



**OBERLANDESGERICHT HAMM**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

Aktenzeichen: 4 U 126/04

Entscheidung vom 18. Januar 2005

In dem Rechtsreit

...  
gegen  
...

hat der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm auf die mündliche Verhandlung vom ... durch die Richter ... für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 6. Mai 2004 verkündete Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Die Beklagten tragen die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

**Gründe:**

I.  
Die Klägerin ist die bekannte Wettbewerbszentrale. Die Beklagten sind unter anderem als Sachverständige und Auktionatoren für Maschinen und industrielle Anlagen tätig und organisieren auch Versteigerungen von Vermögensgegenständen von Firmen, die insolvent geworden sind.

Am 19. September 2003 führten die Beklagten die Liquidations-Versteigerung der H GmbH & Co. KG in ...1 T durch. Mit Telefax vom 9. September 2003 luden sie die Sanitär- und Heizungsbaufirma M in ...2 B, zu der sie bis dahin keine Geschäftsbeziehung unterhielten, unter allgemeiner Auflistung der zur Versteigerung gelangenden Positionen zur Teilnahme an der Versteigerung ein.

Die Klägerin hat in dieser Telefaxwerbung unter Bezugnahme auf die ständige Rechtsprechung des BGH eine im Sinne des § 1 UWG a.F. unzulässige Belästigung gesehen. Sowohl eine Abmahnung als auch das von der Klägerin beantragte und durchgeführte Einigungsverfahren blieben ohne Erfolg.

Die Klägerin hat beantragt,

1) die Beklagten zu verurteilen, es unter Androhung der üblichen Ordnungsmittel zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken unter Verwendung von Faxgeräten zu werben, ohne dass eine Einwilligung der Adressaten vorliegt oder besondere Umstände, wie insbesondere eine bereits bestehende Geschäftsbeziehung, vorliegen, aufgrund derer ein Einverständnis zu vermuten ist,

2) die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an sie 277,-- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klageerhebung zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie haben die Ansicht vertreten, sie hätten bei der Werbemaßnahme mit einem Einverständnis der beworbenen Firma rechnen können, weil es sich um die Versteigerung eines Sanitärbetriebes in der Nähe von B gehandelt habe, die die Gelegenheit zu günstigen Zukäufen und Kontaktaufnahmen mit Mitbewerbern geboten habe. Im Übrigen müsse eine Abwägung der in ihrem Fall besonders beeinträchtigten Berufsfreiheit wie auch der Schutz ihrer Meinungsfreiheit mit dem Schutz eines Gewerbetreibenden vor einer allenfalls geringfügigen Belästigung zwangsläufig ergeben, dass ein solches Werbeverbot nicht angemessen sei.

Das Landgericht hat die Klage zugesprochen. Es hat einen Verstoß gegen § 1 UWG a.F. angenommen und dabei allein für streitentscheidend gehalten, ob die Beklagten im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit einem Einverständnis der beworbenen Firma rechnen durften. Diese Frage hat das Landgericht hier verneint. Es hat insoweit nicht für ausreichend gehalten, dass die Beklagten hier im Rahmen einer Versteigerung in der Branche der angeschriebenen Firma übliche Betriebsmittel angeboten hätten. Gleichfalls hat es nicht genügen lassen, dass die Versteigerung in T und damit in der Nähe vom Sitz der Firma M in B stattgefunden habe. Es hat gemeint, eine so generalisierende Betrachtungsweise ermögliche dann stets die Bewerbung von branchenüblichen Waren im weitesten Sinne im Einzugsbereich eines Verkäufers per Telefax und verfehle damit den Schutzzweck. Konkrete Anhaltspunkte für eine mutmaßliche Einwilligung der Adressatin hätten die Beklagten aber nicht vorgetragen, insbesondere habe es keine vorherigen geschäftlichen Kontakte gegeben.

Das Landgericht hat auch nicht angenommen, dass sich die Beklagten als Auktionatoren bei Liquidationsversteigerungen in einer besonderen Situation befänden. Sie seien weder selbst auf Telefaxwerbung angewiesen, noch hätten die Adressaten hier generell ein besonderes Informationsinteresse. Die Beklagten könnten sich genauso per Brief an die potentiellen Interessenten wenden. Regelmäßig bestehe auch kein besonderes Interesse von Gewerbetreibenden an Liquidationsversteigerungen. Es würden nur ganz bestimmte Produkte verkauft und dabei fehle das Angebot des normalen Lieferservice. Außerdem wisse der Interessent schon vorher, dass der Zeitaufwand für den Besuch derartiger Versteigerungen vergleichsweise hoch sei.

