



OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Aktenzeichen: 29 U 1682/12
33 O 11089/11 LG München I

§ 823 Abs. 1 BGB; § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG

Leitsatz: Auch eine E-Mail, mit der zur Bestätigung einer Bestellung im Double-opt-in-Verfahren aufgefordert wird, fällt als Werbung unter das Verbot des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG

OLG München, Urt. v. 27. September 2012, - 29 U 1682/12
- **Bestätigungsaufforderung** -

Verkündet am: 27. September 2012
Die Urkundsbeamtin:

Dörschl
Justizangestellte

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

K. Steuerberatungsgesellschaft mbH,

- Klägerin und Berufungsklägerin -

gegen

H. GmbH,

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

wegen Unterlassung

erlässt das Oberlandesgericht München – 29. Zivilsenat – durch Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Zwirlein, Richter am Oberlandesgericht Cassardt und Richter am Oberlandesgericht Pichlmaier aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. September 2012 folgendes

Urteil

- I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts München I vom 13. März 2012 teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt gefasst:
 1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall Ordnungshaft bis zu zwei Jahren, zu unterlassen, an die Anschrift der Klägerin Werbung unter Verwendung elektronischer Post zu versenden – wie geschehen mit E-Mailschreiben vom 20.02.2011 –, ohne dass hierfür eine vorherige ausdrückliche Einwilligung der Klägerin vorliegt.
 2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 277,80 zuzüglich 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit 11.08.2011 zu bezahlen.
 3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
 4. Die Kosten des Rechtsstreits in der ersten Instanz werden gegeneinander aufgehoben.
- II. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
- III. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.
- IV. Das Urteil und das Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung aus Ziffer 1. des landgerichtlichen Urteils durch Sicherheitsleistung in Höhe von € 12.500,00 und im Übrigen durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115% des zu vollstreckenden Betrages leistet.
- V. Die Revision wird beschränkt auf Ziffer I.1. und I.2. dieses Urteils zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin, eine Steuerberatungsgesellschaft, begehrt von der Beklagten die Unterlassung der Zusendung unerwünschter E-Mails.

Die Beklagte ist im Bereich der Anlageberatung tätig. Sie bietet auf ihrer Internetseite einen „Newsletter“ zum kostenlosen Abonnement an.

Am Sonntag, den 20. Februar 2011, ging folgende E-Mail im Postfach der Klägerin ein:

„Betreff: Bestätigung zum H Newsletter

Willkommen bei unserem Newsletter(n)...

Sie haben sich mit Ihrer Email-Adresse an folgendem oder folgenden Newsletter(n) angemeldet:

*Newsletter

Wenn diese Angaben richtig sind bitten wir Sie folgenden URL zu klicken um das Abonnement zu bestätigen

<http://www.h.eu/newsletter/?p> 439

Sollte das aber ein Fehler sein, so bitten wir Sie diese Email einfach nur zu löschen.

Vielen Dank“

Am Montag, den 21. Februar 2011, erhielt die Klägerin von der Beklagten folgende E-Mail:

„Betreff: Willkommen beim H Newsletter

Willkommen beim H Newsletter

Bitte speichern Sie diese eMail als Referenz.

Ihre eMail Adresse wurde für folgenden Newsletter hinterlegt:

*Newsletter

Um den Newsletter wieder abzubestellen klicken Sie bitte

<http://www.h...eu/newsletter/?p> 4

39b und folgen Sie den dort angeführten Schritten.

Um Ihre Kontaktangaben zu aktualisieren, klicken Sie bitte auf

<http://www.h...eu/newsletter/?p> 4

39b

Vielen Dank“

Die Klägerin hat in diesen beiden E-Mails, die ihr ohne vorherige Einwilligung zugegangen seien, einen Wettbewerbsverstoß und einen Eingriff in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gesehen. Mit Anwaltsschreiben vom 27. Februar 2011 ließ die Klägerin die Beklagte ohne Erfolg zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auffordern, und stellte ihr Anwaltskosten in Höhe von € 555,60 in Rechnung.

