BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 197/05

Verkündet am:
17. Juli 2008
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

FC Troschenreuth

UWG § 7 Abs. 2 Nr. 3

Gibt ein Sportverein in der Rechtsform des eingetragenen Vereins auf seiner Website eine E-Mail-Adresse an, so liegt darin keine konkludente Einwilligung, gewerbliche Anfragen nach Dienstleistungen des Vereins (hier: Platzierung von Bannerwerbung auf der Website des Vereins) mittels E-Mail zu empfangen.

BGH, Urt. v. 17. Juli 2008 - I ZR 197/05 - OLG Düsseldorf
LG Kleve

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Mai 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

für Recht erkannt:

I. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. Oktober 2005 im Kostenpunkt und im Übrigen teilweise aufgehoben sowie insgesamt wie folgt neu gefaßt:

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Kleve vom 4. März 2005 im Kostenpunkt aufgehoben und im Ausspruch zu 1 wie folgt abgeändert:

Der Beklagte wird verurteilt,

1. es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verhängenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen,

   im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs folgende E-Mail zu versenden:

"Sehr geehrte Damen und Herren,
sehr geehrter Vorstand,
sehr geehrter Webmaster!
Wir sind Betreiber der Homepage http:\\www.f. .de.
Sie können sich auch gerne einmal in Ruhe umschauen, wir haben einen Test-Account für Sie bereitgestellt. Managername: Ghosti - Passwort: Ghosti und würden gerne auf Ihrer Homepage einen unserer Werbebanner plazieren. Wir zahlen Ihnen pro angemeldeten User, der sich über unseren Werbebanner anmeldet, eine Prämie von 5 Euro. Falls Sie hier eine Möglichkeit sehen, können Sie uns gerne über unsere e-Mail-Adresse: info@f. .de kontaktieren. Falls Sie sich direkt anmelden möchten, benutzen Sie bitte auf unserer Homepage den Button - Partnerprogramm - Anmeldung. Vielleicht möchten Sie auch mal einen kurzen Blick in unser Forum werfen:
http:\\www.k. .de; über eine Zusammenarbeit mit Ihnen würden wir uns sehr freuen. Mit sportlichem Gruß S. K.
S. weg R.
Telefon:
Internet: <http:\\www.f. .de>; e-Mail: Info@f. .de"

II. Die Klägerin trägt 1/4 der Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz. Die übrigen Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Tatbestand:

1 Die Klägerin ist die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.

2 Der Beklagte bietet auf seiner Website ein Online-Fußballspiel an. Er übersandte dem FC Troschenreuth e.V., der unter der Internetadresse www.fc-troschenreuth.de eine Website mit Informationen unterhält, unter Verwendung der dort angegebenen E-Mail-Adresse am 14. November 2003 eine E-Mail mit folgendem Inhalt:

> "Sehr geehrte Damen und Herren,
> sehr geehrter Vorstand,
> sehr geehrter Webmaster!
> Wir sind Betreiber der Homepage http:\\www.f. .de.
> Sie können sich auch gerne einmal in Ruhe umschauen, wir haben einen Test-Account für Sie bereitgestellt. Managername: Ghosti - Passwort: Ghosti und würden gerne auf Ihrer Homepage einen unserer Werbebanner plazieren. Wir zahlen Ihnen pro angemeldeten User, der sich über unseren Werbebanner anmeldet, eine Prämie von 5 Euro. Falls Sie hier eine Möglichkeit sehen, können Sie uns gerne über unsere e-Mail-Adresse: info@f. .de kontaktieren. Falls Sie sich direkt anmelden möchten benutzen Sie bitte auf unserer Homepage den Button - Partnerprogramm - Anmeldung. Vielleicht möchten Sie auch mal einen kurzen Blick in unser Forum werfen: http:\\www.k. .de; über eine Zusammenarbeit mit Ihnen würden wir uns sehr freuen. Mit sportlichem Gruß S. K. S. weg R.
> Telefon:
> Internet: <http:\\www.f. .de>; e-Mail: Info@f. .de"

3 Die Klägerin hält dies für wettbewerbswidrig. Sie hat den Beklagten auf Unterlassung und auf Zahlung einer Abmahnpauschale in Anspruch genommen.

4 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Klägerin hat in der Berufungsinstanz hilfsweise beantragt,

> den Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs folgende E-Mail zu versenden (es folgt die zuvor wiedergegebene E-Mail).

5 Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen (OLG Düsseldorf MMR 2006, 171). Es hat den in erster Instanz erfolgreichen, von der Klägerin hauptsächlich verfolgten Unterlassungsantrag wegen Unbestimmtheit für unzulässig gehalten und die Revision nur hinsichtlich des Hilfsantrags zugelassen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin den Hilfsantrag weiter. Der Beklagte hat beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

6 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die E-Mail des Beklagten enthalte keine Werbung i.S. von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG und sei auch nach dem bis zum 8. Juni 2004 geltenden Recht nicht wettbewerbswidrig gewesen.

