

# Telefax-Werbung II

**Bundesgerichtshof**

**Urteil vom 01.06.2006**

**Az.: I ZR 167/03**

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Juni 2006 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Bornkamm, Pokrant, Dr. Büscher und Dr. Schaffert

für **R e c h t** erkannt:

Die Revision gegen das Urteil der Zivilkammer 1 des Landgerichts Hildesheim vom 26. Juni 2003 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

## **Tatbestand:**

Der Kläger, ein eingetragener Verein, den seine Mitglieder – Gewerbetreibende im Raum Ostfriesland – mit der Wahrnehmung ihrer gewerblichen Interessen, insbesondere mit der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, betraut haben, verlangt von der Beklagten die Zahlung einer Abmahnpauschale in Höhe von 150 €.

Am 24. Juli 2002 sandte die Beklagte, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die sich als Vertriebsförderungsunternehmen bezeichnet, unaufgefordert ein Telefaxschreiben an den Inhaber eines Wäschehauses in Leer, zu dem sie keine geschäftlichen Beziehungen unterhielt. Mit dem Schreiben warb sie für eine nebenberufliche Tätigkeit in ihrem Unternehmen. Daraufhin forderte der klagende Verein die Beklagte zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf, weil es sich bei dem beschriebenen

Verhalten um eine wettbewerbswidrige belästigende Werbung handele. Außerdem stellte der Kläger der Beklagten für die Abmahnung eine Kostenpauschale in Höhe von 150 € in Rechnung. Die Beklagte hat die strafbewehrte Unterlassungserklärung nicht abgegeben.

Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger von der Beklagten Zahlung von 150 € zuzüglich Zinsen; einen Unterlassungsanspruch hat der Kläger gerichtlich nicht geltend gemacht. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat die Ansicht vertreten, ihr Verhalten sei nicht wettbewerbswidrig. Der Adressat ihres Werbeschreibens sei selbst durch Zeitungsannoncen werbend an die Öffentlichkeit getreten und habe damit sein Interesse an Angeboten wie dem der Beklagten bekundet. Im Übrigen sei heutzutage davon auszugehen, dass der Inhaber eines Telefaxanschlusses, der sich nicht in die sog. Robinson-Liste habe eintragen lassen, mit der unaufgeforderten Übersendung von werbenden Telefaxschreiben einverstanden sei.

Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landgericht hat die vom Amtsgericht zugelassene Berufung zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision, mit der die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt.

### **Entscheidungsgründe:**

I.

Das Landgericht hat das mit der Abmahnung beanstandete Verhalten der Beklagten als wettbewerbswidrig i.S. von § 1 UWG a.F. angesehen. Es stelle eine belästigende Werbung dar, an einen Gewerbetreibenden per Telefax unaufgefordert Werbeschreiben zu richten, der nicht ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis erklärt habe oder dessen Einverständnis nicht anhand konkreter Umstände vermutet werden könne. Der Adressat des fraglichen Schreibens habe sein Einverständnis nicht erklärt. Es seien auch keine Umstände

ersichtlich, aus denen auf ein Einverständnis des Adressaten geschlossen werden könne. Der Anspruch auf Zahlung der Abmahnkosten ergebe sich aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683 Satz 1, § 670 BGB).

II.

Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Ein Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten setzt – unabhängig davon, ob er wie vorliegend noch auf Geschäftsführung ohne Auftrag oder auf die mit der UWG-Novelle 2004 eingeführte Regelung in § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG gestützt ist – stets voraus, dass zum Zeitpunkt der Abmahnung gegenüber dem Abgemahnten ein Unterlassungsanspruch bestand. Diese Voraussetzung hat das Berufungsgericht zutreffend für gegeben erachtet.

Für die Beurteilung des vom Kläger beanstandeten Verhaltens ist das bis zum 7. Juli 2004 geltende Recht heranzuziehen. Mit Recht hat das Berufungsgericht in der unaufgeforderten Übersendung eines Werbeschreibens per Telefax eine belästigende Werbung im Sinne von § 1 UWG a.F. gesehen (vgl. nunmehr § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG). Der Senat hält an seiner Beurteilung fest, dass eine per Telefax unaufgefordert übermittelte Werbung auch gegenüber Gewerbetreibenden grundsätzlich als wettbewerbswidrig anzusehen ist. Sie ist nur zulässig, wenn der Adressat ausdrücklich oder konkludent eingewilligt hat oder wenn der Absender das Einverständnis aufgrund konkreter Umstände vermuten durfte (BGH, Urt. v. 25.10.1995 – I ZR 255/93, GRUR 1996, 208, 209 = WRP 1996, 100 – Telefax-Werbung I; vgl. ferner BGH, Urt. v. 5.2.2004 – I ZR 87/02, GRUR 2004, 520, 521 = WRP 2004, 603 – Telefonwerbung für Zusatzeintrag; Urt. v. 11.3.2004 – I ZR 81/01, GRUR 2004, 517, 518 = WRP 2004, 731 – E-Mail-Werbung). Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall eindeutig nicht vor.