Die Klägerin hat in erster Instanz mit ihrer am 10. August 2011 zugestellten Klage **b e a n t r a g t**,

- I. die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall Ordnungshaft bis zu zwei Jahren, zu unterlassen, an die Anschrift der Klägerin Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post zu versenden – wie geschehen mit E-Mailschreiben vom 20.02.2011 und vom 21.02.2011 –, ohne dass hierfür eine vorherige ausdrückliche Einwilligung der Klägerin vorliegt;
- II. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin € 555,60 zuzüglich 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit als Nebenforderung zu bezahlen.

Die Beklagte hat in erster Instanz **b e a n t r a g t**,

die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf dieses Urteil wird einschließlich der darin getroffenen tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin.

Die Klägerin hat in der Berufungsinstanz **b e a n t r a g t**,

- I. das Urteil des Landgerichts München I vom 13.03.2012 (Az.: 33 O 11089/11) aufzuheben;
- II. der Klage stattzugeben.

Die Beklagte hat in der Berufungsinstanz **b e a n t r a g t**,

die Berufung zurückzuweisen.

Ergänzend wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Protokoll des Termins der mündlichen Verhandlung vom 27. September 2012 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin hat teilweise Erfolg.

1. Hinsichtlich der Versendung der E-Mail vom 20. Februar 2011 steht der Klägerin der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu.
 - a. Die Klägerin kann das Verbot allerdings nicht aus § 8 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. §§ 3, 7 Abs. 1 und 2 Nr. 3 bzw. § 4 Nr. 10 UWG herleiten. Der Klägerin stand ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 3 Nr. 1

UWG nicht zu, da die Klägerin nicht Mitbewerberin der Beklagten im Sinne dieser Vorschrift ist.

Mitbewerber ist gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ist gegeben, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen mit der Folge, dass das konkret beanstandete Wettbewerbsverhalten des einen Wettbewerbers den anderen beeinträchtigen, d.h. im Absatz behindern oder stören kann (vgl. BGH GRUR 2012, 193 – Sportwetten im Internet II Tz. 17 m.w.N.).

Nach dem Parteivortrag kann nicht festgestellt werden, dass die Parteien gleichartige Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen. Die Klägerin trägt nicht vor, dass sie auch im Bereich der Anlageberatung tatsächlich Dienstleistungen anbietet. Sie trägt vielmehr ganz abstrakt vor, eine Steuerberatung ohne gleichzeitige betriebswirtschaftliche Beratung – einschließlich der Vermögensanlageplanung – sei „häufig gar nicht durchführbar“. Dieser pauschale, von der konkreten Tätigkeit der Klägerin losgelöste Vortrag reicht für die Annahme eines zwischen den Parteien bestehenden Wettbewerbsverhältnisses nicht aus.

Aus dem Vortrag der Klägerin ergibt sich auch nicht, dass der Newsletter der Beklagten – zu dessen Inhalt nichts vorgetragen ist – objektiv geeignet und darauf gerichtet ist, den Absatz der Beklagten zum Nachteil des Absatzes der Klägerin zu fördern. Mangels eines dahingehenden Sachvortrags, der die Annahme eines Behinderungswettbewerbs rechtfertigen könnte, kann auch auf dieser Grundlage ein konkretes Wettbewerbsverhältnis nicht angenommen werden.

- b. Der Klägerin steht der in Rede stehende Unterlassungsanspruch jedoch wegen eines Eingriffs in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB zu (vgl. hierzu grundsätzlich BGH GRUR 2009, 980 – E-Mail-Werbung II Tz. 10 ff.).

- aa. Die Zusendung einer Werbe-E-Mail ohne vorherige Einwilligung des Adressaten stellt einen unmittelbaren Eingriff in den Gewerbebetrieb dar.

