

OBERLANDESGERICHT NAUMBURG



IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

10 U 33/05 OLG Naumburg
11 O 22/05 LG Halle

verkündet am 30.09.2005
gez. Weiland, JFAngel als
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

...

wegen Unterlassung

hat der 10. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg auf die mündliche Verhandlung vom 16. September 2005 unter Mitwirkung des Präsidenten des Oberlandesgerichts Schubert, der Richterin am Oberlandesgericht Mertens und der Richterin am Landgericht Göbel

für Recht erkannt:

Die Berufung des Verfügungsklägers gegen das am 15. Juni 2005 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer – 1. Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Halle wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt der Verfügungskläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Streitwert für den Berufungsrechtszug wird auf 7.500,00 Euro festgesetzt.

G r ü n d e:

I.

Der Verfügungskläger, dessen Vereinsziel es ist, gewerbliche Interessen zu fördern und insbesondere Wettbewerbsverstöße zu verfolgen, nimmt die Beklagte, die als Bauunternehmen u. a. schlüsselfertige Gebäude anbietet, auf Unterlassung in Anspruch.

Am 03. März 2005, gegen 04.31 Uhr, 04.32 Uhr, 05.57 Uhr, 06.17 Uhr, und am 04. März gegen 03.16 Uhr, 09.49 Uhr und 10.35 Uhr übersandte die Verfügungsbeklagte an den Dachdeckermeister K. , zu dem sie keinen geschäftlichen Kontakt unterhielt, Faxschreiben. Mit drei der Faxschreiben gab sie dem Dachdeckermeister Gelegenheit, ein Angebot über Dachklempnerarbeiten für das Bauvorhaben R. in H. abzugeben. Zwei Faxschreiben bezogen sich auf die Dachdeckungsarbeiten des genannten Bauvorhabens. Die zwei letztgenannten Faxschreiben bezogen sich auf Leistungen für das Bauvorhaben Klinikum M. . Wegen des Inhalts der mit der Bezeichnung Angebotsanfrage überschriebenen Schreiben wird auf Bl. 38, 40, 41, 42, 52, 53, 54 d. A. Bezug genommen.

Der Dachdeckermeister ist auf der Internetseite seiner zuständigen Handwerkskammer verzeichnet, und zwar unter Angabe der Möglichkeiten, mit ihm Kontakt aufzunehmen.

Der Verfügungskläger mahnte die Verfügungsbeklagte mit Schreiben vom 08. März 2005 erfolglos ab.

Der Verfügungskläger hat beantragt,

der Verfügungsbeklagten zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs unaufgefordert Telefaxschreiben werblichen Inhalts zu versenden und/oder versenden zu lassen, ohne dass der Empfänger in die Übersendung der Werbung per Telefax eingewilligt hat und der Verfügungsbeklagten für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft bis zu 6 Monaten anzudrohen, wobei die Ordnungshaft insgesamt 2 Jahre nicht übersteigen darf.

Die Verfügungsbeklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die 11. Zivilkammer – 1. Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Halle hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem am 15. Juni 2005 verkündeten Urteil zurückgewiesen.

Zur Begründung hat sie ausgeführt, ein Unterlassungsanspruch des Verfügungsklägers könne nicht aus § 8 Abs. 1 UWG abgeleitet werden, da die Verfügungsbeklagte nicht gegen die Verbote des §§ 3, 7 UWG verstoßen habe. Ein Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG scheitere bereits daran, dass die Faxschreiben keine Werbung im Sinne dieser Norm darstellten. Zu einer Irreführung des Verbrauchers könne nur ein Verhalten führen, dass auf den Verbraucher und damit den Absatz ziele. Auch zum Schutz des Wettbewerbes erscheine das Verbot einer unaufgeforderten Nachfrage nach Leistungen entbehrlich. Die Nachfrage nach Waren und Leistungen an deren Anbieter sei in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union regelmäßig erwünscht. Es sei auch typisch, dass Anbieter von Waren und Dienstleistungen ihre Adressen, Telefon- und Faxnummern veröffentlichten, um die Kontaktaufnahme durch potenzielle Nachfrager ihrer Leistungen zu ermöglichen.

Zwar habe der Gesetzgeber in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG in den Begriff der Wettbewerbshandlung auch die Förderung der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen einbezogen, damit aber nicht den Begriff der Werbung definiert. Dies sei auch sachgerecht, denn durch die

Nachfrage nach Angeboten für Waren und Dienstleistungen würden sehr viel seltener Verbraucherbelange beeinträchtigt und der Wettbewerb gefährdet.