7 Der Beklagte habe nicht versucht, seine Waren oder Dienstleistungen abzusetzen, sondern habe gegen Entgelt eine Bannerwerbung für das von ihm angebotene Online-Fußballspiel auf der Website des FC Troschenreuth platzieren wollen, also eine Dienstleistung des Fußballvereins für sich nachgefragt. Aus der Systematik der Richtlinie 2002/58/EG vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der

elektronischen Kommunikation, die mit § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG habe umgesetzt werden sollen, folge, dass unter den Begriff der Werbung im Sinne dieser Norm nur Absatzwerbung zu verstehen sei. Eine Anwendung der Vorschrift auch auf Nachfragehandlungen führte zu unannehmbaren Ergebnissen, weil etwa gewerbliche E-Mail-Anfragen an Unternehmen, mit denen um Auskunft über deren Waren- oder Dienstleistungsangebot oder um die Abgabe eines Angebots gebeten werde, vielfach unzulässig wären. Denn in der Veröffentlichung der E-Mail-Adresse auf einer Website könne man noch keine Einwilligung in die Zusendung von E-Mails solchen Inhalts erkennen. Auch habe der Bundesgerichtshof die Wettbewerbswidrigkeit der unverlangten Zusendung von E-Mails allein mit der großen Nachahmungsgefahr begründet, die zu einer "Überflutung" des E-Mail-Postfachs führe. Derartige Gefahren seien bei einer Nachfragewerbung, bei deren Erfolg der sendende Unternehmer eine Vergütung zu entrichten habe, nicht zu erwarten.

8 Das beanstandete Verhalten sei auch nicht nach der Generalklausel des § 7 Abs. 1 UWG wettbewerbswidrig. Der FC Troschenreuth müsse damit rechnen, dass ihm unter der auf seiner Website angegebenen E-Mail-Adresse Anfragen zugingen, die jedenfalls das typische Angebot eines Sportvereins beträfen. Unter den heutigen Umständen zählten hierzu auch Anfragen zur Bannerwerbung. Denn wie bei der Bandenwerbung könnten Unternehmen davon ausgehen, dass Sportvereinen, die auf Einnahmen angewiesen seien, Anfragen in dieser Richtung willkommen seien. Ein etwaiger Hinweis auf der Website des FC Troschenreuth, dass Werbemails unerwünscht seien, beträfe mangels besonderer - nicht vorgetragener - Umstände nur die Absatzwerbung, nicht die Nachfrage nach entgeltlichen Dienstleistungen des Sportvereins.

9 II. Die Revision der Klägerin führt zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils und zur Verurteilung des Beklagten nach dem in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsantrag. Der Beklagte hat durch die Versendung der beanstandeten E-Mail wettbewerbswidrig gehandelt, so dass der Unterlassungsantrag begründet ist.

10 1. Die Klägerin macht einen Unterlassungsanspruch geltend. Ob ihr dieser zusteht, ist zunächst nach dem zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Recht zu beurteilen. Maßgeblich ist danach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr besteht allerdings nur, wenn das beanstandete Verhalten auch schon zur Zeit seiner Begehung wettbewerbswidrig war. Insofern kommt es auf § 1 UWG a.F. an (vgl. BGHZ 173, 188 Tz. 18 - Jugendgefährdende Medien bei eBay, m.w.N.).

11 2. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, die beanstandete E-Mail enthalte keine Werbung i.S. des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG.

12 a) Als Werbung erfasst § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG grundsätzlich auch Nachfragehandlungen.

13 aa) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation nichts dafür zu entnehmen, dass der in Art. 13 Abs. 1 dieser Richtlinie gebrauchte Begriff der Direktwerbung nur die (unmittelbare) Absatzwerbung umfasst. Soweit in Erwägungsgrund 41 der Richtlinie von angebotenen Produkten oder Dienstleistungen die Rede ist, bezieht sich dies ausschließlich auf die in Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie vorgesehene und in § 7 Abs. 3 UWG umgesetzte Ausnahme für die Zusendung von E-Mails nach erfolgtem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung. Rück-

schlüsse auf den Umfang verbotener Direktwerbung lässt der Anwendungsbereich dieser Ausnahme nicht zu.

14 bb) Der allgemeine Sprachgebrauch verbindet zwar mit dem Begriff der Werbung in erster Linie Maßnahmen eines Unternehmens, die auf die Förderung des Absatzes seiner Produkte oder Dienstleistungen gerichtet sind. Dieses Begriffsverständnis lag auch der Definition des Begriffs der Werbung in Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende und vergleichende Werbung zugrunde und ist in Art. 2 lit. a der am 12. Dezember 2007 in Kraft getretenen Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung übernommen worden. Danach ist Werbung jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern. Auch die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken hat das unlautere Verhalten gewerblicher Nachfrager nicht im Blick, wenn sie in Art. 2 lit. d Geschäftspraktiken definiert als "jede Handlung (...), die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt".