Davon ist auszugehen bei Eingriffen, die gegen den Betrieb als solchen gerichtet, also betriebsbezogen sind und nicht vom Gewerbebetrieb ohne Weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen. Unverlangt zugesandte E-Mail-Werbung beeinträchtigt regelmäßig den Betriebsablauf des Unternehmens. Mit dem Sichten und Aussortieren unerbetener E-Mails ist ein zusätzlicher Arbeitsaufwand verbunden. Zudem können, soweit kein festes Entgelt vereinbart ist, zusätzliche Kosten für die Herstellung der Online-Verbindung und die Übermittlung der E-Mail durch den Provider anfallen. Die Zusatzkosten für den Abruf der einzelnen E-Mail können zwar gering sein. Auch der Arbeitsaufwand für das Aussortieren einer E-Mail kann sich in engen Grenzen halten, wenn sich bereits aus dem Betreff entnehmen lässt, dass es sich um Werbung handelt. Anders fällt die Beurteilung aber aus, wenn es sich um eine größere Zahl unerbetener E-Mails handelt oder wenn der Empfänger der E-Mail ausdrücklich dem weiteren Erhalt von E-Mails widersprechen muss. Mit der häufigen Übermittlung von Werbe-E-Mails ohne vorherige Einwilligung des Empfängers durch verschiedene Absender ist aber immer dann zu rechnen, wenn die Übermittlung einzelner E-Mails zulässig ist. Denn im Hinblick auf die billige, schnelle und durch Automatisierung arbeitssparende Versendungsmöglichkeit ist ohne Einschränkung der E-Mail-Werbung mit einem immer weiteren Umsichgreifen dieser Werbeart zu rechnen (BGH, a.a.O., – E-Mail-Werbung II Tz. 12 m.w.N.).

- bb. Bei der E-Mail vom 20. Februar 2011 handelt es sich um eine dem Adressaten ohne dessen Einwilligung zugesandte Werbe-Mail.

Für die Einwilligung trägt die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast (vgl. BGH GRUR 2004, 517 [519] – E-Mail-Werbung I; BGH GRUR 2011, 936 – Double-opt-in-Verfahren Tz. 30). Für den Nachweis des Einverständnisses ist es erforderlich, dass der Werbende die konkrete Einverständniserklärung jedes einzelnen Verbrauchers vollständig dokumentiert. Im Fall einer elektronisch übermittelten Einverständniserklärung setzt das deren Speicherung und die jederzeitige Möglichkeit voraus, sie auszudrucken. Die Speicherung ist dem Werbenden ohne Weiteres möglich und zumutbar. Verfahren, bei denen unklar ist,

ob eine Einverständniserklärung tatsächlich von dem angerufenen Verbraucher stammt, sind für den erforderlichen Nachweis ungeeignet.

Demgegenüber hat die Beklagte eine ausdrückliche Einwilligung der Klägerin gerade nicht vorgelegt, sondern lediglich behauptet, dass sich die Klägerin auf der Internetseite der Beklagten unter Angabe ihrer E-Mail-Adresse für das Newsletter-Abonnement angemeldet habe.

- cc. Die gesetzgeberische Wertung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, insbesondere des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG, ist auch bei der Beurteilung der Frage zu berücksichtigen, ob ein rechtswidriger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegt (vgl. BGH, a.a.O., E-Mail-Werbung II Tz. 14).

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG stellt – von dem hier nicht interessierenden Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG abgesehen – jede Werbung unter Verwendung elektronischer Post ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten eine unzumutbare Belästigung dar.

Nach § 7 Abs. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung – insbesondere Werbung –, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, unzulässig. Dies gilt stets für Werbung unter Verwendung elektronischer Post ohne ausdrückliche Einwilligung des Adressaten (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG). § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG hat seine unionsrechtliche Grundlage in Art. 13 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG vom 12. Juli 2002. Der in der Datenschutzrichtlinie gebrauchte Begriff der Direktwerbung wird dort nicht definiert. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellen alle auf Absatzförderung gerichteten Handlungen bzw. Äußerungen eines Unternehmens Werbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG dar (BGH GRUR 2008, 925 – FC Troschenreuth Tz. 14 ff.; so auch *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Auflage 2012, § 7 Rn. 33 und § 2 Rn. 15). Der Bundesgerichtshof geht für dieses Begriffsverständnis vom allgemeinen Sprachgebrauch und der Definition des Begriffs der Werbung in Art. 2 Nr. 1 der RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung aus. Danach ist Werbung jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Be-

rufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern (vgl. BGH, a.a.O., E-Mail-Werbung II Tz. 13).