Selbst wenn man in der angegriffenen Handlung der Verfügungsbeklagten Werbung erblicken würde, sei ein Verstoß gegen das UWG nicht gegeben, da er durch die Veröffentlichung seiner Firma auf der Internetseite der Handwerkskammer unter der Rubrik Handwerkersuche eine Einwilligung zur Kontaktaufnahme erklärt habe.

Der Verfügungskläger könne den Unterlassungsanspruch auch nicht auf § 7 Abs. 1 UWG stützen. Es sei zwar als belästigend einzuordnen, in kurzem zeitlichem Abstand sechs Faxschreiben desselben Inhalts zu erhalten, als unzumutbar, nämlich unerträglich könne dies aber nicht angesehen werden. Letztlich komme es darauf nicht an, denn § 7 Abs. 1 UWG konkretisiere lediglich das Tatbestandsmerkmal des unlauteren Handelns im Sinne des § 3 UWG. § 7 Abs. 1 UWG greife deshalb nur, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 3 UWG erfüllt seien, was nicht der Fall sei.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Verfügungskläger mit der Berufung. Er ist der Auffassung, die Telefaxwerbung der Verfügungsbeklagten stelle eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG dar. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG stelle den Absatz und den Bezug von Waren und Dienstleistungen gleich, so dass die Auslegung des Landgerichts fehlerhaft sei. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG schütze den Empfänger sowohl bei der Offerierung zum Zwecke des Absatzes als auch bei derjenigen zum Zwecke des Bezugs. Der Verfügungsbeklagten sei es darum gegangen, mit der Übermittlung mehrerer Faxschreiben eine erhebliche Aufmerksamkeit zu erzielen. Auch die Anwerbung diene der Steigerung des Umsatzes des Dienstleistungserbringers, denn durch diese werde es diesem erst ermöglicht, selbst die entsprechenden Aufträge zu erhalten. Auch habe der Dachdeckermeister K. durch die Veröffentlichung seiner Adresse auf der Homepage der Handwerkskammer nur seine Einwilligung in die Übersendung eines einmaligen Faxes erteilt. Keinesfalls berechtige dieser Eintrag jedoch zur Übersendung gleichlautender Schreiben im Minutentakt unter Hinzuziehung technischer Einwahlhilfen.

Ferner habe das Landgericht nicht bedacht, dass es für die Erfüllung des Tatbestandes des § 7 Abs. 1 UWG anders als bei § 7 Abs. 2 UWG gerade nicht erforderlich sei, dass es sich bei der Wettbewerbshandlung, von welcher die Belästigung ausgehe, um Werbung handele. Während der Gesetzgeber sich in § 7 Abs. 2 UWG ausdrücklich nur auf die Konkretisierung der Belästigung bei Werbung beschränke, spreche § 7 Abs. 1 UWG ausschließlich von einer unzumutbaren Belästigung, ohne dass eine Einschränkung erfolge, so dass dies auch auf eine Wettbewerbshandlung anzuwenden sei. Der Versand des Telefax sei für den Empfänger im Sinne des § 7 Abs. 1 UWG in höchstem Maße unzumutbar belästigend. Erfasst würden alle Fälle, in denen sich die Belästigung zu einer solchen Intensität verdichtet habe, dass

