

**Volltext zu MIR Dok.:** 017-2007  
**Veröffentlicht in:** MIR 01/2007  
**Gericht:** OLG Bamberg  
**Aktenzeichen:** 3 U 363/05  
**Entscheidungsdatum:** 6.09.2006  
**Vorinstanz(en):**

**Permanenter Link zum Dokument:** [http://www.medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir\\_dok\\_id=519](http://www.medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=519)

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 BAMBERG

### Im Namen des Volkes

### URTEIL

#### In dem Rechtsstreit

Der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Bamberg hat unter Mitwirkung des ... aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 6. September 2006

für Recht erkannt:

- I. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Würzburg vom 24.11.2005 wird zurückgewiesen.
- II. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.
- V. Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf 7.689,00 EUR festgesetzt.

#### Gründe:

Gegenstand des Rechtsstreits sind wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche wegen unaufgeforderter E-Mail-Werbung und Abmahnkosten.

Die Beklagte erbringt Internetdienstleistungen und handelt mit Adressenmaterial. Der klagende Verein ist ein rechtsfähiger Verband zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG.

Am 16. 12. 2004 übersandte die Beklagte an den Zeugen Werbezwecken eine E-Mail (Anlage K1), ohne dass eine Zustimmung des Empfängers vorlag oder zwischen diesem und der Beklagten bereits ein geschäftlicher Kontakt bestanden hätte.

Der Zeuge hat diesen Sachverhalt dem Kläger mit Schreiben vom 15. 2. 2005 (Anlage K2), dort eingegangen am 17. 2. 2005, mitgeteilt.

Der Kläger hat die Beklagte mit Schreiben vom 22. 2. 2005 (Anlage K4) erfolglos zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung aufgefordert. Mit einem Schlichtungsverfahren vor der Einigungsstelle für Wettbewerbsstreitigkeiten bei der Industrie- und Handelskammer Würzburg-Schweinfurt war die Beklagte nicht einverstanden (Protokoll der Einigungsstelle vom 13. 7. 2005 - Anlage K7)

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrags im ersten Rechtszug sowie der gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 33 und 34 d.A.) ergänzend verwiesen.

Das LG hat der Klage ohne Beweisaufnahme in vollem Umfang stattgegeben.

Es hat im Wesentlichen ausgeführt, es handle sich bei der beanstandeten Werbung um eine unzumutbare Belästigung. Diese sei auch nicht nach § 7 Abs. 3 UWG zulässig, weil zwischen der Beklagten und dem Zeugen glg@WM keine konkrete Geschäftsbeziehung bestanden habe.

Der Anspruch sei bei Einreichung der Klage am 17. 8. 2005 noch nicht verjährt gewesen. Für den Verjährungsbeginn komme es nicht auf die Kenntnis des E-Mail-Empfängers, sondern des Klägers an.

Die Abmahnkosten seien gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG zu ersetzen.

Das Urteil wurde der Beklagten am 5. 12. 2005 zugestellt. Sie hat am 22. 12. 2005 Berufung eingelegt und diese am 6. 2. 2006, einem Montag, begründet.

Die Beklagte beanstandet die vom LG zur Verjährung vertretene Rechtsauffassung. Abzustellen sei auf die Kenntnis des Verletzten und nicht die des Klägers. Die Verjährung sei deshalb bereits am 16. 5. 2005 eingetreten. Sollte auf die Kenntnis des Klägers abzustellen sein, hätte das LG den Zeugen vernehmen müssen; dieser sei von der Beklagten zum Beweis dafür benannt worden, dass der Kläger bereits vor dem 17. 2. 2005 von der Verletzungshandlung Kenntnis hatte.

Die Entscheidung sei auch in der Sache unrichtig. An Gewerbetreibende könne E-Mail-Werbung versandt werden, wenn konkrete tatsächliche Umstände ein sachliches Interesse vermuten lassen. Es habe sich bei der streitgegenständlichen E-Mail nicht um den „üblichen elektronischen Müll“ gehandelt, vielmehr habe eine individuelle Geschäftsbeziehung angeknüpft werden sollen.

Die Beklagte beantragt:

1. Das Urteil des LGs Würzburg vom 24. 11. 2005 – 1 IH O 2152/05, ergänzt durch den Beschluss des LG Würzburg vom 22. 12. 2005, wird aufgehoben.
2. Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Er verteidigt das Ersturteil.

