



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

I ZR 201/07

vom

10. Dezember 2009

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. Dezember 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Dr. Schaffert, Dr. Bergmann und Dr. Koch

beschlossen:

Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 1/4 und die Beklagte 3/4 zu tragen.

Der Streitwert für die Revision wird auf 25.000 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Beklagte sandte der ebenso wie sie im Kraftfahrzeughandel gewerblich tätigen Klägerin, mit der sie zuvor keine geschäftlichen Kontakte gehabt hatte, am 9. Juni 2006 ihr aktuelles Kfz-Händlerangebot für den Monat Juni 2006 per elektronischer Post zu. Die Klägerin, die darum weder gebeten noch dem ausdrücklich zugestimmt hatte, beanstandete dies als unzulässige E-Mail-Werbung. Nachdem die Beklagte die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung abgelehnt hatte, erwirkte die Klägerin gegen die Beklagte eine einstweilige Verfügung und hat, nachdem diese auch keine Abschlusserklärung abgegeben hat, im vorliegenden Rechtsstreit Hauptsacheklage erhoben. Sie hat beantragt,

die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, unaufgefordert im geschäftlichen Verkehr ohne Einverständnis per E-Mail Verkaufswerbung zu versenden.

2 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben (OLG Hamm MD 2008, 382).

3 Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision hat die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiterverfolgt. Nach der Zulassung der Revision hat die Klägerin den Rechtsstreit im Hinblick auf die am 30. Dezember 2008 in Kraft getretene Neufassung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG in der Hauptsache für erledigt erklärt. Die Beklagte hat sich der Erledigungserklärung angeschlossen.

4 II. Die Erledigung der Hauptsache kann auch noch im Revisionsverfahren erklärt werden (vgl. BGHZ 123, 264, 265 f.; BGH, Beschl. v. 11.12.2003 - I ZR 68/01, GRUR 2004, 350 = WRP 2004, 350 - Pyrex). Der Senat hat somit gemäß § 91a Abs. 1 ZPO unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen durch Beschluss über die Kosten zu entscheiden. Er macht von der Möglichkeit Gebrauch, diese Entscheidung ohne mündliche Verhandlung zu treffen (§ 128 Abs. 3 ZPO).

5 III. Die Kosten des Rechtsstreits sind der Klägerin zu 1/4 und im Übrigen der Beklagten aufzuerlegen, weil deren Revision ohne die Änderung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG und die daraufhin von den Parteien übereinstimmend erklärte Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache voraussichtlich nur insoweit Erfolg gehabt hätte, als sie zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht und dort dann zur Verurteilung der Beklagten gemäß einem dem Bestimmtheitserfordernis des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO entsprechenden geänderten Klageantrag geführt hätte.

6           1. Bei der unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu treffenden Entscheidung gemäß § 91a Abs. 1 ZPO ist darauf abzustellen, inwieweit das Rechtsmittel der Beklagten Erfolg gehabt hätte, wenn es nicht zur Erledigung der Hauptsache gekommen wäre (vgl. BGHZ 50, 197, 199; BGH GRUR 2004, 350 - "Pyrex", m.w.N.).

7           2. Das Berufungsgericht hat zu Recht entschieden, dass die Beklagte mit ihrer Werbung gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG (in der Fassung, in der diese Vorschrift bis zum 30.12.2008 gegolten hat; im Weiteren: UWG 2004) verstoßen hat.

8           a) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG 2004 E-Mail-Werbung nicht durch ein mutmaßliches, sondern nur durch ein ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis gerechtfertigt sein kann (vgl. BGH, Urt. v. 17.7.2008 - I ZR 197/05, GRUR 2008, 925 Tz. 25 = WRP 2008, 1330 - FC Troschenreuth).

9           b) Das Berufungsgericht hat in tatrichterlicher Würdigung des Sachverhalts angenommen, die Angabe auf der Homepage der Klägerin, dass derjenige, der mit ihr im Kontakt treten oder ihr etwas mitteilen möchte, ihr hierzu unter anderem eine E-Mail senden könne, habe erkennbar allein die Veräußerung von Gebrauchtfahrzeugen an Endabnehmer betroffen und daher nicht als konkludente Einwilligung in die streitgegenständliche E-Mail-Werbung gewertet werden können. Ein Rechtsfehler ist insoweit nicht ersichtlich.

10          c) Entgegen der Ansicht der Revision bestanden im Streitfall keine Anhaltspunkte dafür, dass trotz des Vorliegens der Tatbestandsmerkmale des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG 2004 eine unzumutbare Belästigung aufgrund einer Interessenabwägung zu verneinen sein könnte (vgl. BGH, Urt. v. 16.11.2006

