Lösungshinweise: Fall 5 (Lästige Mails)

Lösungshinweise:[1]

Nachdem die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, ist nur noch über die **Kosten** des Rechtsstreits unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen gem. *§ 91 a Abs. 1 ZPO* zu entscheiden. Nach billigem Ermessen bedeutet, dass die Kostenentscheidung vom *mutmaßlichen* Ausgang des Verfahrens abhängt. Dementsprechend ist die Zulässigkeit und Begründetheit der Klage zu prüfen, da im Falle einer zulässigen und begründeten Klage die Kosten in vollem Umfang von den Beklagten zu tragen wäre.

I. Zulässigkeit

Da keine entgegenstehenden Angaben im Sachverhalt enthalten sind, ist davon auszugehen, dass die allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen.[2]

II. Begründetheit

1. Die A, B und C-Gbr könnte einen Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte aus *§§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG* haben.

Der Unterlassungsanspruch setzt nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG ein *Wettbewerbsverhältnis* voraus. Dies könnte fraglich sein. Nach *§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG* ist Mitbewerber jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmen 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.

Die A, B und C-Gbr ist eine Patentanwaltskanzlei. Demgegenüber handelt es sich bei der B-GmbH um eine Gesellschaft, die eine Steuerberatung anbietet. Die Beteiligten bieten demnach verschiedene Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises an. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis liegt damit nicht vor. Die A, B und C-Gbr hat somit keinen Unterlassungsanspruch aus §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG.

2. Die A, B und C-Gbr könnte einen Unterlassungsanspruch gegen die B-GmbH aus *§§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB analog* wegen des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb haben.

a) Anwendbarkeit

Fraglich ist zunächst, ob ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb möglich ist, da die A, B und C-Gbr von Freiberuflern betrieben wird, die nicht dem Gewerbe-

---

[1] Der Fall ist angelehnt an BGH GRUR 2009, 980 ff. – E-Mail-Werbung-II.

[2] Nähere Ausführungen werden also von den Bearbeitern nicht erwartet.

begriff unterliegen. Wegen der vergleichbaren Interessenlage und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen ist jedoch eine analoge Anwendung geboten.[3]

b) Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Ferner müsste in der der Sache ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegen. In Rechtsprechung und Schrifttum ist die Frage umstritten, ob die unverlangte Zusendung von E-Mails mit Werbung an Gewerbetreibende einen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellt. Zum Teil wird ein rechtswidriger Eingriff in das geschützte Rechtsgut des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs jedenfalls bei einer einmaligen Zusendung einer E-Mail mit Werbung verneint.[4] Die überwiegende Ansicht in der Rechtsprechung und ein Teil des Schrifttums bejahen dagegen auch bei einer einmaligen E-Mail-Versendung eine entsprechende Rechtsverletzung.[5]
Der letztgenannten Ansicht ist zuzustimmen.[6] 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. Demzufolge liegt hier ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vor.

c) Rechtswidrigkeit des Eingriffs

Der Eingriff müsste rechtswidrig gewesen sein. Grundsätzlich beurteilt sich die Rechtswidrigkeit des Eingriffs nach einer i.S.d. § 823 BGB vorzunehmenden Interessenabwägung. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen ist jedoch eine dem UWG immanente Interessenabwägung bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Eingriffs nach dem BGB zu berücksichtigen. Insoweit enthält § 7 UWG eine entsprechende gesetzgeberische Wertung.[7] Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG stellt - von dem hier nicht interessierenden Ausnahmetatbestand des § 7 Absatz III UWG abgesehen - jede Werbung unter Verwendung elektronischer Post ohne

---

[3] Vgl. *Wagner*, in: Münch/Komm, BGB, 5. Aufl., § 823 Rdnr. 192.

[4] So etwa *Köhler*, in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 29. Aufl., § 7 Rdnr. 199.

[5] S. BGH GRUR 2009, 980 ff. (981) – E-Mail-Werbung-II.

[6] Mit entsprechender Begründung kann auch der Mindermeinung gefolgt werden.

[7] S. *Köhler*, in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG, 29. Aufl., § 7 Rdnr. 14.

vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten eine unzumutbare Belästigung dar. Folglich geht die Abwägung zu Lasten der B-GmbH. Wegen des unzumutbar belästigenden Charakters derartiger Werbung gegenüber dem Empfänger ist die Übersendung einer Werbe-E-Mail ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung daher grundsätzlich rechtswidrig. Der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb war somit rechtswidrig.

d) Wiederholungsgefahr

Der Unterlassungsanspruch setzt ferner in materieller Hinsicht voraus, dass eine Wiederholungsgefahr i.S.d. § 1004 I S. 2 BGB besteht. Diese wird bei einem Eingriff grundsätzlich vermutet.[8] Eine Wiederholungsgefahr ist somit hier gegeben.[9]

d) Störereigenschaft

Schließlich müsste der Anspruchsgegner Störer i.S.d. § 1004 BGB sein. Hinsichtlich der Störereigenschaft wird klassischerweise zwischen dem sog. Handlungsstörer und dem Zustandsstörer unterschieden. Handlungsstörer ist derjenige, der die Eigentumsbeeinträchtigung durch sein Verhalten (positives Tun oder pflichtwidriges Unterlassen) adäquat verursacht hat.

Die B-GmbH ist aktiv geworden durch das Absenden des Newsletters. Sie muss sich daher als Absender das Tätigwerden bzw. Abschicken zurechnen lassen und ist als Handlungsstörer anzusehen. Unmittelbar gehandelt wurde durch deren Geschäftsführer (Beklagter zu 2). Letzterer ist daher ebenfalls als Handlungsstörer einzustufen. Demzufolge sind sowohl die A, B und C-Gbr als auch der Geschäftsführer Störer i.S.d. § 1004 BGB.

3. Ergebnis

Die Klage war bis zur übereinstimmenden Erledigungserklärung zulässig und begründet. Folglich hätte die A, B und C-Gbr obsiegt. Demnach haben die Beklagten in vollem Umfang die Kosten nach § 91 a Abs. 1 ZPO zu tragen.

---

[8] *Baldus*, in: Münch/Komm., 5. Aufl., § 1004 Rdnr. 134. Liegt noch kein Eingriff bzw. keine Beeinträchtigung vor, muss eine sog. Erstbegehungsgefahr bestehen, s. dazu *Baldus* a.a.O.

[9] Im Übrigen kommt hinzu, dass die gewünschte Unterlassungserklärung nicht abgegeben wurde.