15 Sinn und Zweck des § 7 UWG gebieten aber, dass auch Nachfragehandlungen nicht nur von der Generalklausel des § 7 Abs. 1 UWG erfasst werden können, sondern ebenso von den konkretisierenden Fallgruppen in Absatz 2 dieser Vorschrift. § 7 UWG bezweckt, solche Handlungen als unzumutbare Belästigung zu verbieten, die bereits wegen ihrer Art und Weise unabhängig von ihrem Inhalt als Belästigung empfunden werden (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zum UWG, BT-Drucks. 15/1487, S. 20). Für das Schutzbedürfnis des Inhabers eines E-Mail-Kontos stellt es keinen Unterschied dar, ob er unaufgefordert Kaufangebote für Waren oder Dienstleistungen erhält oder ihm

Anfragen zugehen, in denen beispielsweise Immobilien, Gebrauchtwagen oder Antiquitäten nachgefragt werden. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist nicht ersichtlich, dass die für die Beurteilung der unverlangten Zusendung von E-Mails als wettbewerbswidrig maßgeblichen Gefahren bei einer solchen Nachfragewerbung nicht zu erwarten sind. Es wäre deshalb ebenso wie im Rahmen der irreführenden und der vergleichenden Werbung eine planwidrige Regelungslücke, Nachfragehandlungen vom Tatbestand des § 7 Abs. 2 UWG auszunehmen (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 7 Rdn. 42 und § 6 Rdn. 30; Bornkamm ebd. § 5 Rdn. 2.17).

16 Die Einbeziehung von Nachfragehandlungen steht im Einklang mit einem am Ziel der Absatzförderung orientierten Verständnis des Begriffs der Werbung. Der Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen dienen nicht nur Angebotshandlungen, sondern mittelbar auch Nachfragemaßnahmen, die sich auf den Bezug der Waren oder Dienstleistungen richten, die ein Unternehmen für seine eigene Geschäftstätigkeit auf dem Markt benötigt. So ist für einen Wiederverkäufer der Bezug der Handelsware notwendige Voraussetzung ihres Absatzes und damit eine mittelbar auf Absatzförderung gerichtete Handlung, die grundsätzlich eine Werbung i.S. des § 7 Abs. 2 UWG darstellt (vgl. Köhler ebd. § 7 Rdn. 42; MünchKomm.UWG/Leible, § 7 Rdn. 104; Nippe, WRP 2006, 951, 953 f.; a.A. Ohly in Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl., § 7 Rdn. 40).

17 cc) Die Erwägung des Berufungsgerichts, eine Einbeziehung von Nachfragehandlungen in den Begriff der Werbung führe zu einem Spannungsverhältnis mit der Richtlinie 2000/31/EG vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, ist schon deshalb rechtsfehlerhaft, weil der FC Troschenreuth nicht Diensteanbieter im Sinne dieser

Richtlinie und des in deren Umsetzung ergangenen Telemediengesetzes ist. Nach § 2 Nr. 1 TMG ist Diensteanbieter nur, wer eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält. Das ist bei dem FC Troschenreuth nicht der Fall.

18 b) Der Begriff der Werbung in § 7 Abs. 2 UWG erfasst auch Nachfragehandlungen, die sich an Gewerbetreibende oder Freiberufler richten. Der deutsche Gesetzgeber hat im Rahmen der ihm durch Art. 13 Abs. 5 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation eröffneten Regelungskompetenz das Schutzniveau für natürliche Personen und andere Marktteilnehmer einheitlich bestimmt.

19 c) Nach diesen Grundsätzen fällt die hier beanstandete E-Mail-Anfrage, mit der der Beklagte für seinen Geschäftsbetrieb eine Dienstleistung des Fußballvereins nachfragt, als Werbung unter das Verbot des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG.

20 3. Der FC Troschenreuth hat nicht in die Übersendung der beanstandeten E-Mail eingewilligt. Eine ausdrückliche Einwilligung lag nicht vor.

21 a) In der Angabe einer E-Mail-Adresse zur Kontaktaufnahme auf der Website des Vereins ist keine konkludente Einwilligung in die Übermittlung von Anfragen kommerziellen Inhalts zu sehen.

