

Volltext zu MIR Dok.: 122-2007
Veröffentlicht in: MIR 04/2007
Gericht: OLG Naumburg
Aktenzeichen: 10 U 60/06
Entscheidungsdatum: 22.12.2006
Vorinstanz(en): LG Magdeburg, Az. 36 O 317/05

Permanenter Link zum Dokument: http://www.medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=624

www.medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen ausdrücklich nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar.

Inhaltliche oder redaktionelle Fehler vorbehalten.

OBERLANDESGERICHT NAUMBURG IM NAMEN DES VOLKES URTEIL

In dem Rechtsstreit

...

hat der 10. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg durch ... auf die mündliche Verhandlung vom 01. Dezember 2006 für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 06. Juli 2006 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Magdeburg wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Die Beschwer der Beklagten übersteigt 20.000,- Euro nicht.

Gründe

A.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Unterlassung der unaufgeforderten Zusendung von E-Mails zu Werbezwecken sowie auf Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch.

Die Klägerin ist eine Dienstleistungsgesellschaft für freie Berater und Vermittler der Finanzdienstleistungsbranche. Sie betreut in ihrem Geschäftsbetrieb nahezu 2000 Netzwerkpartner und kommuniziert mit ihren Kunden überwiegend per E-Mail. Die Beklagte organisiert in ihrem Geschäftsbetrieb Messen und Kongresse. Sie übersandte der Klägerin am 16. August 2005 per elektronischer Post unter deren E-Mail-Adresse eine allgemeine Information mit Ausstellereinladung. Am 07. September 2006 übermittelte sie an die geschäftliche E-Mail-Adresse der Mitarbeiterin der Klägerin Frau T. eine Werbe-E-Mail mit einem Newsletter zu der Fachmesse „I. 2006“ im Anhang. Wegen der Einzelheiten der E-Mail-Werbung wird auf den Ausdruck des Schreibens vom 07. September 2006 – Anlage K 1 – Blatt 11 d. A. – Bezug genommen.

Mit Anwaltsschreiben vom 18. Oktober 2005 ließ die Klägerin die Beklagte wegen des unaufgeforderten Versendens von E-Mail-Werbung abmahnen und forderte sie zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung bis zum 02. November 2005 auf. Zugleich machte die Klägerin die unter Zugrundelegung eines Geschäftswertes von 10.000,- Euro berechneten Anwaltskosten für die Abmahnung gegenüber der Beklagten geltend. Die Beklagte gab die geforderte Unterlassungsverpflichtungserklärung nicht ab und erwiderte in dem Anwaltsschreiben vom 02. November 2005, dass die Versendung der Informationsmaterialien per elektronischer Post nicht wettbewerbswidrig sei, da sie sich auf eine zuvor telefonisch eingeholte Einwilligung der Klägerin berufen könne. Die Klägerin stellte mit weiteren Schreiben vom 07. November 2005 ein Einverständnis zur E-Mail-Werbung in Abrede und setzte der Beklagten zur Abgabe der Unterlassungsverpflichtungserklärung sowie zur Erstattung der Abmahnkosten eine Nachfrist bis zum 15. November 2005. Unter dem 08. November 2005 teilte die Beklagte mit, dass die Klägerin aus dem Verteiler ihres elektronischen Newsletter zwischenzeitlich gestrichen worden sei, die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung verweigerte die Beklagte endgültig.

Unter dem 20. Januar 2006 erbat die Klägerin per E-Mail von der Beklagten einen Lageplan für die Messe „I. Professional“. Am 31. Januar 2006 zeigte der Vorstandsvorsitzende der Klägerin Interesse an zusätzlichen Informationen über die Ausstellung „I. Professional“.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, dass die Übersendung der Informations- und Werbematerialien per elektronischer Post mit E-Mails vom 16. August und 07. September 2005 wettbewerbswidrig sei, die Beklagte verstoße gegen das Verbot des § 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 UWG, denn sie habe in eine Zusendung von Werbung unter Verwendung der elektronischen Post nicht eingewilligt. Die Beklagte könne sich hier auch nicht auf den Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG berufen. Sie hat ist der Meinung gewesen, dass selbst für den Fall, dass der Vortrag der Beklagten richtig sei, nämlich dass das Callcenter der Beklagten tatsächlich bei der Klägerin vorab angerufen habe und ein Mitarbeiter der Klägerin den Namen des Vorstandsvorsitzenden S. als Ansprechpartner benannt habe, hierin aber noch keineswegs eine Zustimmung mit der Zusendung von E-Mail-Werbung zu sehen sei. Die Klägerin habe ein schützenswertes Interesse daran, von unverlangter E-Mail-Werbung verschont zu bleiben, weil die Klägerin hierdurch in ihrem reibungslosen Betriebsablauf aufgrund der Art der von ihr angebotenen Dienstleistung empfindlich gestört werde.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes in Höhe von 1.000,- EURO, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, wobei die Ordnungshaft an deren Geschäftsführer zu vollstrecken ist, unter Ausschluss der Einrede des Fortsetzungszusammenhanges zu unterlassen, ohne Einwilligung Werbung unter Verwendung elektronischer Post an die Klägerin zu versenden;
2. die Beklagte ferner zu verurteilen, an sie 756,09 Euro nebst 4 % Zinsen über den Basiszinssatz seit dem 27. Januar 2006 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, ihr Callcenter habe am 11. Juli 2005 bei der Klägerin angerufen und darauf hingewiesen, dass die Klägerin im Verteiler der Beklagten für die Messe „I.“ aufgenommen worden sei. Auf Frage der

