



Fundstellen: DB 2013, 2561 = GRUR 2013, 1259 = jusIT 2014/8, 21 (*Thiele*) = MMR 2014, 250

Schafft ein Unternehmen auf seiner Website die Möglichkeit für Nutzer, Dritten unverlangt eine sog „Empfehlungs-E-Mail“ zu schicken, die auf den Internetauftritt des Unternehmens hinweist, ist dies nicht anders zu beurteilen als eine unverlangt versandte Werbe-E-Mail des Unternehmens selbst. Richtet sich die ohne Einwilligung des Adressaten versandte Empfehlungs-E-Mail an einen Rechtsanwalt, stellt dies einen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar.

Amtlicher Leitsatz

Im Namen des Volkes!

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat im schriftlichen Verfahren, in dem bis zum 1. August 2013 Schriftsätze eingereicht werden konnten, durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Dr. h.c. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Koch und Dr. Löffler für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 23. Oktober 2012 unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als hinsichtlich des Unterlassungsantrags zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird das Urteil des Amtsgerichts Köln vom 14. Februar 2012 auf die Berufung des Klägers abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, mit dem Kläger zur Aufnahme eines erstmaligen Kontakts per E-Mail Kontakt aufzunehmen, ohne dass seine ausdrückliche Einwilligung vorliegt.

Der Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungsverpflichtung ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht, wobei die Ordnungshaft an den Geschäftsführern der Beklagten zu vollziehen ist.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen:

Tatbestand:

[1] Der Kläger, ein Rechtsanwalt, nimmt die auf dem Gebiet der Außenwerbung tätige Beklagte hauptsächlich auf Unterlassung in Anspruch.

[2] Auf der Internetseite der Beklagten befindet sich eine sogenannte Weiterempfehlungsfunktion. Gibt ein Dritter seine eigene E-Mail-Adresse und eine weitere E-Mail-Adresse ein, wird von der Internetseite der Beklagten an die weitere von dem Dritten

benannte E-Mail-Adresse eine automatisch generierte E-Mail versandt, die auf den Internetauftritt der Beklagten hinweist. Bei dem Empfänger der E-Mail geht der Hinweis auf die Internetseite der Beklagten als von dieser versandt ein. Weiteren Inhalt hat eine Empfehlungs-E-Mail nicht.

[3] Der Kläger erhielt ab dem 26. Dezember 2010 ohne seine Zustimmung mehrere Empfehlungs-E-Mails. Nach einer Abmahnung und einer weiteren Beschwerde des Klägers erklärte sich die Beklagte bereit, dessen konkrete E-Mail-Adresse für den Erhalt der Empfehlungs-E-Mails zu sperren. In der Folgezeit erhielt der Kläger gleichwohl noch E-Mails, die auf den Internetauftritt der Beklagten hinwiesen. Darüber hinaus erhielt er acht weitere E-Mails von der Beklagten, die als "Test-E-Mails" bezeichnet waren.

[4] Der Kläger wendet sich - soweit für die Revision noch von Bedeutung - gegen die Zusendung von E-Mails ohne sein Einverständnis. Er hat beantragt, es der Beklagten unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verbieten, mit ihm zur Aufnahme eines erstmaligen Kontakts per E-Mail Kontakt aufzunehmen, ohne dass seine ausdrückliche Einwilligung vorliegt.

[5] Darüber hinaus hat er die Beklagte auf Zahlung von Abmahnkosten und Verzinsung des von ihm verauslagten Gerichtskostenvorschusses in Anspruch genommen.

[6] Die Beklagte ist dem Begehren des Klägers entgegengetreten und hat insbesondere geltend gemacht, die an den Kläger versandten E-Mails hätten keine Werbung enthalten. Sie, die Beklagte, sei nicht als Störerin anzusehen, weil der E-Mail-Versand durch Dritte veranlasst werde. Der Kläger habe die streitgegenständlichen Kontaktierungen hinzunehmen, da er ein E-Mail-Postfach unterhalte. Ohne eine ihr nicht zumutbare Aufgabe ihrer Empfehlungsfunktion könne ein Versand von E-Mails an ihr noch unbekannte E-Mail-Adressen des Klägers nicht verhindert werden.

[7] Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger sein noch anhängiges Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

[8] I. Das Berufungsgericht hat einen Unterlassungsanspruch des Klägers wegen eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gemäß § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 BGB verneint. Dazu hat es ausgeführt:

[9] Der Unterlassungsanspruch könne nicht auf die im Dezember 2010 und Januar 2011 eingegangenen E-Mails gestützt werden, weil die Beklagte die Funktion der E-Mail-Weitersendung im Februar 2011 umgestellt habe. Danach sei durch den Kläger bis zum Erhalt weiterer E-Mails im September 2011 keine Reaktion erfolgt, so dass die E-Mails bis Januar 2011 als "verbraucht" anzusehen seien. Wegen der ab September 2011 versandten Empfehlungs-E-Mails bestehe ebenfalls kein Unterlassungsanspruch. Die Beklagte richte ihre Empfehlungsfunktion an einen engen potentiellen Nutzerkreis, der aus Dritten bestehe, die weitere Personen auf den Netzauftritt der Beklagten aufmerksam machen wollten. Die Weiterempfehlungsfunktion der Beklagten werde lediglich 200 Mal pro Jahr genutzt. Die Weiterempfehlung könne (nach entsprechender Änderung der Funktion) nicht von

automatischen Programmen genutzt werden und die Beklagte unterbinde nunmehr den Versand an E-Mail-Adressen, die sie zuvor in eine "Schwarze Liste" aufgenommen habe.