Wegen der weiteren Einzelheiten, insbesondere der geäußerten Rechtsansichten, wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung des Zeugen

Wegen des Beweisergebnisses wird auf das Sitzungsprotokoll der mündlichen vom 6. 9. 2006 (Bl. 107 d.A.) verwiesen.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist statthaft, form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 511 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1, 517, 519, 520 ZPO).

In der Sache bleibt das Rechtsmittel der Beklagten aber ohne Erfolg. Das LG hat der Klage zu Recht stattgegeben.

Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung Bezug.

In Hinblick auf den Sachvortrag im Berufungsverfahren ist ergänzend Folgendes auszuführen:

1. Der Anspruch ist nicht verjährt.

a) Für den Beginn der 6monatigen Verjährungsfrist des § 11 Abs. 1 UWG kommt es auf die Kenntnis des Klägers und nicht die des Zeugen Steflbauer an.

§ 11 Abs. 2 Nr. 2 UWG stellt auf die Kenntnis des Gläubigers von den den Anspruch begründenden Umständen ab. Gläubiger des streitgegenständlichen Unterlassungsanspruchs ist auch ein klagebefugter Verein oder Verband, weil dieser nicht als Vertreter agiert, sondern einen eigenen Anspruch geltend macht (ebenso (für das frühere UWG) KG WRP 1992, 564, 566).

Die Anspruchsberechtigung der Verbände im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG besteht deshalb auch fort, wenn der eigene Unterlassungsanspruch des Verletzten bereits wegen Verjährung undurchsetzbar geworden ist (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Auflage, § 8 Rdnr. 3.51).

Auch eine Wissenszurechnung der Kenntnis des Informanten, also hier des Zeugen findet nicht statt (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 11 Rdnr. 1.27).

b) Der (eigene) Anspruch des Klägers wäre deshalb nur dann verjährt, wenn der Kläger bereits vor dem 17. 2. 2005 von der Verletzungshandlung Kenntnis gehabt hätte.

Das hat die hierfür beweispflichtige Beklagte nicht bewiesen.

Der vom Senat hierzu vernommene Zeuge hat glaubhaft angegeben, er könne ausschließen, dass er die E-Mail vom 16. 12. 2004 vor dem 15. 2. 2005 an den Kläger übersandt habe. Möglich sei lediglich, dass er andere Werbemails oder Faxe der Beklagten mit früheren Sendungen an den Kläger übersandt habe.

2. Das LG ist in der Sache zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass die Werbung der Beklagten eine unzumutbare Belästigung darstellt.

Der Unterlassungsanspruch (Klageantrag zu 1)) des Klägers beruht auf den §§ 8 Abs. 1, 3, 7 UWG. Die beanstandete Werbung der Beklagten ist unlauter.

a) Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist eine unzumutbare Belästigung bei einer Werbung unter Verwendung von elektronischer Post anzunehmen, wenn diese erfolgt, ohne dass eine Einwilligung der Adressaten vorliegt. Etwas anderes gilt lediglich unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG, für deren Vorliegen Anhaltspunkte weder dargetan noch ersichtlich

sind. Insbesondere ist unstreitig, dass zwischen dem Zeugen und der Beklagten keine geschäftlichen Beziehungen bestehen oder bestanden. Hierauf hat der Zeuge bei seiner Vernehmung auch hingewiesen.

b) Eine Einwilligung des Zeugen erlag weder in ausdrücklicher Form noch durch schlüssige Handlung vor. Der Einwand der Beklagten, es habe eine konkrete Geschäftsbeziehung angebahnt werden sollen, ist irrelevant. Dies trifft letztlich für jede Art von Werbung zu.

c) Die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung aufgrund einer gewerblichen Tätigkeit des Zeugen kommt nicht in Betracht.

aa) Schon bei einer systematischen Auslegung des Gesetzes scheidet im Rahmen des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG eine Differenzierung zwischen Verbrauchern und Gewerbetreibenden aus. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG enthält (für Telefonwerbung) eine solche Differenzierung. Aus der Tatsache, dass diese bei § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG fehlt ist zu folgern, dass sie der Gesetzgeber bei den dort genannten Werbemethoden nicht gewollt hat.

bb) Diese systematische Auslegung wird durch die Gesetzesmaterialien gestützt.