Beklagten, ob es einen Ansprechpartner bei der Klägerin für Messen gebe, sei ihr der Name des Vorstandsvorsitzenden der Klägerin genannt und Interesse für die neue Veranstaltung I. Professional bekundet worden. Sie hat daher die Ansicht vertreten, dass die Übersendung der Werbe-E-Mails nicht unlauter sei und nicht gegen das Verbot aus § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG verstoße, da sie sich auf eine Einwilligung der Klägerin mit der elektronischen Post berufen könne. Dass die Klägerin mit der Übersendung von Werbe-E-Mails der Beklagten grundsätzlich einverstanden sei, zeige sich schließlich auch darin, dass ein Mitarbeiter der Klägerin am 20. Januar 2006 und anschließend der Vorstandsvorsitzende S. unter dem 31. Januar 2006 Informationsmaterialien von der Beklagten abgefordert hätten. Die Klägerin selbst bediene sich in ihrem Geschäftsbetrieb des Internets als Medium und wirke an einem Experten-Presse-Rundschreiben per E-Mail mit, dann könne sie sich aber selbst nicht als unzumutbar belästigt sehen, wenn man ihr nun ihrerseits Werbe-E-Mails zusendet. Der Klägerin sei schließlich verwehrt, einen Unterlassungsanspruch aus dem nur subsidiär anwendbaren Rahmenrecht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs nach §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB herzuleiten. Der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb sei kein Rechtsgut im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, sondern könne allenfalls einen Auffangtatbestand begründen. Das Recht des Unternehmens sei dabei aber nicht geeignet, das UWG zu ergänzen oder gar fortzuschreiben und Unternehmerinteressen zu schützen, die das UWG nicht habe schützen wollen.

Das Landgericht hat mit dem am 06. Juli 2006 im schriftlichen Verfahren verkündeten Urteil der Klage überwiegend statt gegeben und die Beklagte verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes in Höhe von 1.000,- Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, wobei die Ordnungshaft hinsichtlich der Beklagten an deren Geschäftsführer zu vollstrecken ist, unter Ausschluss der Einrede des Fortsetzungszusammenhanges zu unterlassen, ohne Einwilligung Werbung unter Verwendung elektronischer Post an die Klägerin zu versenden, sowie ferner an die Klägerin 378,04 Euro nebst 4 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 28. Januar 2006 zu zahlen. Im übrigen hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung ist im wesentlichen ausgeführt, dass die Klägerin ihren Abwehranspruch zwar mangels eines Wettbewerbsverhältnisses nicht auf §§ 7, 8, 12 UWG stützen könne, wohl aber wegen eines Eingriffs in den ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb auf §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB. Bereits die Übersendung einer einzigen elektronischen Werbenachricht begründe einen betriebsbezogenen Eingriff in den Gewerbebetrieb des Empfängers, was in der Verbotsvorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG in der seit dem 08. Juli 2004 geltenden Fassung letztlich auch seine Bestätigung gefunden habe. Im Rahmen einer richtlinienkonformen Auslegung müsse das Belästigungsverbot des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG auch außerhalb eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses Geltung beanspruchen, anderenfalls liefe nämlich Artikel 13 der Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG ins Leere. Für die Annahme einer unzumutbaren Belästigung komme es auch nicht auf die Anzahl der den Empfänger zugehenden E-Mails an, vielmehr stelle sich jede einzelne E-Mail als Teil des zu bekämpfenden Spammings dar. Ein hinreichend substantiiertes Vortrag der insoweit darlegungspflichtigen Beklagten zu dem Vorliegen einer Einwilligung der Klägerin mit dem Versenden der Werbe-E-Mails fehle. Die Beklagte habe schließlich auch versäumt, zu den Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes aus § 7 Abs. 3 UWG hinreichend vorzutragen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiter verfolgt.