Entgegen der in der Berufungsbegründung zum Ausdruck

gebrachten Auffassung der Beklagten, auf die sich die Revision bezieht, besteht auch aufgrund der technischen Entwicklung keine Veranlassung, die in der Senatsrechtsprechung erarbeiteten Grundsätze in Zweifel zu ziehen. Dies gilt insbesondere für das Argument der Beklagten, immer häufiger würden Telefaxsendungen unmittelbar auf den PC geleitet, wo am Bildschirm entschieden werden könne, ob sie ausgedruckt werden sollten oder nicht. Dem ist entgegenzuhalten, dass mit dem Computerfax auch das massenhafte Versenden von Telefaxsendungen erleichtert worden ist. Die belästigende Wirkung einer einzelnen Telefaxsendung mag gering sein. Bei diesen Werbeformen, die – wenn zulässig – ohne großen Aufwand in erheblichen Stückzahlen versandt werden könnten, ist für die Frage der unzumutbaren Belästigung nicht auf die einzelne Zusendung, sondern auf das Massenphänomen abzustellen. Müssen beim Sichten eingegangener Telefaxsendungen, sei es am herkömmlichen Telefaxgerät oder am PC, die interessierenden Zusendungen erst einmal aus einer Fülle unaufgeforderter Werbezusendungen herausgefiltert werden, kann dies eine erhebliche Belastung des Arbeitsablaufs bedeuten.

2. Die Revision hält die Abmahnung für missbräuchlich; der Umstand, dass der Kläger den mit der Abmahnung geltend gemachten Unterlassungsanspruch nicht gerichtlich geltend gemacht habe, beweise, dass es ihm allein darum gegangen sei, die Abmahnpauschale zu verdienen. Auch mit dieser Rüge hat die Revision keinen Erfolg.

a) Die gesetzliche Regelung über die missbräuchliche Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche (§ 13 Abs. 5 UWG a.F., heute § 8 Abs. 4 UWG) bezieht sich allein auf den Unterlassungsanspruch. Die Gründe, die nach Ansicht der Revision für eine missbräuchliche Geltendmachung des Anspruchs auf Zahlung der Abmahnkosten sprechen, betreffen nicht die Zulässigkeit, sondern die Begründetheit dieses Anspruchs.

b) Der Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten setzt – hiervon geht die Revision mit Recht aus – voraus, dass der

Gläubiger die Abmahnung in dem ernsthaften Willen ausgesprochen hat, den Unterlassungsanspruch notfalls gerichtlich geltend zu machen. Der Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten hat seine Grundlage in der Erwägung, dass die berechnete Abmahnung dem Schuldner zum Vorteil gereicht: Mahnt der Gläubiger zunächst ab, statt sofort Klage zu erheben oder einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu stellen, gibt er damit dem Schuldner die Möglichkeit, die gerichtliche Auseinandersetzung auf kostengünstige Weise durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung abzuwenden. Daher muss der Gläubiger dem Schuldner durch die Abmahnung – ob ausdrücklich oder nicht – zu erkennen geben, dass er gegen ihn gerichtlich vorgehen wird, wenn die geforderte Unterwerfungserklärung nicht abgegeben wird (Bornkamm in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl., § 12 UWG Rdn. 1.21; Brüning in Harte/Henning, UWG, § 12 Rdn. 61; Fezer/Büscher, UWG, § 12 Rdn. 17).

Das Berufungsgericht hat zu Recht keinen Anlass gesehen, die Ernsthaftigkeit des Unterlassungsverlangens des Klägers in Frage zu stellen, weil er sein prozessuales Begehren auf die Geltendmachung der Abmahnpauschale beschränkt hat. Die Beklagte hat nicht behauptet, dem Kläger habe zum Zeitpunkt der Abmahnung die Absicht gefehlt, den Unterlassungsanspruch notfalls gerichtlich geltend zu machen. Die Ausführungen in der Klageschrift, wonach die Klage „zunächst“ auf die Erstattung der Abmahnkosten gerichtet sei, legen eine dahingehende Vermutung nicht nahe. Es wäre Sache der Beklagten gewesen vorzutragen, dass der Anspruch nicht gerichtlich geltend gemacht werden sollte und es daher an der Ernsthaftigkeit der Abmahnung gefehlt habe. Erst wenn der Kläger zu einem entsprechenden Vortrag der Beklagten geschwiegen oder unzureichende Gründe für die Nichtgeltendmachung des Unterlassungsanspruchs vorgebracht hätte, hätte das Berufungsgericht vom Fehlen der Ernstlichkeit ausgehen müssen.

III.

Die Revision der Beklagten ist danach zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Vorinstanzen:

AG Hildesheim, Entscheidung vom 17.01.2003 – 49 C 150/02

LG Hildesheim, Entscheidung vom 26.06.2003 – 1 S 16/03