GRUR 2007, 164, 165 –Telefax-Werbung II; Senatsurteil vom 25. Oktober 2007 –4 U 89 / 07). Auch eine konkludente Einwilligung der Adressatin in die Zusendung von E-Mail Werbung solcher Art liegt aber nicht vor.

24

- c) Einziger Anknüpfungspunkt für eine solche konkludente Einwilligung der Autohaus T GmbH könnte hier die Veröffentlichung von deren E-Mail-Anschrift in öffentlichen Verzeichnissen wie dem Internet sein. Zwar mag das Autohaus damit sein konkludentes Einverständnis erklärt haben, dass potentielle Kunden die dadurch möglich gewordene elektronische Post insbesondere für Kaufanfragen nutzen, die sich auf die übliche Verkaufstätigkeit des Unternehmens beziehen (vgl. BGH WRP 2008, 1328 –Faxanfrage im Autohandel). Fraglich bleibt aber gerade, ob sich die Autohaus T GmbH damit generell auch mit Kaufanfragen von Wiederverkäufern ihrer Produkte einverstanden erklärt hat. Das kann aber im vorliegenden Fall dahinstehen, weil es weder um eine Kaufanfrage noch um den Bereich der üblichen Verkaufstätigkeit des Autohauses gegangen ist. Die Überlegungen, die der BGH für den Fall der Telefaxwerbung angestellt hat, sind schon nicht auf die hiesige Versendung von Verkaufswerbung übertragbar. Hier ist die Interessenlage wesentlich anders. Während dort die Ankaufswerbung für eine konkrete auf den Geschäftsbetrieb zugeschnittene Absatzmöglichkeit gesorgt hat, erreicht die Verkaufswerbung der Beklagten das Autohaus unabhängig vom tatsächlichen Bedarf. Es kommt noch hinzu, dass es bei dieser Werbung überhaupt nicht um Fahrzeuge geht, mit denen das Autohaus üblicherweise handelt, sondern um Versicherungen, mit denen sich das Autohaus schützen oder die sie den Kunden anbieten soll. Ob das Angebot dabei für den Betrieb geeignet oder sogar besonders günstig ist, kann aus Sicht des Adressaten, der sich gezwungenermaßen mit der Sendung beschäftigen muss, keine entscheidende Rolle spielen (vgl. Senat, Urteil vom 13. November 2008 –4 U 150 / 08). Es reicht vielmehr für die Annahme einer konkludenten Einverständniserklärung in Zusammenhang mit der Angabe der E-Mail- Adresse gerade nicht aus, dass ein branchenfremder Gewerbetreibender die Kommunikationsmöglichkeit nutzt, um branchenfremde Dienstleistungen anzubieten, die lediglich zum Schutz der Autohaus T GmbH oder zur mittelbaren Absatzförderung über Serviceleistungen gedacht sind. Solche Angebote stellen gerade keine bestimmungsgemäße Nutzung der dadurch eröffneten Möglichkeit der Kontaktaufnahme mittels elektronischer Post dar. In diesen Fällen ist auch nicht ersichtlich, wieso gerade die Kontaktaufnahme der E-Mail erforderlich und erwünscht sein sollte, und zwar an der Stelle der brieflichen Übersendung eines solchen Werbeangebots. 25
- d) Die Beklagte hat abgesehen von der bloßen Angabe der E-Mail-Anschrift keine besonderen Umstände dargelegt, auf Grund derer sie auf ein Einverständnis des Autohauses mit einer solchen Werbung per elektronischer Post schließen durfte. Die von der Beklagten angeführten Gesichtspunkte könnten allenfalls für ein mutmaßliches Einverständnis sprechen, das aber gerade nicht ausreicht. Die Werbung war auch nicht ausnahmsweise zulässig nach § 7 Abs. 3 UWG. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen nicht vor. Es fehlt schon an einer bestehenden Kundenbeziehung zwischen dem Versender und der Adressatin der elektronischen Post. 26
- e) Nach neuem Recht stellt die Werbung mit elektronischer Post nach § 7 Abs. 1, 2 Nr. 3 UWG n.F. erst recht eine unzulässige geschäftliche Handlung in Form einer unzumutbaren Belästigung eines Marktteilnehmers dar. Die Werbung unter Verwendung elektronischer Post ist hier unstreitig "ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung" des Adressaten erfolgt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage überhaupt nicht mehr, ob eine konkludente Einwilligung vorliegen könnte. 27
- f) Ist die Werbung mit elektronischer Post als Wettbewerbshandlung unlauter gewesen, so ist nach altem Recht nicht mehr gesondert zu prüfen gewesen, ob das Verhalten geeignet war, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer nicht nur unerheblich im Sinne von § 3 UWG a.F. zu beeinträchtigen (vgl. 28

BGH GRUR 2007, 607, 609 -Telefonwerbung für Individualverträge). Auch nach neuem Recht gilt nichts anderes. Die unzulässige geschäftliche Handlung beeinträchtigt den Wettbewerb in jedem Fall auch spürbar im Sinne des § 3 Abs. 2 UWG n.F.. Gerade eine für unzulässig gehaltene geschäftliche Handlung stellt aber -auch schon in einem einzigen Fall (vgl. OLG Düsseldorf MMR 2004, 820) - wegen des belästigenden Eingriffs in den Gewerbebetrieb und des Nachahmungseffekts eine solche spürbare Beeinträchtigung dar.

- g) Als Folge der Verletzungshandlung besteht weiterhin Wiederholungsgefahr. Die Wiederholungsgefahr ist insbesondere nicht dadurch weggefallen, dass die Beklagte sicher gestellt hat, dass die Autohaus T GmbH von ihr nicht mehr im Wege elektronischer Post angeschrieben wird. Für einen Wegfall der Wiederholungsgefahr bedarf es einer strafbewehrten Unterlassungserklärung der Beklagten, die diese aber gerade nicht abgegeben hat. Ohne eine solche Erklärung bleibt zu vermuten, dass die Beklagte weiterhin solche Versicherungen kostengünstig zu Lasten der Mitbewerber mit elektronischer Post Autohäusern anbietet, ohne sich vorab die Einwilligung dazu zu verschaffen. 29
- 3) Die Klägerin kann auch die Erstattung der Rechtsanwaltskosten verlangen, die ihr in Zusammenhang mit der Abmahnung und dem Aufforderungsschreiben zur Abgabe der Abschlusserklärung entstanden sind, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat. Dagegen wendet sich die Berufung im einzelnen auch nicht mehr. 30
- Die sich aus § 543 Abs. 2 ZPO ergebenden Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen in diesem Einzelfall nicht vor. 31
- Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 32
- Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 33