Sie trägt unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ergänzend vor, dass die Klägerin anlässlich des Telefonates vom 11. Juli 2005 Interesse für die neue Veranstaltung „I.“ geäußert habe und ihren Vorstandsvorsitzenden unter Angabe der genauen Anschrift, der Telefonnummer sowie der E-Mail-Adresse als Ansprechpartner benannt habe. Diese Angaben und persönlichen Daten seien in einem sog. „Kontaktreport“ vom 11. Juli 2005 aufgenommen worden. Sie meint, da ihr die E-Mail-Adresse des Vorstandsvorsitzenden der Klägerin mitgeteilt worden sei, habe sie auch davon ausgehen können, dass die Klägerin keine Einwände gegen den Empfang elektronischer Werbenachrichten erhebe. Das Landgericht habe im übrigen zu Unrecht auf den Auffangtatbestand des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes aus §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB zurück gegriffen. Da der Bundesgesetzgeber die Datenschutzrichtlinie in der Weise umgesetzt habe, dass er dem Marktteilnehmer, der nicht Mitbewerber sei, keinen Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1, Abs. 3 UWG zuerkannt habe, könne nicht von einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke ausgegangen werden. Auch könnten vereinzelt gebliebenen Mails nicht ein solches Gewicht beigemessen werden, so dass ein haftungsbegründender Eingriff in das Unternehmen gerechtfertigt erscheine.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Magdeburg vom 06. Juli 2006 die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Wegen des weitergehenden Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Beklagten bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Das Landgericht hat in der angefochtenen Entscheidung zu Recht und mit zutreffender Begründung einen Unterlassungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte wegen der unaufgeforderten Versendung der Werbe-E-Mails bejaht und der Beklagten zudem einen Kostenerstattungsanspruch wegen der Anwaltskosten für die berechnete Abmahnung zugesprochen.

I.

Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, kann die Klägerin ihren Abwehranspruch allerdings nicht auf § 8 Abs. 1 UWG in Verbindung mit § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG stützen. Für die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs aus § 8 Abs. 1 UWG fehlt ihr die Aktivlegitimation nach § 8 Abs. 3 UWG. Denn sie steht nicht als Mitbewerberin im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zu der Beklagten. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass sich die Geschäftsbereiche der Parteien überschneiden und die Beklagte auch nur potentiell oder mittelbar in der Lage wäre, die Absatzchancen der Klägerin zu beeinträchtigen. Als eine bloße Marktteilnehmerin, die nur im Vertikalverhältnis und nicht als Mitbewerberin (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG) durch die Zusendung der Werbe-E-Mails betroffen ist, ist ihr durch § 8 Abs. 3 UWG verwehrt, aus Wettbewerbsrecht vorzugehen.

II.

Der Unterlassungsanspruch der Klägerin folgt hier jedoch wegen eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB.

1. Die nach dem Gesetz über den unlauteren Wettbewerb fehlende Sachbefugnis des als Empfänger der elektronischen Post Betroffenen erfordert einen Rückgriff auf den durch die Rechtsprechung entwickelten Auffangtatbestand des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes.

Entgegen der Ansicht der Beklagten wird die Anwendung des als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannten Rahmensrechts des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes und ein hieraus resultierender quasinegatorischer Abwehranspruch aus §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB nicht schon wegen einer Subsidiarität gegenüber den spezialgesetzlichen Schutzvorschriften der §§ 3, 7 Abs. 2 Nr. 3, 8 Abs. 1 UWG verdrängt. Zutreffend ist, dass es sich bei dem deliktsrechtlichen Unternehmensschutz nach §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB um einen offenen Auffangtatbestand handelt, der eine ansonsten bestehende Lücke, insbesondere im gewerblichen Rechtsschutz, zur Wahrung schutzwürdiger Interessen des Gläubigers schließen soll und dessen Inhalt und Grenzen sich erst im Ergebnis einer umfassenden Interessen- und Rechtsgüterabwägung mit der im Einzelfall konkret kollidierenden Interessensphäre anderer ergeben (vgl. Thomas in Palandt, BGB, 66. Aufl., § 823 BGB Rdn. 126 m.w.N.). Der durch Rechtsprechung und Lehre entwickelte deliktische Unternehmensschutz ist dazu bestimmt, den wettbewerbsrechtlichen Schutz bei bestehen regelungsbedürftiger Lücken zu ergänzen; dem § 823 Abs. 1 BGB kommt im Wettbewerbsrecht mithin eine lückenausfüllende Funktion zu (vgl. BGH GRUR 2004, 877, 880 – Werbeblocker; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 24. Aufl., Einl.UWG Rdn. 7.26).