Nach der Begründung des Gesetz gewordenen Regierungsentwurfs zum neuen UWG (BT-Drs. 15/1487 vom 22. 8. 2003) dient das Gesetz der Umsetzung von Artikel 13 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (ABl. EG Nr. L 201/37 vom 31. 7. 2002). In Bezug auf Werbung mittels Faxgeräten oder elektronischer Post ist diese Richtlinie gemäß Art. 13 Abs. 5 Satz 1 nur dann zwingend, wenn der Adressat der Werbung eine natürliche Person ist, also nicht, wenn sich die Werbung an eine juristische Person richtet. In Bezug auf juristische Personen haben die Mitgliedstaaten gemäß Art. 13 Abs. 5 Satz 2 der Richtlinie im Rahmen des Gemeinschaftsrechts und der geltenden einzelstaatlichen Rechtsvorschriften lediglich dafür Sorge zu tragen, dass deren berechtigtes Interesse am Schutz vor unerbetenen Nachrichten ausreichend geschützt wird.

In der Begründung des Regierungsentwurfs ist aber ausgeführt, dass diese Werbeforhien gerade im geschäftlichen Bereich einen stark belästigenden Charakter haben und daher von der in der Richtlinie eröffneten Möglichkeit der Differenzierung kein Gebrauch gemacht wird (BT-Drs. 15/1487 vom 22. 8. 2003 S. 21).

Die vom Senat vorgenommene Auslegung entspricht daher dem erklärten Willen des Gesetzgebers.

cc) Eine Differenzierung wäre auch nicht sachgerecht. Der im Regierungsentwurf vertretenen Auffassung, Werbemails seien im geschäftlichen Verkehr besonders belastend, ist in vollem Umfang beizutreten. Anders als Privatpersonen wird ein Gewerbetreibender kaum darauf vertrauen können, dass die in der E-Mail-Software enthaltenen SPAM-Filter ausschließlich Werbemails (und nicht auch gewünschte Nachrichten) aussortieren und deshalb gezwungen sein, den Inhalt eingehender Werbemails selbst zu überprüfen. Hinzu-

kommt, dass gerade Gewerbetreibende häufig Internetseiten zur Darstellung ihrer Tätigkeit unterhalten und wegen der dort veröffentlichten E-Mail-Adresse einem verstärkten Aufkommen unerwünschter Werbemails ausgesetzt sind.

Die daraus resultierenden Belastungen haben inzwischen dazu geführt, dass Internetnutzer ihre E-Mail-Adressen nicht mehr preisgeben (s. Umfrage der Fa. Fittkau & Maaß GmbH von April/Mai 2004, veröffentlicht auf <http://www.w3b.org/ergebnisse/w3b18>). Dies ist nicht

im Sinne einer an sich erwünschten Vereinfachung und Beschleunigung von Geschäftsabwicklungen durch den elektronischen Datenverkehr.

Den unlauteren Werbemethoden der Beklagten ist daher entgegen zu treten.

dd) Die Beklagte kann sich für ihre gegenteilige Rechtsansicht nicht auf Entscheidungen anderer Gerichte stützen.

Die von der Beklagten herangezogene Entscheidung des BGH vom 11. 3. 2004 (NJW 2004, 1655 = GRUR 2004, 517) betraf zwar ebenfalls E-Mail-Werbung, erging aber noch unter der bis zum 7. 7. 2004 geltenden Fassung des UWG.

Die seit 8. 7. 2004 geltende Fassung des UWG bringt im Vergleich zur früheren Rechtslage eine Verschärfung (vgl. die ausführliche Darstellung bei Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 7 Rdnr. 69). Nach jetzt geltender Rechtslage ist E-Mail-Werbung nur noch zulässig, wenn entweder eine ausdrückliche Einwilligung vorliegt oder sich diese aus konkreten Umständen ergibt (ebenso OLG Düsseldorf vom 22. 9. 2004 - I-15 U 41/04 = MMR 2004, 820). Solche konkreten Umstände sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Dies umso mehr, als der Zeuge glaubhaft angegeben hat, dass er mit der Beklagten nicht in Geschäftsbeziehung stehe und von dieser auch keine Unterlagen angefordert habe.

Der Anspruch des Klägers auf Ersatz der Abmahnkosten (Klageantrag zu 2)) beruht auf § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Die Höhe der Kosten ist nicht bestritten.

Die Berufung der Beklagten erweist sich daher als unbegründet und ist zurückzuweisen.

Nebenentscheidungen:

1. Kosten: § 97 Abs. 1 ZPO.
2. Vorläufige Vollstreckbarkeit: §§ 708 Ziffer 10, 711, 713 ZPO.
3. Die Revision war nicht zuzulassen, da kein Fall des § 543 Abs. 2 ZPO vorliegt.
4. Die Festsetzung des Gebührenstreitwerts beruht auf den §§ 48 Abs. 1, 47 Abs. 1 GKG in Verbindung mit § 3 ZPO.