Nach diesen Grundsätzen fällt auch eine E-Mail, mit der zur Bestätigung einer Bestellung im Double-opt-in-Verfahren aufgefordert wird, als Werbung unter das Verbot des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG (wie hier Möller, WRP 2010, 321 (328); Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Auflage 2011, § 7 Rn. 189; a.A. ohne nähere Begründung nunmehr Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Auflage 2012, § 7 Rn. 189). Die Einbeziehung von Aufforderungen zur Bestätigung einer Bestellung steht im Einklang mit einem am Ziel der Absatzförderung orientierten Verständnis des Begriffs der Werbung.

Mit der E-Mail vom 20. Februar 2011 verfolgte die Beklagte das Ziel, die Erbringung ihrer Dienstleistung (Anlageberatung) zu fördern, wenn auch zunächst lediglich mit dem Bestreben, eine ausdrückliche Einwilligung des Adressaten für weitere Werbemaßnahmen zu erlangen. Diese E-Mail war daher eine in unmittelbarem Zusammenhang mit der Förderung ihrer Anlageberatungstätigkeit stehende Äußerung der Beklagten und damit eine Werbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Dabei ist es nicht erforderlich, dass die angegriffene Mail selbst eine Werbebotschaft enthält. In diesem Zusammenhang ist von Interesse, dass der Bundesgerichtshof auch eine E-Mail-Anfrage betreffend die Platzierung von Bannerwerbung auf der Webseite eines Fussballvereins als unzulässige Werbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG bewertet hat (BGH, a.a.O., – FC Troschenreuth), obwohl auch in diesem Fall die als unzulässig bewertete E-Mail selbst keine Werbebotschaft enthielt.

- dd. Im Ergebnis ist der hier zu beurteilende Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin auch rechtswidrig. Die insoweit erforderliche Abwägung der widerstreitenden Interessen der Parteien geht zu Lasten der Beklagten aus. Wegen des unzumutbar belästigenden Charakters derartiger Werbung gegenüber dem Empfänger ist die Übersendung einer Werbe-E-Mail ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung grundsätzlich rechtswidrig (so BGH, a.a.O., – E-Mail-Werbung II).
- c. Da Gegenstand des Unterlassungsantrages allein die beiden konkret angegriffenen E-Mails sind, wie die Bezugnahme auf diese durch die Formulierung „wie

geschehen“ verdeutlicht (vgl. BGH GRUR 2011, 742 – Leistungspakete im Preisvergleich Tz. 17 m.w.N.), verzichtet der Senat zur Klarstellung auf die gesetzeswiederholende Übernahme der Merkmale „automatische Anrufmaschine“ und „Faxgerät“, ohne dass darin eine Teilabweisung der Klage läge.

- d. Soweit die Klägerin gerügt hat, die Beklagte sei in erster Instanz nicht ordnungsgemäß anwaltlich vertreten gewesen, hat die Beklagte durch Vorlage von Prozessvollmachten für die erste und zweite Instanz (vgl. Schriftsatz vom 10. September 2012) zur Überzeugung des Senats nachgewiesen, dass sie durch die Rechtsanwälte T. & Kollegen ordnungsgemäß vertreten ist.
2. Der Versand der E-Mail vom 21. Februar 2011 vermag demgegenüber einen Unterlassungsanspruch nicht zu begründen, so dass die hiergegen gerichtete Berufung zurückzuweisen war.