Eine Rechtsschutzlücke, die einen Rückgriff auf den subsidiär anwendbaren Auffangtatbestand des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes rechtfertigt, hat hier vorgelegen. Der durch die E-Mail-Werbung belästigte Unternehmer kann, da er nur als Marktteilnehmer im Vertikalverhältnis und nicht als Mitbewerber im Sinne der §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG betroffen ist, nicht aus Wettbewerbsrecht nach § 8 Abs. 1 UWG vorgehen. Ihm bleibt nur der subsidiär geltende Weg über das Deliktsrecht nach §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 24. Aufl., § 7 UWG Rdn. 74; Brömmelmeyer, E-Mail-Werbung nach der UWG-Reform, GRUR 2006, 285, 287, 289). Es ist schließlich auch nichts dafür ersichtlich, dass der Reformgesetzgeber mit der am 08. Juli 2004 in Kraft getretenen UWG-Novelle im Hinblick auf die §§ 7 Abs. 2 Nr. 3, 8 Abs. 1 UWG eine abschließende Exklusivregelung für unzumutbare Belästigungen durch unaufgeforderte Versendung elektronischer Post hat schaffen

wollen, die außerhalb eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses eine subsidiäre Heranziehung des Bürgerlichen Rechts ausschließen sollte. Das Lauterkeitsrecht geht vielmehr davon aus, dass der Individualschutz der von § 8 Abs. 3 UWG nicht berücksichtigten Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer durch das Bürgerliche Recht ausreichend sicher gestellt wird (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 24. Aufl., § 8 UWG Rdn. 3.4; ders., a.a.O., Einl. UWG Rdn. 7.38).

Würde man den durch den Empfang von Werbe-E-Mails betroffenen Unternehmen eine Berufung auf das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb versagen wollen, liefe die Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG im Ergebnis ins Leere (vgl. OLG Düsseldorf MMR 2004, 820 – 821 zitiert nach juris). Denn die Betroffenen würden in diesem Fall darauf angewiesen sein, dass Mitbewerber oder aber Verbände, abhängig von den jeweiligen Interessen, tätig werden.

2. Die haftungsbegründenden Voraussetzungen eines auf den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz gestützten, quasinegatorischen Unterlassungsanspruches hat das Landgericht zutreffend bejaht.

a) Durch die per elektronischer Post unaufgefordert übermittelte Werbung wird der Schutzbereich des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes der Klägerin verletzt.

aa) Einen in tatbestandlicher Hinsicht erforderlichen unmittelbaren, betriebsbezogenen Eingriff in den gewerblichen Tätigkeitsbereich der Klägerin hat das Landgericht zutreffend bejaht.

Unerwünschte Werbezusendungen stellen wegen ihres besonders belästigenden Charakters in der Regel einen unterlassungsrelevanten Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des E-Mail-Empfängers dar, dies gilt selbst dann, wenn allein die Übersendung einer einzigen Werbenachricht in Rede steht (vgl. OLG München MMR 2004, 324 ff zitiert nach juris; OLG Düsseldorf MMR 2004, 820 - 821 zitiert nach juris; Thüringer OLG WRP 2006, 611 zitiert nach juris). Diese Wertung findet ihre Bestätigung in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG in der seit dem 08. Juli 2004 geltenden Fassung, der präzise Kriterien für die Beurteilung der Zusendung von Werbeinformationen an private oder geschäftliche Empfänger aufstellt und zur Ausfüllung des Rahmenrechts des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs aus § 823 Abs. 1 BGB herangezogen werden kann (vgl. OLG Düsseldorf MMR 2004, 820 - 821 zitiert nach juris; Thüringer OLG, WRP 2006, 611 zitiert nach juris; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 24. Aufl., Einl. UWG Rdn. 7.38). § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG, der Artikel 13 der Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG umsetzt, verbietet ausdrücklich Werbung mit elektronischer Post als unzumutbare Belästigung des Marktteilnehmers, soweit eine Einwilligung des Adressaten nicht vorliegt oder der Werbende die E-Mail-Adresse eines Kunden nicht im Zusammenhang mit dem Kauf einer Ware oder Dienstleistung erhalten hat und er sie deshalb auch nicht unter bestimmten weiteren Voraussetzungen für die Direktwerbung für eigene oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen nutzen darf (§ 7 Abs. 3 UWG). Eine Unterscheidung zwischen Verbrauchern und Unternehmern findet in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG nicht statt.

Eine per elektronischer Post übersandte Werbe-E-Mail ist danach - auch wenn sie gegenüber Gewerbetreibenden erfolgt - aufgrund ihres besonderen belästigenden Charakters nur bei vorherigen ausdrücklichen oder konkludenten Einverständnis zulässig. Ansonsten begründet sie eine nicht unerhebliche Störung der betrieblichen Arbeitsabläufe (vgl. Thüringer OLG WRP 2006, 611 zitiert nach juris; OLG Düsseldorf MMR 2004, 820 – 821 zitiert nach juris; KG NJW-RR 2005, 51).

bb) Die tatbestandlichen Voraussetzungen der zur Ausfüllung des Rahmenrechts aus § 823 Abs. 1 BGB heranzuziehenden Verbotsvorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG liegen hier vor.