Den begehrten und der Höhe nach nicht bestrittenen Aufwendungsersatz hat das Landgericht unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag zugesprochen.

Die Beklagten greifen das Urteil mit der Berufung an. Sie räumen ein, dass es die vom Landgericht herangezogene BGH-Rechtsprechung gebe, die sogar vor kurzem auch für den Fall der E-Mail-Werbung bestätigt worden sei. Diese Rechtsprechung muss aber nach Auffassung der Beklagten kritisch hinterfragt werden. Mit näheren Ausführungen legen sie dar, wieso gerade in ihrem Falle ein Verbot der Telefaxübersendung an ausgewählte Firmen in der näheren Umgebung des zu liquidierenden Betriebes ein erheblicher Eingriff in die Berufs- und Meinungsfreiheit wäre. Sie würden damit außerdem gegenüber Mitbewerbern aus dem EG-Ausland benachteiligt, weil man sich in Deutschland im neuen UWG im Gegensatz zu vielen anderen Staaten für eine sog. "Opt-in-Regelung" entschieden habe. In diesem

Zusammenhang legen die Beklagten noch einmal die aus ihrer Sicht greifbaren Vorteile einer sog. "Opt-out-Regelung" dar. Die Beklagten greifen auch die Annahme des Landgerichts an, potentielle Interessenten seien in der Regel nicht besonders an Informationen über solche Versteigerungen interessiert. Sie legen mit näheren Ausführungen dar, dass in Bezug auf alle Versteigerungen das Gegenteil der Fall sei. Schon daraus folge auch ein entsprechendes Informationsinteresse der Adressatin an der beanstandeten Fax-Werbung, und zwar unabhängig von früheren Geschäftsbeziehungen, zu denen es angesichts des Gewerbes der Beklagten ohnehin nur eher zufällig hätte kommen können. Schließlich bleiben sie auch dabei, dass sich nicht jede Werbeform für die Bewerbung jeder Versteigerung eigne, sondern als Folge des Zeitmoments, des ganz besonderen und stets verschiedenen Adressatenkreises und insbesondere aus wirtschaftlichen (kalkulatorischen) Gründen bei bestimmten Auktionen mit kleinerem Angebot letztlich nur eine solche Faxwerbung deren Durchführung möglich mache. Eine solche Art der Werbung sei im Versteigerungsgewerbe auch üblich. Dazu legen die Beklagten einen Artikel aus dem Handelsblatt vom 27. November 2004 (Bl. 118) vor, in dem unter der Überschrift: "Bohrer unter dem Hammer" im Hinblick auf die Branche der Insolvenzversteigerer ausgeführt wird: "Vier Wochen braucht der Versteigerungskatalog, dann folgen Massenaussendungen per Fax". Der Adressat bleibe bei einem Verbot einer solchen Werbung zwar ungestört, habe aber auch nicht die Möglichkeit, ein für ihn günstiges Geschäft zu machen.

Vorsorglich führen dann die Beklagten unter Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens dazu erneut aus, dass und warum sie auch aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände hier ein Einverständnis der Firma M hätten vermuten können. Aufgrund ihrer jahrelangen Erfahrungen hätten sie gewusst, dass gerade Konkurrenzunternehmen aus dem näheren Umfeld die Veranstaltung besuchen wollten, weil sie darin eine günstige Kaufgelegenheit in der Nähe sähen.

Die Beklagten meinen, dass es auf die strengeren Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG n.F. hier nicht ankomme. Selbst wenn das aber der Fall sein sollte, so erfülle die Firma M die Kriterien des § 7 Abs. 3 Nr. 2 UWG, weil sie auch ihre Faxanschrift zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren und Dienstleistungen verwende.

Erstmalig stellen die Beklagten auch die Höhe der Abmahnkosten zur Nachprüfung.