- I ZR 191/03, GRUR 2007, 607 Tz. 23 = WRP 2007, 795 - Telefonwerbung für "Individualverträge"; OLG Naumburg K&R 2007, 274, 275 und 277 f. = DB 2007, 911 = OLG-Rep 2007, 753; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 7 Rdn. 2; Fezer/Mankowski, UWG, § 7 Rdn. 32; Ohly in Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl., § 7 Rdn. 4; Koch in Ullmann, jurisPK-UWG, 1. Aufl., § 7 Rdn. 286). Zwar wird im Schrifttum auch die gegenteilige Auffassung vertreten (vgl. Harte/Henning/Ubber, UWG, 1. Aufl., § 7 Rdn. 165 m.w.N. zum - allerdings noch vor dem Inkrafttreten des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG 2004 veröffentlichten - Schrifttum; MünchKomm.UWG/Leible, § 7 Rdn. 63; Plaß in HK-WettbR, 2. Aufl., § 7 Rdn. 2 und 9). Die Vertreter dieser Auffassung weisen jedoch selbst darauf hin, dass zwingendes Gemeinschaftsrecht die nach ihrer Auffassung vorzunehmende Gesamtabwägung verkürzen oder ganz ausschließen kann (vgl. Harte/Henning/Ubber aaO § 7 Rdn. 165; MünchKomm.UWG/Leible, § 7 Rdn. 63; Plaß in HK-WettbR aaO § 7 Rdn. 6). Damit aber verbietet sich im Blick auf die Bestimmung des Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation eine Interessenabwägung jedenfalls bei Telemarketingmaßnahmen, deren Adressaten natürliche Personen sind (Harte/Henning/Ubber aaO § 7 Rdn. 165). Der deutsche Gesetzgeber hat in der Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG 2004 indes keinen Gebrauch von der ihm in Art. 13 Abs. 5 der Richtlinie 2002/58/EG eröffneten Möglichkeit gemacht, für den geschäftlichen Bereich ein niedrigeres Schutzniveau vorzusehen (MünchKomm.UWG/Leible, § 7 Rdn. 136 mit Hinweis auf die Begründung des Regierungsentwurfs zum UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487, S. 21). Damit scheidet auch in diesem Bereich eine Interessenabwägung aus.

- 11                    d) Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass nach der Bejahung einer unzumutbaren Belästigung i.S. des § 7 Abs. 2 UWG 2004 die Frage eines Bagatellverstoßes nicht mehr zu prüfen ist (vgl. BGH GRUR 2007, 607

Tz. 23 - Telefonwerbung für "Individualverträge"; BGH, Urt. v. 20.9.2007 - I ZR 88/05, GRUR 2008, 189 Tz. 23 = WRP 2008, 44 - Suchmaschineneintrag). Die von der Revision angeregte Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Klärung der Frage, ob Art. 5 Abs. 2 lit. b der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken es gebietet, bei Bejahung einer unzumutbaren Belästigung i.S. von Art. 8 und 9 sowie in Anh. I Nr. 26 dieser Richtlinie eine gesonderte Prüfung des Verhaltens auf seine Eignung zur nicht nur unerheblichen Beeinträchtigung der Interessen der Betroffenen vorzunehmen, kam schon deshalb nicht in Betracht, weil die Richtlinie 2005/29/EG allein das Verhalten zwischen Unternehmern und Verbrauchern regelt, im Streitfall aber eine wettbewerbsrechtliche Auseinandersetzung zwischen zwei Unternehmern vorliegt. Außerdem lässt die Regelung in Anlage I Nr. 26 Satz 2 der Richtlinie 2005/29/EG erkennen, dass das nach der Richtlinie 2002/58/EG bestehende Schutzniveau (vgl. dazu oben unter III 1 c) durch die Richtlinie 2005/29/EG nicht abgesenkt werden sollte.

- 12            3. Die Revision hätte ohne die übereinstimmende Erledigungserklärung der Parteien gleichwohl Erfolg gehabt und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht geführt, weil der von der Klägerin gestellte und vom Berufungsgericht für zulässig und begründet erachtete Unterlassungsantrag nicht die Voraussetzungen erfüllte, unter denen ein gesetzeswiederholender Unterlassungsantrag nach den in der Textziffer 16 der Senatsentscheidung "Telefonwerbung für 'Individualverträge'" (GRUR 2007, 607) dargestellten Grundsätzen ausnahmsweise als hinreichend bestimmt und damit zulässig anzusehen ist. Wie schon die zahlreichen zu § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ergangenen Gerichtsentscheidungen sowie die einschlägige Kommentarliteratur zeigen, ist der Wortlaut dieser Bestimmung keineswegs in so hohem Maße eindeutig und konkret, dass sich über deren Anwendungsbereich kein ernsthafter Streit ergeben kann oder zumindest mögliche Zweifel hinsichtlich deren Reichweite durch eine ge-

festigte Auslegung geklärt sind. Entgegen der Ansicht der Klägerin war es auch nicht Sache der Beklagten, schlüssig darzulegen, wie anders als geschehen ein Verbot formuliert werden könnte, sondern wäre gegebenenfalls vom Berufungsgericht und zuvor von der Klägerin darzulegen gewesen, dass die Antragsformulierung trotz ihrer Auslegungsbedürftigkeit zur Gewährleistung des Rechtsschutzes im Hinblick auf die in Rede stehende Werbemethode erforderlich war (vgl. BGH GRUR 2007, 607 Tz. 16 a.E. - Telefonwerbung für "Individualverträge").

- 13           4. Der Senat geht davon aus, dass die Klägerin ohne die übereinstimmende Hauptsacheerledigungserklärung im wiedereröffneten Berufungsverfahren einen i.S. des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmten Klageantrag oder zumindest einen oder gegebenenfalls auch mehrere, stufenweise enger gefasste Hilfsanträge bis hin zur konkreten Verletzungsform gestellt und jedenfalls mit einem dieser Anträge Erfolg gehabt hätte. Bei der Kostenentscheidung wäre sodann zu berücksichtigen gewesen, dass die Klägerin mit ihrem ursprünglichen, mangels Bestimmtheit zu weit reichenden Klagebegehren nur

teilweise Erfolg gehabt hat. Danach entspricht es unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes billigem Ermessen, die Kosten des Rechtsstreits der Klägerin zu 1/4 und der Beklagten zu 3/4 aufzuerlegen (§ 91a Abs. 1 Satz 1, § 92 Abs. 1 ZPO).

Bornkamm

Pokrant

Schaffert

Bergmann

Koch

Vorinstanzen:

LG Arnsberg, Entscheidung vom 30.04.2007 - 8 O 173/06 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 25.10.2007 - 4 U 89/07 -