(1) Die Klägerin hat unter dem 16. August 2005 und 07. September 2005 Werbe-E-Mails von der Beklagten empfangen. Sie hat in diesem Zusammenhang überdies unbestritten vorgetragen, dass sie bei Ausübung ihrer betrieblichen Tätigkeit in besonderem Maße auf den E-Mail-Verkehr angewiesen sei. Der Schriftverkehr mit ihren Kunden, die ihr Dienstleistungsangebot in Anspruch nehmen würden, erfolge in erster Linie über E-Mails, was aber zugleich bedeute, dass jede im Betrieb der Klägerin eingehende E-Mail als potentielle Kundenanfrage geöffnet und auch gesichtet werden müsse. Das Herausfiltern der unaufgeforderten Werbezusendungen von den interessierenden Kundenzusendungen binde danach aber Arbeitszeit der Mitarbeiter, die anderenfalls für die Beantwortung von Kundenanschriften verwendet werden könne.

(2) Mit Recht hat das Landgericht das Vorliegen einer Einwilligung der Klägerin in die Übersendung der elektronischen Post verneint. Unter einer Einwilligung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG versteht man jede Willensbekundung, die in Kenntnis der Sachlage ohne Zwang für den konkreten Fall erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 24. Aufl., § 7 UWG Rdn. 72). Die insoweit darlegungs- und be-

weispflichtige Beklagte hat die Erteilung eines entsprechenden Einverständnisses nicht schlüssig und hinreichend substantiiert darzulegen vermocht.

(a) Soweit sich die Beklagte auf das mit dem Callcenter ihres Unternehmens am 11. Juli 2005 geführte Telefonat beruft, behauptet sie selbst nicht, dass sich die Klägerin ausdrücklich mit der Übersendung von Werbe-E-Mails einverstanden erklärt habe. Sie trägt in diesem Zusammenhang vielmehr lediglich vor, dass der nicht näher bestimmbare Mitarbeiter der Klägerin, der das Telefonat am 11. Juli 2005 entgegen genommen habe, Interesse an der neuen Veranstaltung „I. „ geäußert und im übrigen den Vorstandsvorsitzenden der Klägerin als Ansprechpartner für alle mit Messen im Zusammenhang stehenden Fragen benannt habe. Dass die Klägerin dabei zugleich der Zusendung von Werbematerialien zugestimmt habe, geht aus diesem Sachvortrag indessen nicht hervor. Etwas anderes lässt sich auch nicht aus dem erstmals in der Berufungsinstanzen vorgelegten sog. Kontaktreport vom 11. Juli 2006 (Anlage B 3 – Blatt 120 d. A.) entnehmen.

Keiner abschließenden Entscheidung des Senates bedarf die Frage, ob der erstmals im Berufungsrechtszug vorgelegte Kontaktreport als neues Verteidigungsvorbringen der Beklagten nach §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO zugelassen werden darf. Denn auch ungeachtet des Vorliegens der qualifizierten Zulassungsvoraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO ist der zur Akte gereichte Kontaktreport jedenfalls nicht geeignet, den Vortrag der Beklagten zu einer Einverständniserklärung der Klägerin zu substantiieren. Zwar ist in dem Gesprächsformular die Rubrik angekreuzt, dass Interesse bestehe, Infos zu bekommen. Diese generelle Interessensbekundung konnte die Beklagte jedoch noch nicht zweifelsfrei als Aufforderung werten, der Klägerin insbesondere per E-Mail nunmehr Werbematerialien versenden zu dürfen. Von der besonderen Form der Werbeübermittlung per elektronischer Post ist in dem Report nicht die Rede. Die Bekundung eines allgemeinen Interesses an der Messeveranstaltung „I. Professional 2006“ konnte auch durchaus so verstanden werden, dass die Klägerin über ihren Vorstandsvorsitzenden im Bedarfsfall von sich aus entsprechende Informationsmaterialien abfordern wollte. Im übrigen weist der Kontaktreport keine Unterschrift des Gesprächsführers auf, so dass die Authentizität des Gesprächsvermerkes nicht gewährleistet ist. Der Kontaktreport ist zum Nachweis des Gesprächsinhaltes insofern ungeeignet.

(b) Die Beklagte konnte schließlich auch nicht aus den Umständen des Falls auf ein konkludent erklärtes Einverständnis der Klägerin mit der E-Mail-Versendung weiterer Werbematerialien schließen.