Die Beklagten beantragen,

abändernd die Klage abzuweisen,

hilfsweise,

die Revision zuzulassen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Im Hinblick auf die Kritik an der ständigen Rechtsprechung des BGH verweist sie nur darauf, dass der Gesetzgeber diese Rechtsprechung erst jüngst in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG n.F. bestätigt und übernommen habe. Angesichts der neuen Fassung des § 7 UWG sei es schon fraglich, ob bei einer Telefaxwerbung eine mutmaßliche Einwilligung überhaupt genügen könnte. Es sei aber auch nichts dazu vorgetragen, was die Annahme einer solchen mutmaßlichen Einwilligung rechtfertigen könne. Einen konkreten, aus dem Interessenbereich der Beworbenen herzuleitenden Grund, der diese Werbung nach Art und Inhalt

rechtfertigen könnte, gäbe es nicht. Die Beklagten hätten schon nicht vorgetragen, dass und warum die Firma M einen konkreten Bedarf an den zu versteigernden Gegenständen gehabt hätte. Erst recht hätten sie aber nicht darstellen können, warum die Adressatin im konkreten Einzelfall gerade eine Telefaxwerbung erwartet oder gewünscht haben sollte. Die Klägerin bestreitet vorsorglich auch, dass Telefaxwerbung im Versteigerergewerbe branchenüblich und sozial adäquat sei. Die Branche der Beklagten unterscheide sich im Hinblick auf Art und Notwendigkeit bestimmter Werbemethoden nicht wesentlich von jeder anderen Branche.

Soweit die Beklagten jetzt die Höhe der Abmahnkosten bestreiten, seien sie nach der Meinung der Klägerin mit diesem neuen Verteidigungsbringen in der Berufungsinstanz ausgeschlossen.

II.

Die Berufung der Beklagten ist unbegründet, weil der Klägerin der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zusteht und sie auch den eingeklagten Aufwendungsersatz in voller Höhe beanspruchen kann.

1) Der Antrag ist bestimmt genug im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Gegenstand des Verbots soll auch -ungeachtet der neuen gesetzlichen Regelung in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG- weiterhin die Telefaxwerbung ohne Einwilligung oder ohne zu vermutende Einwilligung des Adressaten sein. Ein solches aus einem jetzt weitergehenden Unterlassungsanspruch abgeleitetes eingeschränktes Verbot ist unschädlich.

2) Der in die Zukunft gerichtete Unterlassungsanspruch der Klägerin, der auf Wiederholungsgefahr gestützt ist, setzt voraus, dass das beanstandete Wettbewerbsverhalten der Beklagten zur Zeit seiner Begehung einen solchen Unterlassungsanspruch begründet hat und dieser Anspruch auch auf der Grundlage der nunmehr geltenden Rechtslage noch gegeben ist (vgl. BGH WRP 2005, 88, 89 f. -Puppenausstattungen).

a) Die beanstandete Telefaxwerbung verstieß im September 2003 nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gegen § 1 UWG a.F. (vgl. BGH GRUR 1996, 208, 210 - Telefax-Werbung; BGH GRUR 2004, 517, 518 - E-Mail-Werbung), weil den Beklagten eine ausdrückliche Einwilligung der Firma M nicht vorlag und auch keine besonderen Umstände gegeben waren, auf Grund derer die Beklagten auf ein mutmaßliches Einverständnis der Adressatin schließen konnten. Das hat schon das Landgericht zutreffend ausgeführt.

aa) Zwischen den Beklagten und der Firma M gab es weder eine bestehende noch eine anzubahnende Geschäftsbeziehung. Die Art des Gewerbes der Beklagten macht die Telefaxwerbung gegenüber solchen Kunden auch nicht zur zwingenden Voraussetzung. Dagegen spricht schon, dass die Beklagten nach ihren eigenen Angaben über einen Kreis von eingetragenen Interessenten verfügen, die grundsätzlich per Fax über Versteigerungen und Angebote aus Insolvenzverkäufen und Betriebsauflösungen informiert werden wollen. Zudem werden nur 60 bis 70 % aller Teilnehmer an den Veranstaltungen zuvor durch solche Telefaxschreiben informiert, der Rest erfährt auf andere Weise von der Veranstaltung.

bb) Die Firma M hat auch zu keiner Zeit den Beklagten oder Dritten gegenüber ein eigenes Interesse an solchen Versteigerungen kundgetan. Ein solches Interesse lässt sich auch hier nicht ausnahmsweise schon aus der Art der beworbenen Veranstaltung herleiten. Dass eine Versteigerung im Allgemeinen günstige Angebote bereit halten kann und auch Kontakte ermöglicht, reicht nicht aus, um eine mutmaßliche Einwilligung annehmen zu können. Die Beklagten hatten keine Anhaltspunkte dafür, dass gerade bei der Firma M ein Interesse an der Teilnahme an dieser von ihnen durchgeführten Veranstaltung vorlag. Die Beklagten haben vielmehr die Firma M wie alle branchengleichen Betriebe in der Umgebung von T bei X angeschrieben, zu denen bei großzügiger Betrachtung auch noch die Adressatin in B gehörte.