22 Die Angabe einer E-Mail-Adresse auf der Internetseite eines Unternehmens bringt zwar dessen konkludentes Einverständnis damit zum Ausdruck, Anfragen potentieller Kunden zu dem üblichen Waren- und Dienstleistungsangebot des Unternehmens unter dieser Adresse zu empfangen (vgl. zur Angabe von Telefaxnummern BGH, Urt. v. 25.10.1995 - I ZR 255/93, GRUR 1996, 208, 209 f. = WRP 1996, 100 - Telefax-Werbung; Urt. v. 17.7.2008 - I ZR 75/06

- Faxanfrage im Autohandel). Die schlichte Einrichtung einer E-Mail-Adresse und deren Bekanntgabe auf der Website eines Sportvereins erfüllt die Anforderungen aber nicht, die an eine derartige konkludente Einwilligung zu stellen sind.

23 Der FC Troschenreuth hat die Rechtsform eines eingetragenen Vereins. Infolgedessen kann sein Vereinszweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sein (vgl. §§ 21, 22 BGB). Im Rahmen seiner durch den Vereinsgegenstand bestimmten gewöhnlichen Vereinstätigkeit bietet der FC Troschenreuth keine Produkte oder Dienstleistungen allgemein auf dem Markt an. Soweit der FC Troschenreuth in begrenztem Umfang zur Förderung des Vereinszwecks entgeltlich etwa Fanartikel oder Dienstleistungen wie Bandenwerbung oder Bannerwerbung auf seiner Website anbieten sollte, handelt es sich nicht um die durch den Vereinszweck bestimmte typische und den Verein prägende Vereinstätigkeit, sondern um untergeordnete Hilfsgeschäfte.

24 Mit der Einrichtung einer E-Mail-Adresse will der Verein an der Vereinsarbeit interessierten Personen eine einfache Kontaktaufnahme ermöglichen. Anders als im Falle der Telefaxnummer oder E-Mail-Adresse eines Einzelhandelsunternehmens kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass die zur Kontaktaufnahme eingerichtete E-Mail-Adresse eines Sportvereins der hier in Rede stehenden Art bestimmungsgemäß dazu dient, kommerzielle Anfragen nach außerhalb des eigentlichen Vereinszwecks liegenden Dienstleistungen des Vereins zu ermöglichen.

25 b) Aus der vom Berufungsgericht angeführten Entscheidung "Direktansprache am Arbeitsplatz I" (BGHZ 158, 174) ergibt sich für die Zulässigkeit der beanstandeten E-Mail schon deshalb nichts, weil für die danach zulässige erste

telefonische Kontaktaufnahme eines Personalberaters mit einem Arbeitnehmer von dessen mutmaßlichem Einverständnis auszugehen ist, das gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG auch nach neuem Recht ausreicht. Demgegenüber kann nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG E-Mail-Werbung nicht durch ein mutmaßliches, sondern nur durch ein ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis gerechtfertigt werden.

26 c) Ob der FC Troschenreuth auf seiner Website sinngemäß darauf hingewiesen hatte, dass Werbe-Mails unerwünscht sind, ist unerheblich für die Frage, ob eine Einwilligung vorliegt.

27 4. Die E-Mail-Anfrage des Beklagten war auch nach § 1 UWG a.F. unzulässig (vgl. BGH, Urt. v. 11.3.2004 - I ZR 81/01, GRUR 2004, 517, 518 f. = WRP 2004, 731 - E-Mail-Werbung). Zwar kam danach anders als nach geltendem Recht auch ein mutmaßliches Einverständnis mit einer E-Mail-Anfrage in Betracht. Diese Möglichkeit bestand jedoch nur bei der Werbung gegenüber Gewerbetreibenden, wenn aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Empfängers an der Anfrage vermutet werden konnte. Diese Grundsätze sind hier schon deshalb unanwendbar, weil der FC Troschenreuth kein Gewerbe betreibt.

28 Im Übrigen folgt aus den konkreten Umständen der Bekanntgabe einer E-Mail-Adresse auf der Website eines Fußballvereins nur, dass an der Vereinsarbeit interessierten Personen die Möglichkeit einer Kontaktaufnahme gegeben werden soll. Keineswegs ergibt sich daraus aber ein mutmaßliches Einverständnis mit kommerziellen Anfragen jeder Art. Daran ändert auch nichts, dass der Fußballverein grundsätzlich durchaus ein Interesse an weiteren Einnahmen

haben mag. Insoweit bestehen andere Möglichkeiten zur Kontaktaufnahme, insbesondere unter Verwendung der herkömmlichen Post.

29 III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO. Die Klägerin ist nur mit ihrem Hilfsantrag erfolgreich.

Bornkamm Büscher Schaffert

Kirchhoff

RiBGH Dr. Koch ist in Urlaub und kann daher nicht unterschreiben.

Bornkamm

Vorinstanzen:
LG Kleve, Entscheidung vom 04.03.2005 - 8 O 120/04 -
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 04.10.2005 - I-20 U 64/05 -