(aa) Das anlässlich des Gesprächs potentiell geäußerte Interesse der Klägerin an „I. 2006“, das von der Beklagten auch nicht vor der Versendung der E-Mail konkret hinterfragt worden ist, vermag zur Begründung derartiger konkreter Umstände jedenfalls nicht zu genügen (vgl. ebenso OLG Düsseldorf MMR 2004, 820-821 zitiert nach juris; Thüringer OLG WRP 2006, 611 zitiert nach juris). Durch ein lediglich unspezifiziertes und abstrakt geäußertes Interesse an einer Geschäftsbeziehung hat die Klägerin nämlich nicht schon stillschweigend zum Ausdruck gebracht, dass sie mit der besonderen Übersendungsform der E-Mail-Werbung einverstanden sei. Gleiches gilt für die Annahme eines Bedarfs bei dem Beworbenen (vgl. Thüringer OLG WRP 2006, 611 zitiert nach juris).

(bb) Auch in der Bekanntgabe der Telefax-Nummer oder der E-Mail-Adresse des Vorstandsvorsitzenden kann eine Einwilligung in die Zusendung von Werbung nicht ohne weiteres erblickt werden (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 24. Aufl., § 7 UWG Rdn. 73). Die Klägerin hat im übrigen zu Recht darauf hingewiesen, dass die Beklagte die Werbenachrichten nicht etwa an die laut Gesprächsreport anlässlich des Telefonates vom 11. Juli 2005 angegebene E-Mail-Adresse des Vorstandsvorsitzenden versandt hat, sondern an die E-Mail-Adresse einer Mitarbeiterin der Klägerin. Selbst wenn man also in der Bekanntgabe der E-Mail-Anschrift eine konkludent erteilte Einwilligung in die Übersendung von Nachrichten per elektronischer Post sehen wollte, würde sich diese Einwilligung aber auch nur auf die mitgeteilte E-Mail-Adresse beziehen können und nicht auf jede andere.

(cc) Ein bloßes Schweigen auf die Ankündigung der Beklagten einer Telefon- oder Telefaxwerbung stellt regelmäßig noch kein konkludent erklärtes Einverständnis dar (vgl. Thüringer OLG WRP 2006, 611 zitiert nach juris).

(dd) Soweit sich die Beklagte ferner darauf berufen hat, dass die Klägerin selbst Werbung über das Internet betreibt und sogar an einem Experten-Presse-Rundschreiben per E-Mail mitgewirkt habe und sich daher als Werbetreibende, die selbst das Medium Internet nutze, nicht belästigt fühlen könne, wenn man ihr E-Mail-Werbung zusende, vermag sie mit diesem Argumentationsansatz nicht zu überzeugen. Wer sein Unternehmen selbst über E-Mail bewirbt, gibt hiermit noch keineswegs konkludent zu verstehen, dass er auch mit dem Empfang von E-Mail-Werbung per elektronischer Post generell einverstanden ist (ähnlich Thüringer OLG WRP 2006, 611 zitiert nach juris).

(ee) Die Tatsache, dass sich die Klägerin später, nämlich im Januar 2006, ihrerseits an die Beklagte gewandt und um Übersendung von Informationsmaterialien gebeten hat, rechtfertigt ebenfalls keine abweichende Beurteilung. Die spätere Bitte um Zusendung weiterer Informationen aus Januar 2006 lässt insbesondere nicht den Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG wegen der unaufgeforderten Übersendung von Werbe-E-Mails aus August und September 2005 nachträglich entfallen.

Die späteren Anfragen der Klägerin aus Januar 2006 stehen mit den beanstandeten Werbe-E-Mails der Klägerin inhaltlich nicht im Zusammenhang. Es ist auch weder dargetan noch nach den Umständen ersichtlich, dass die Klägerin die Zusendung der Werbematerialien unter Verwendung der elektronischen Post nachträglich genehmigen wollte. Im übrigen ist eine nachträglich erklärte Genehmigung für den Verbotstatbestand des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ohne Bedeutung; die begangene Verletzung wird hierdurch nicht gerechtfertigt; nur bei vorheriger Erteilung der Zustimmung, nämlich bei einer Einwilligung, entfällt ein Verstoß gegen die Verbotsnorm des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG.

(c) Die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung aufgrund einer gewerblichen Tätigkeit der Klägerin kommt nicht in Betracht.

(aa) Bereits systematische Erwägungen sprechen gegen eine Anknüpfung an eine mutmaßliche Einwilligung des Gewerbetreibenden im Rahmen des Tatbestandes des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG (vgl. OLG Bamberg, Urteil vom 27. September 2006, 3 U 363/05). Während § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ausdrücklich zwischen Verbraucher und Gewerbetreibenden differenziert und für den Gewerbetreibenden ein mutmaßliches Einverständnis genügen lässt, enthält § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG keine derartige Differenzierung zwischen Verbraucher und Unternehmer. Aus der Tatsache, dass in dem hier entsprechend heranzuziehenden Tatbestand des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG eine entsprechende Differenzierung fehlt, kann aber gefolgert werden, dass sie der Gesetzgeber bei den dort genannten Werbemethoden auch nicht gewollt hat (vgl. OLG Bamberg, Urteil vom 27. September 2006, 3 U 363/05 zitiert nach juris).