cc) Schließlich haben die Beklagten auch nicht dargelegt, dass sich nach der Verkehrsauffassung eine Branchenüblichkeit dahin gebildet hat, dass Versteigerer grundsätzlich mutmaßliche Interessenten nur per Telefax über anstehende Versteigerungen informieren und dass deshalb von einer generellen mutmaßlichen Einwilligung auszugehen ist. Eine solche Branchenüblichkeit folgt weder aus der Art des Gewerbes selbst noch aus dem zuletzt vorgelegten Zeitungsartikel über die Branche der Insolvenzversteigerer. Die Versteigerungsmittelungen sind im Regelfall nicht so eilbedürftig, dass sie nicht auch per Post versandt

werden könnten. Das zeigt auch der vorliegende Fall. Es blieb am 9. September 2003 noch hinreichend Zeit, um Interessenten über die Versteigerung vom 19. September 2003 per Post benachrichtigen zu können. Die Tatsache, dass die Faxwerbung gerade in einem solchen Gewerbe mit erforderlichen Werbebotschaften an eine Vielzahl von Empfängern nicht nur genauso rasch und sicher, sondern auch erheblich kostengünstiger wäre als eine Werbung per Post, kann dabei nicht ausschlaggebend sein. Denn gerade diese Vorteile einer solchen Werbung, die nur durch die Inanspruchnahme der Ressourcen des Empfängers ermöglicht wird, haben wegen der damit verbundenen Nachahmungsgefahr ja gerade dazu geführt, diese nicht in weiterem Umfang freizugeben, sondern einzuschränken (vgl. Baumbach/ Hefermehl/ Köhler, Wettbewerbsrecht, 23. Auflage, § 7 UWG, Rdn. 76 und 77). Die Branche der Beklagten zeigt keine Besonderheiten, aus denen sich ergeben könnte, dass und warum die allgemeinen Erwägungen für sie nicht gelten sollten.

b) Nach dem jetzt geltenden Recht begründet die Telefaxwerbung der Beklagten erst recht einen Unterlassungsanspruch, und zwar nach §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, 3, 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG.

aa) Die Klägerin ist nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG aktivlegitimiert, wenn -wie hier- ein gewerbliches Unternehmen aus dem Bereich des Sanitär- und Heizungsbaus in unzumutbarer Weise belästigt worden sein soll.

bb) Der Unterlassungsanspruch setzt nach § 8 Abs. 1 UWG voraus, dass die Beklagten mit der beanstandeten Werbung eine unlautere Wettbewerbshandlung im Sinne des § 3 UWG vorgenommen haben. Nach der gesetzlichen Regelung des § 7 Abs. 1 UWG haben sie dann unlauter gehandelt, wenn sie mit der beanstandeten Telefaxwerbung einen Marktteilnehmer unzumutbar belästigt haben. Eine solche unzumutbare Belästigung liegt jetzt nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG bei einer Werbung unter Verwendung von Telefaxgeräten immer schon dann vor, wenn diese -wie hier- ohne vorherige Einwilligung des Adressaten erfolgt. Dabei wird nicht mehr unterschieden zwischen Verbrauchern und Gewerbetreibenden. Insofern ist durch das neue UWG eine Verschärfung der Rechtslage eingetreten.

cc) Einem Verbot der eigenmächtigen Telefaxwerbung stehen auch angesichts der geänderten Rechtslage keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber. Zwar ist das Interesse der Beklagten an einer bestimmten, für ihr Gewerbe geeigneten und kostengünstigen Werbung durch die Artikel 5 Abs. 1 und 12 GG geschützt. Dem steht aber das gleichfalls verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 GG (negative Informationsfreiheit) geschützte Interesse der Marktteilnehmer und auch der gewerbsmäßig handelnden Werbeadressaten gegenüber, von unerwünschter Werbung verschont zu werden. Soweit dazu Ressourcen des Adressaten benutzt werden, ist zusätzlich Art. 14 GG betroffen. In dem dadurch begründeten Interessenkonflikt zwischen Werbenden und Umworbene ist allgemein das Interesse der Beklagten an einer umfassenden Werbemöglichkeit nicht höher zu bewerten, wie sich schon aus der im Rahmen der UWG-Reform deutlich gewordenen Wertung des Gesetzgebers ersehen lässt (vgl. dazu grundsätzlich Baumbach / Hefermehl/Köhler, a.a.O. § 7 UWG, Rdn. 4). Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, wieso hier ein Ausnahmefall vorliegt, in dem anderes gelten könnte. Die Beklagten haben insbesondere auch nicht nachvollziehbar dargelegt, dass es für die Ausübung ihres Gewerbes unabdingbar notwendig ist, potentielle Interessenten auch ohne vorherige Einwilligung per Fax zu kontaktieren.