Die Beklagte hat – wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat – unbestritten vorgetragen, dass eine E-Mail wie die als Anlage K 1 vorgelegte E-Mail vom 21. Februar 2011 erst dann erstellt und verschickt wird, wenn der Bestätigungslink der Vorgänger-Mail – wie er in der als Anlage K 2 vorgelegten E-Mail enthalten ist – betätigt wurde. Damit ist unstreitig, dass auf die im Postfach der E-Mail-Adresse „info@stb-k .de“ eingegangene E-Mail vom 20. Februar 2011 (Anlage K 2) zugegriffen und der in der E-Mail enthaltene Bestätigungslink betätigt wurde. Denn andernfalls wäre unstreitig die E-Mail vom 21. Februar 2011 (Anlage K 2) nicht generiert worden. Nachdem zudem unstreitig ist, dass es sich bei der Adresse „info@stb-k .de“ um die E-Mail-Adresse der Klägerin handelt, ist nicht erkennbar, weshalb der Bestätigungslink nicht „von der Klägerin“ – also einem ihrer Mitarbeiter – betätigt worden sein soll. Die Klägerin hat nicht vorgetragen, dass auch Außenstehende Zugriff auf dieses Postfach haben. Unbehelflich ist der Vortrag, das als Anlage K 2 vorgelegte Schreiben datiere von einem Sonntag, wobei die Geschäftsräume der Klägerin sonntags nicht besetzt seien; das am Montag den 21. Februar 2011 generierte Schreiben der Beklagten (Anlage K 1) zeigt, dass der Bestätigungslink aus der E-Mail vom 20. Februar 2011 an eben diesem Montag betätigt worden sein muss. Mangels entgegenstehendem Vortrag der Klägerin ist nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass die Geschäftsräume an besagtem Montag besetzt waren.

3. Der mit der Klage geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten ist aus § 823 Abs. 1 BGB lediglich in Höhe von € 277,80 zzgl. Zinsen begründet.

Der rechtswidrige Eingriff in den Gewerbebetrieb der Klägerin erfolgte schuldhaft, weil die Beklagte bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt jedenfalls hätte erkennen können, dass die Klägerin in die E-Mail-Zusendung nicht eingewilligt hatte. Die sich daraus ergebende Verpflichtung zum Schadensersatz erfasst auch die Erstattung von Rechtsverfolgungskosten (vgl. BGH GRUR 2010, 239 – BTK Tz. 51).

Richtet sich die Höhe der Abmahnkosten nach dem Gegenstandswert der Abmahnung, sind die Kosten einer nur teilweise berechtigten Abmahnung nur zu ersetzen, soweit die Abmahnung berechtigt war. Dabei ist die Höhe des Ersatzanspruchs nach dem Verhältnis des Gegenstandswerts des berechtigten Teils der Abmahnung zum Gegenstandswert der gesamten Abmahnung zu bestimmen (vgl. BGH GRUR 2012, 949 – Mißbräuchliche Vertragsstrafe Tz. 49 m.w.N.). Der Gegenstandswert der zwei Unterlassungsansprüche ist gleich zu bewerten. Von den geltend gemachten Abmahnkosten i.H.v. € 555,60 entfallen demnach 1/2 – also € 277,80 – auf den begründeten Unterlassungsanspruch.

III.

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO.
2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.
3. Die Revision war – beschränkt auf die Verurteilung der Beklagten bezüglich der E-Mail vom 20. Februar 2011 – nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zuzulassen. Die Frage des Werbecharakters einer Bestätigungsanfrage im Double-opt-in-Verfahren stellt sich in einer Vielzahl von Fällen.

Soweit die Berufung der Klägerin zurückgewiesen wurde, sind die Voraussetzungen für die Zulassung einer Revision dagegen nicht gegeben. Die Rechtsache erfordert lediglich die Anwendung gesicherter Rechtsprechungsgrundsätze auf den Einzelfall.

Zwirlein
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Cassardt
Richter
am Oberlandesgericht

Pichlmaier
Richter
am Oberlandesgericht