(bb) Das Ergebnis dieser systematischen Auslegung wird gestützt durch die Gesetzesmaterialien. In der Begründung des Regierungsentwurfes ist nämlich ausgeführt, dass die genannten Werbeformen gerade im geschäftlichen Bereich einen stark belästigenden Charakter aufweisen und daher von der in der Richtlinie 2002/58/EG eröffneten Möglichkeit der Differenzierung bewusst kein Gebrauch gemacht wird (vgl. BT-Drucksache 15/1487 vom 22. August 2003; OLG Bamberg, Urteil vom 27. September 2006, 3 U 363/05 zitiert nach juris).

(cc) Eine Differenzierung entsprechend § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG wäre für Telefaxsendungen und den elektronischen Verkehr auch weder sach- noch interessengerecht. Die Arbeitsabläufe eines Gewerbebetriebes können durch Werbemails besonders nachhaltig gestört werden. Denn anders als Privatpersonen wird ein Gewerbetreibender kaum darauf vertrauen dürfen, dass die in der E-Mail-Software enthaltenen SPAM-Filter ausschließlich Werbemails aussortieren und deshalb gehalten seien, den Inhalt eingehender Werbemails stets selbst zu überprüfen, um sicher ausschließen zu können, dass es sich nicht um Kundenpost handelt. Hinzu kommt, dass gerade Gewerbetreibende häufig Internetseiten zur Darstellung ihrer Tätigkeit unterhalten und wegen der dort veröffentlichten E-Mail-Adressen einem verstärkten Aufkommen unerwünschter Werbemails ausgesetzt sind (vgl. OLG Bamberg, Urteil vom 27. September 2006, 3 U 363/05 zitiert nach juris). Die hieraus resultierenden Belastungen rechtfertigen es aber, für Gewerbetreibende schärfere Anforderungen an das Vorliegen einer Einwilligung anzunehmen und ein bloß mutmaßliches Einverständnis nicht ausreichen zu lassen.

cc) Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des § 7 Abs. 3 UWG hat das Landgericht ebenfalls zu Recht verneint. Hierzu fehlt jeglicher Sachvortrag der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten.

Danach aber stellt die Übersendung der Werbe-E-Mails am 16. August und 07. September 2005 ein Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG dar. Auch wenn die Klägerin mangels Vorliegens eines Wettbewerbsverhältnisses hieraus keinen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 UWG stützen kann, ist – wie bereits ausgeführt – die gesetzliche Wertung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG jedoch auch unter dem Gesichtspunkt des betriebsbezogenen Eingriffs in das Recht des Unternehmens von Bedeutung (vgl. OLG Düsseldorf MMR 2004, 820 – 821 zitiert nach juris; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 24. Aufl., § 7 UWG Rdn. 84; ders., a.a.O., Einl.UWG Rdn. 7, 38).

b) Aufgrund einer umfassenden Gesamtwürdigung sowohl der Eingriffshandlung als auch der Art der Schädigung und des Schutzzweckes des verletzten Rechts ist der Senat zu dem Ergebnis gelangt, dass der in der unaufgeforderten Zusendung der Werbenachrichten per elektronischer Post liegende unmittelbare, betriebsbezogene Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin auch rechtswidrig ist.

Im Rahmen der gebotenen Interessen- und Rechtsgüterabwägung kann dabei gleichfalls wieder auf die gesetzliche Wertung des § 7 Abs. 2 UWG zurück gegriffen werden (vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 24. Aufl., Einl. UWG Rdn. 7.38).

Eine einzelne unerwünschte Werbe-E-Mail mag zwar den Grad einer bloßen Belästigung nicht überschreiten. Die bloß vereinzelt gebliebene Mail ist für die Interessenabwägung aber auch nicht maßgeblich. Bei den Übermittlungsformen per elektronischer Post ist für die Frage der unzumutbaren Belästigung nämlich nicht auf die einzelne Zusendung, sondern auf das Massenphänomen abzustellen (vgl. BGH; Urteil vom 01. Juni 2006, I ZR 167/03 bezüglich Telefaxwerbung; BGH NJW 2004, 1655 ff zitiert nach juris; OLG Düsseldorf MMR 2004, 820 - 821 zitiert nach juris; KG NJW-RR 2005, 51, 52). Das Internet hat eine weite Verbreitung gefunden, da durch die Übermittlung per E-Mail eine billige, schnelle und durch Automatisierung arbeitssparende Versendungsmöglichkeit besteht. Diese Werbeart ist daher, soweit sie nicht ohnehin schon einen erheblichen Umfang erreicht hat, auf ein immer weiteres Umsichgreifen angelegt. Denn ohne Einschränkungen der E-Mail-Werbung ist aufgrund ihrer Vorteilhaftigkeit für den Werbenden mit einem Nachahmungseffekt bei denjenigen Mitbewerbern zu rechnen, die bislang nicht mittels E-Mail geworben haben, sich aus Wettbewerbsgründen jedoch hierzu gezwungen sehen (vgl. BGH NJW 2004, 1655 – 1658 zitiert nach juris). Der zu erwartenden Flut an Werbe-E-Mails gilt es daher möglichst in einem frühen Stadium wirkungsvoll Schranken zu setzen.