dd) Das gilt umso mehr, als den Beklagten auch die geltend gemachten europarechtlichen Nachteile nicht entstehen können. Was die Beklagten zur Opt-out Regelung ausführen, mag für die Telefonwerbung gelten. Die Regelung der Telefaxwerbung lehnt sich aber gerade an den Wortlaut von Art. 13 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG vom 12. Juli 2002 an. Danach darf die Verwendung von automatischen Anrufsystemen ohne menschlichen Eingriff, Faxgeräten oder elektronischer Post nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer gestattet werden. Dies gilt nach Art. 13 Abs. 5 Satz 1 der Richtlinie unmittelbar zwar nur für natürliche Personen. Der deutsche Gesetzgeber hat aber von einer nach der Richtlinie möglichen Differenzierung beim Schutz vor unerbetenen Nachrichten abgesehen und die Regelung auf alle Marktteilnehmer, insbesondere auch auf Unternehmen als Werbeadressaten erstreckt, weil solche Werbemaßnahmen nach seiner Einschätzung gerade auch im geschäftlichen Bereich stark belästigenden Charakter haben können (vgl. Baumbach/ Hefermehl/ Köhler, a.a.O. § 7 UWG Rdn. 69).

ee) Entgegen der Auffassung der Beklagten sind hier auch die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 3 UWG nicht erfüllt. Danach soll es - entsprechend Art. 13 Abs. 2 der oben genannten Richtlinie - im Rahmen bestehender Kundenbeziehungen dem Händler ermöglicht werden, für den Absatz ähnlicher Waren und Dienstleistungen ohne vorherige Einwilligung des Kunden solange elektronisch zu werben, bis dieser die weitere Nutzung untersagt. Hier fehlt es bereits an einer solchen Kundenbeziehung. Es genügt gerade nicht, wenn der Händler - wie hier - die Kenntnis der elektronischen Adresse aus dem Telefonbuch oder den Gelben Seiten erlangt hat.

ff) Auch im vorliegenden Fall ist die Wiederholungsgefahr angesichts der Verletzungshandlung auch ungeachtet der Gesetzesänderung zu vermuten. Zwar ist der hier im Mittelpunkt stehende Streit der Parteien darum, ob in einem Fall wie diesem eine mutmaßliche Einwilligung anzunehmen ist, durch die Gesetzesänderung überholt, weil die Telefaxwerbung nun nur noch nach vorheriger Einwilligung zulässig ist. Die Beklagten haben aber nicht erklärt, dass sie die Gesetzesänderung zum Anlass nehmen werden, in Zukunft überhaupt nicht mehr Telefaxwerbung ohne vorherige Einwilligung des Adressaten zu betreiben. Sie wollen vielmehr aus den von ihnen geschilderten rechtlichen und wirtschaftlichen Gründen die gesetzliche Regelung nicht akzeptieren.

3) Auch der Aufwendungsersatzanspruch ist nach Grund und Höhe gerechtfertigt. Die Telefaxwerbung war auch nach altem Recht unzulässig. Deshalb besteht der Anspruch aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag. Die Beklagten bestreiten erstmals in der Berufungsinstanz die Höhe des Anspruchs. Damit dürften sie prozessual ausgeschlossen sein. Letztlich kann dies aber dahin stehen. Denn das allgemeine Bestreiten reicht nicht aus, da die von der Klägerin geltend gemachten Kosten nach Kenntnis des Senats im Rahmen des Üblichen liegen (§ 287 Abs. 1 ZPO).

Angesichts der eindeutigen Rechtsprechung des BGH und der auch darauf gestützten eindeutigen Gesetzeslage besteht kein Grund, die Revision zuzulassen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs.1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr.10, 711, 713 ZPO.

(Unterschriften)