sie von einem großen Teil der Verbraucher als unerträglich empfunden werde. Aufgrund der Tatsache, dass die Schreiben bei den Adressaten binnen weniger Minuten wiederholt eingingen, stehe das Telefaxgerät während dieser Zeit nicht zur Verfügung. Dies gelte umso mehr, als dass einige der Faxe den Empfänger zwischen 09.00 Uhr und 11.00 Uhr morgens erreicht hätten. Ferner führe der wiederholte Eingang von Werbefaxen zu einem erheblichen Verbrauch von Papier, Toner und Strom. Entgegen der Auffassung des Landgerichts könnten die im Minutentakt eingehenden Telefaxe zu einer erheblichen Betriebslaufstörung führen. Ob dies bei dem Dachdeckermeister K. der Fall gewesen sei, sei unerheblich. Nach § 3 UWG dürfe die Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht nur unerheblich sein. Die Schwelle solle aber nach der Gesetzesbegründung nicht zu hoch angesetzt werden. Eine nicht unerhebliche Verfälschung könne auch bei Verstößen mit nur geringen Auswirkungen auf den Marktteilnehmer im Einzelfall vorliegen, wenn durch das Verhalten eine Vielzahl von Marktteilnehmern betroffen sei oder eine nicht unerhebliche Nachahmungsgefahr bestehe. Unter Anwendung dieser Grundsätze überschreite die Zusendung der Telefaxe die Erheblichkeitsschwelle ohne Weiteres. Durch den wiederholten Versand der Telefaxe mache die Verfügungsbeklagte in einer besonders intensiven Weise auf sich aufmerksam. Mitbewerber, die auf einen entsprechenden Versand verzichteten, würden in ihrer Stellung am Markt beeinträchtigt. Darauf, dass sich die Verfügungsbeklagte möglicherweise selbst schade, komme es nicht an. Dies gelte umso mehr, als dass dieser Selbstschädigungseffekt immer bei belästigender Werbung im Sinne des § 7 UWG entstehe. Die Auffassung des Landgerichts führe zu dem absurden Ergebnis, dass je intensiver sich die Belästigung im Sinne des § 7 UWG darstelle, desto eher das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung zu verneinen sei.

Der Verfügungskläger beantragt,

das am 15. Juni 2005 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Halle abzuändern und
der Verfügungsbeklagten zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs unaufgefordert Telefaxschreiben werblichen Inhalts zu versenden und/oder versenden zu lassen, ohne dass der Empfänger in die Übersendung der Werbung per Telefax eingewilligt hat und
der Verfügungsbeklagten für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft bis zu 6 Monaten anzudrohen, wobei die Ordnungshaft insgesamt 2 Jahre nicht übersteigen darf.

Die Verfügungsbeklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Verfügungsbeklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die vorbereitenden Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

II.

Die Berufung des Verfügungsklägers ist zulässig (§§ 511, 517, 519, 520, 526 ZPO), in der Sache aber nicht gerechtfertigt.

Mit dem Landgericht geht der erkennende Senat davon aus, dass der Verfügungskläger den begehrten Unterlassungsanspruch gegen die Verfügungsbeklagte nicht hat.

Auf den Rechtsstreit ist das UWG in seiner Fassung vom 03. Juli 2004 anzuwenden, da dieses am 08. Juli 2004 ohne Übergangsvorschrift in Kraft getreten ist (§ 22 UWG).

Insbesondere verstößt die streitgegenständliche Wettbewerbshandlung nicht gegen § 3 UWG in der speziellen Form der unzumutbaren Belästigung des § 7 UWG.

Mit dem Landgericht ist davon auszugehen, dass die hier in Rede stehende Wettbewerbshandlung bereits nicht von dem Spezialtatbestand des § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG umfasst ist, da es sich bei dieser nämlich nicht um eine Werbung im Sinne der genannten Bestimmung handelt. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat auf die ausführliche Begründung in dem angefochtenen Urteil Bezug.

§ 7 Abs. 2 UWG enthält Fallgruppen, die der Konkretisierung der generalklauselartigen Umschreibung der unzumutbaren Belästigung in Abs. 1 im Bereich der Werbung dienen. Nur ergänzend sei noch bemerkt, dass § 2 UWG den Begriff der Werbung nicht selbst definiert, aber an die Definition in Art. 2 Nr. 1 der Irreführungsrichtlinie 84/450/EG anknüpft. Danach bedeutet 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, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern. Insofern mögen Fallkonstellationen denkbar sein, bei denen eine Angebotsnachfrage in Wahrheit

das Ziel verfolgt, Werbung für die nachfragende Firma zu verfolgen. Dies kann beispielsweise bei einer Stellenanzeige der Fall sein, bei der das angeblich Mitarbeiter suchende Unternehmen tatsächlich nur auf sich selbst aufmerksam machen will. Das Ziel der Verfügungsbeklagten, das sie mit den streitgegenständlichen Telefaxschreiben verfolgt hat, war es aber unstreitig, dass Drittfirmen ihr ihre Dienstleistungen anbieten. Demnach ist vorliegend zwar gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG eine Wettbewerbshandlung anzunehmen, jedoch gerade keine Werbung.