Müssten bei Sichten eingehender Werbe-E-Mails die interessierenden Zusendungen nämlich zunächst einmal stets mühsam aus einer Fülle unaufgeforderter Werbezusendungen herausgefiltert werden, kann dies eine erhebliche Belastung des Arbeitsablaufes in einem Unternehmen bedeuten. Denn selbst das Aussortieren von unerbetener Werbung anhand der entsprechenden Betreffzeile ist mit erheblichen Aufwand und Mühen verbunden. Hinzu kommt, dass gerade Gewerbetreibenden häufig Internetseiten zu eigenen Werbezwecken vorhalten und wegen der dort veröffentlichten E-Mail-Adressen mit einem erhöhten Aufkommen unerwünschter Werbe-Mails rechnen müssen. In diesem Zusammenhang ist auch die Gefahr der Virenverbreitung nicht zu unterschätzen, die von dem Empfänger der Mail die Entscheidung abverlangt, ob eine E-Mail überhaupt geöffnet werden kann (vgl. LG Hamburg, Urteil vom 09. Juli 2004, 327 O 155/04 zitiert nach juris). Die einzelne Werbe-E-Mail darf insofern nicht isoliert betrachtet werden, sondern ist als Teil des nach allgemeiner Auffassung zu bekämpfenden Spammings aufzufassen. Es besteht dabei ein schutzwürdiges Interesse der Gewerbetreibenden, eine Überflutung der Empfänger mit elektronischer Post bzw. Werbepost abzuwehren (vgl. OLG Düsseldorf MMR 2004, 820 – 821 zitiert nach juris).

Diese Bewertung steht im übrigen im Einklang mit der Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG (vgl. OLG Düsseldorf MMR 2004, 820 – 821 zitiert nach juris).

Höherwertige schutzwürdige Interessen der Beklagten, die eine Zusendung der Werbung per E-Mail ausnahmsweise gerechtfertigt erscheinen ließen, sind hier weder dargetan noch nach den Umständen ersichtlich. Durch die Untersagung der E-Mail-Werbung wird der Beklagten nicht jegliche Werbemöglichkeit für ihr Leistungsangebot unterbunden; selbst die hier in Rede stehende Werbung durch elektronische Post bleibt zulässig, wenn eine Einwilligung des Empfängers vorliegt.

3. Die für den Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB erforderliche Wiederholungsgefahr ist hier aufgrund der vorangegangenen Verletzungshandlungen vom 16. August und 07. September 2005 anzunehmen. Die vorangegangene rechtswidrige Beeinträchtigung des Rechts am Unternehmen begründet nämlich in der Regel eine tatsächliche Vermutung für das Bestehen einer Wiederholungsgefahr, an deren Widerlegung hohe Anforderungen zu stellen sind (vgl. BGH NJW 1986, 2503, 2504; OLG Düsseldorf MMR 2004, 820 - 821). Der Umstand, dass die Beklagte die Klägerin aus ihrem Verteiler gestrichen hat, lässt die Wiederholungsgefahr jedenfalls als solches noch nicht entfallen, zumal die Beklagte ihre frühere Verfahrensweise auch noch weiterhin als zulässig verteidigt hat. Hier kommt hinzu, dass die Beklagte sich gewei-gert hat, die geforderte strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Dies aber indiziert ebenfalls eine ernsthafte Besorgnis zukünftiger weiterer Störungen .

III.

Die Entscheidung über die Androhung von Ordnungsmitteln beruht auf § 890 Abs. 2 ZPO.

IV.

Der Anspruch auf Erstattung der Kosten der vorprozessualen Abmahnung unter Einschaltung eines Rechtsanwaltes folgt aus den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 670, 677, 683 BGB, da sich die Abmahnung als berechtigt erwiesen hat (vgl. Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 24. Aufl., § 12 UWG Rdn. 1.90 m.w.N.).

Die Beklagte hat die Rechtsanwaltskosten in dem durch das Landgericht zuerkannten Umfang auch nicht mit der Berufung angegriffen.

V.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Die Revision an den Bundesgerichtshof wird nicht nach § 543 Abs. 1 ZPO zugelassen, da der Rechtssache weder eine grundsätzliche Bedeutung beizumessen ist (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).