Insofern kommt vorliegend nur die Anwendung des § 7 Abs. 1 UWG in Betracht. Diese Vorschrift enthält das Verbot unzumutbarer Belästigungen, allerdings nicht beschränkt auf Werbemaßnahmen, sondern allgemein auf Wettbewerbshandlungen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG bezogen.

Eine Belästigung kann in der hier angegriffenen Wettbewerbshandlung allerdings entsprechend dem angefochtenen Urteil erblickt werden.

Belästigungen können alle Wettbewerbshandlungen darstellen, die bereits wegen der Art und Weise von den Adressaten als aufgedrängt empfunden werden. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass es nicht der Entscheidung des Adressaten obliegt, ob er sich mit der Wettbewerbshandlung auseinandersetzen will, sondern dass er diese entgegennimmt, sich mit ihr auseinandersetzen und sie gegebenenfalls beseitigen muss. Neben der zeitlichen Belastung kommt auch eine materielle Belastung hinzu, denn gegebenenfalls können durch ungewünschte Übersendungen Büroabläufe gestört werden und Kosten für die Inanspruchnahme der Technik entstehen.

Die demnach festzustellende Belästigung ist aber nach der Auffassung des Senats unter keinem Gesichtspunkt unzumutbar. Durch das Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit wird klargestellt, dass nicht jede geringfügige Belästigung als unlauter anzusehen ist. Auch wenn die Schwelle nicht zu hoch anzusetzen ist (RegE UWG S. 43, BT-Drucks. 15/1487 S. 20), ist doch immer eine umfassende Abwägung der Interessen der betroffenen Marktteilnehmer vorzunehmen.

Bei der Beurteilung des Grades der Belästigung kommt es allerdings nicht auf das subjektive Empfinden des Umworbenen, sondern auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und unverständigen Durchschnittsadressaten an (vgl. die Rechtsprechung zur irreführenden Werbung: BGH, GRUR 2000, 619, 621; NJW 2001, 3193, 3194).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze kann das vorliegend in Rede stehende Verhalten der Verfügungsbeklagten nicht als unzumutbare Belästigung eingeordnet werden. Der Verfügungskläger verkennt bei seiner Argumentation, dass es sehr wohl auf die konkret angefochtene Verletzungshandlung ankommt, denn nur bezogen auf diese kann das künftig zu unterlassende Verhalten beschrieben werden.

Vorliegend ist in diesem Zusammenhang zunächst einmal zu berücksichtigen, dass die Verfügungsbeklagte den Dachdeckermeister nicht mit einer Vielzahl von unangeforderten Faxbriefen konfrontiert hat. Vielmehr geht es bezogen auf Dachklempnerarbeiten am Bauvorhaben R. um drei, bezogen auf die Dachdeckerarbeiten um zwei und bezogen auf das Bauvorhaben M. Klinikum um zwei gleichlautende Telefaxschreiben. Jeweils eines der Telefaxschreiben durfte die Verfügungsbeklagte dem Dachdeckermeister unaufgefordert zusenden, weil er seine Faxnummer auf der Internetseite der Homepage seiner Handwerkskammer veröffentlicht hat. Solange sich bei einer öffentlich bekannt gegebenen Faxnummer eines Unternehmens kein Hinweis befindet, dass diese nicht zu benutzen ist, dürfen die Leser der Nummer davon ausgehen, dass der Inhaber mit der Übersendung von Faxschreiben im Rahmen seines geschäftlichen Betätigungsbereichs einverstanden ist. Auch im Hinblick auf die weiteren zwei bzw. jeweils ein Faxschreiben kann in Ansehung der konkreten Umstände des Falles eine Unzumutbarkeit nicht angenommen werden. Die vier Faxschreiben zum Bauvorhaben R. erreichten den Dachdeckermeister nämlich außerhalb gewöhnlicher Bürozeiten (03. März: 04.32, 05.57, 06.17 Uhr und 04. März: 03.16 Uhr. Inwieweit zu dieser Zeit der Geschäftsbetrieb des Dachdeckers unangemessen beeinträchtigt worden ist, verschließt sich dem Senat. Zudem umfassten die Faxschreiben jeweils nur 1 Seite, so dass ihre Übertragung in wenigen Sekunden erfolgen konnte. Die Verfügungsbeklagte konnte nicht ohne weitere Anhaltspunkte annehmen, dass Faxübermittlungen zu den genannten Uhrzeiten den Geschäftsbetrieb des Adressaten in irgendeiner Weise beeinflussen würden. Auch der Papier- und Tonerverbrauch hält sich unter Berücksichtigung des Umfangs der Faxschreiben von nur einer Seite in völlig zu vernachlässigenden Größenordnungen; insgesamt kann für die vier Seiten wohl von einem einstelligen Centbereich ausgegangen werden.

Auch für die beiden Faxschreiben, mit denen die Verfügungsbeklagte den Dachdeckermeister zur Abgabe eines Angebots betreffend das Bauvorhaben M. Klinikum aufgefordert hat, kann eine unzumutbare Beeinträchtigung nicht angenommen werden. Letztlich geht es hier nur um ein Faxschreiben, das über die auf jeden Fall von einem Handwerker gewünschte Angebotsanfrage hinausgegangen ist. Übermittlungskosten und Vernichtungskosten halten sich in einem Geschäftsbetrieb in einer vollkommen zu vernachlässigenden Größenordnung.

Es mag sein, dass sich der Dachdeckermeister, der sich vorliegend an den Verfügungskläger gewandt hat, durch das Verhalten der Verfügungsbeklagten gestört gefühlt hat und eine gewisse Verärgerung entstanden ist. Dies ist vorliegend indes aber nicht entscheidend, da Handwerker gerade wegen der derzeit angespannten wirtschaftlichen Lage in der Regel daran interessiert sind, Aufträge zu erhalten und hierzu notwendigerweise auch Angebote ab-

zugeben. Insofern kommt es, wie ausgeführt, auf den Durchschnittsadressaten, nicht auf die Befindlichkeiten einer Einzelperson an.

Umstritten ist, ob im Zusammenhang mit der Zumutbarkeit eine etwaige Nachahmungsgefahr zu berücksichtigen ist. Die mit einer bestimmten Werbemethode verbundene Belästigung des Umworbeneen mag nach ihrer Art und ihren Auswirkungen auf die Einzelperson noch billigenswert sein, aber den Keim zu einem immer weiteren Umsichgreifen in sich tragen. Nach der Rechtsprechung sind die Gefahren einer massenhaften Verwendung der Werbeart und die damit verbundene Verwilderung der Wettbewerbssitten im Rahmen der Gesamtabwägung zu berücksichtigen (BGB, GRUR 2004, 517, 518 m.w.N.). Vorliegend führt indes auch diese Überlegung nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Um den Nachdruck einer einseitigen Angebotsanfrage zu verstärken, scheint es dem erkennenden Senat nicht als eine Verrohung der Sitten, diese mehrfach zu versenden. Dass die Verfügungsbeklagte weitere Zusendungen vorgenommen hätte, obwohl der betroffene Handwerker weitere Zusendungen ausdrücklich ablehnte (Ankreuzen im Formulartext) ist nicht ersichtlich, im übrigen auch nicht vorgetragen.

Nach alledem kommt es darauf, ob die angegriffene Wettbewerbshandlung geeignet ist, denn Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nur unerheblich zu beeinträchtigen, bereits überhaupt nicht an. Allerdings sei bemerkt, dass eine Wettbewerbsbeeinträchtigung ohnehin nur zum Nachteil der Mitbewerber anzunehmen wäre. Die Telefaxeschreiben richteten sich nämlich an einen sonstigen Marktteilnehmer, einen Dachdeckermeister, der als Subunternehmer eingebunden werden sollte. Sinn und Zweck der Angebotsfrage war es doch gerade, von einer Vielzahl von Unternehmen Angebote zu erhalten. Dies schränkte den Wettbewerb zwischen diesen Unternehmen nicht ein. Allerdings käme die Beeinträchtigung des Wettbewerbs zum Nachteil der Mitbewerber, also anderer Generalunternehmer, in Betracht. Auch in diesem Zusammenhang vermag der Senat eine nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung jedoch nicht zu erkennen. Davon, dass etwa andere Generalunternehmer durch das Verhalten der Verfügungsbeklagten unangemessen daran gehindert werden, Baufirmen Angebotsanfragen zu übermitteln, kann nicht ausgegangen werden.

Sonstige Gründe, welche der Berufung des Verfügungsklägers zum Erfolg verhelfen könnten, sind nicht ersichtlich.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713.

Die Wertfestsetzung ergibt sich aus §§ 2, 3 ZPO.

gez. Schubert

gez. Mertens

gez. Göbel