[10] Das Vorhalten der Empfehlungsfunktion könne daher auch nicht als wettbewerbswidriges Verhalten angesehen werden. Die Beklagte beabsichtige nicht und nehme auch nicht billigend in Kauf, dass es durch missbräuchliches Verhalten Dritter zu einer Verbreitung der Empfehlungs-E-Mails komme. Die Beklagte habe alles jenseits der Abschaffung der Funktion Mögliche getan, um Beeinträchtigungen Dritter zu vermeiden, zumal sie keine Anreize zur Nutzung der Funktion geschaffen habe.

[11] Die Beklagte könne schließlich auch nicht als Störerin im Hinblick auf das unverlangte Zusenden der Empfehlungs-E-Mails angesehen werden.

[12] II. Die Angriffe der Revision haben Erfolg, soweit sie sich gegen die Abweisung des Unterlassungsbegehrens richten. Sie führen in diesem Umfang zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Verurteilung der Beklagten nach dem Unterlassungsantrag. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht dem Kläger der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB wegen eines rechtswidrigen Eingriffs in seinen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu. Die darüber hinaus erhobenen Ansprüche auf Zahlung von Abmahnkosten und Verzinsung des vorauslagten Prozesskostenvorschusses sind dagegen unbegründet.

[13] 1. Der Unterlassungsantrag ist in der gebotenen Auslegung hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsantrag zwar nicht näher ausgelegt. Das ist jedoch unschädlich.

[14] Bei einem Klageantrag handelt es sich um eine Prozessklärung, die das Revisionsgericht selbständig auslegen kann (BGH, Urteil vom 29. Juni 2000 - I ZR 128/98, GRUR 2001, 80 = WRP 2000, 1394 - ad-hoc-Meldung; Urteil vom 3. April 2008 - I ZR 49/05, GRUR 2008, 1002 Rn. 16 = WRP 2008, 1434 - Schuhpark; Urteil vom 22. Juli 2010 - I ZR 139/08, GRUR 2011, 152 Rn. 23 bis 25 = WRP 2011, 223 - Kinderhochstühle im Internet).

[15] Mit dem Unterlassungsantrag erstrebt der Kläger ein generelles Kontaktaufnahmeverbot per E-Mail für die Beklagte. Ein derart weitgehender Anspruch besteht nicht. Der Kläger kann der Beklagten nur eine Kontaktaufnahme per E-Mail verbieten lassen, soweit diese einen rechtswidrigen Eingriff in seinen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellt. Der allgemein gefasste Unterlassungsantrag enthält als Minus aber auch die konkrete Verletzungsform. Aus dem Vorbringen des Klägers in der Klageschrift, das zur Auslegung des Verbotsantrags heranzuziehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 4. Oktober 2007 - I ZR 143/04, GRUR 2008, 84 Rn. 19 = WRP 2008, 98 - Versandkosten; BGH, GRUR 2008, 1002 Rn. 17 - Schuhpark), ergibt sich mit der gebotenen Deutlichkeit, dass der Kläger der Beklagten nur verbieten lassen will, an ihn ohne seine ausdrückliche Einwilligung Empfehlungs-E-Mails zu versenden.

[16] 2. Dem Kläger steht gegen die Beklagte aus § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Anspruch auf Unterlassung der Zusendung von E-Mails mit werblichem Inhalt zu. Das Zusenden der Empfehlungs-E-Mails durch die Beklagte stellt einen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Klägers dar, weil unverlangt zugesandte E-Mail-Werbung betriebsbezogen erfolgt und den Betriebsablauf im Unternehmen des Empfängers beeinträchtigt. Das Versenden von E-Mails mit unerbetener Werbung, die der Empfänger jeweils einzeln sichten muss und bei denen ein Widerspruch erforderlich ist, um

eine weitere Zusendung zu unterbinden, führt zu einer nicht unerheblichen Belästigung (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Mai 2009 - I ZR 218/07, GRUR 2009, 980 Rn. 10 ff. = WRP 2009, 1246 - E-Mail-Werbung II).

[17] a) Bei der Zusendung der Empfehlungs-E-Mails an den Kläger handelt es sich um unverlangt zugesandte Werbung.

[18] aa) Der Begriff der Werbung umfasst nach dem allgemeinen Sprachgebrauch alle Maßnahmen eines Unternehmens, die auf die Förderung des Absatzes seiner Produkte oder Dienstleistungen gerichtet sind. Damit ist außer der unmittelbar produktbezogenen Werbung auch die mittelbare Absatzförderung - beispielsweise in Form der Imagewerbung oder des Sponsoring - erfasst. Werbung ist deshalb in Übereinstimmung mit Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/113/EG über irreführende und vergleichende 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 (BGH, GRUR 2009, 980 Rn. 13 - E-Mail-Werbung II).

[19] bb) Mit diesem weiten Verständnis des Begriffs der Werbung wird nicht die gebotene Unterscheidung zwischen geschäftlichen Handlungen und Werbung verwischt (aA Haug, K & R 2010, 767, 769). Der Begriff der geschäftlichen Handlung ist - ebenso wie der in der Richtlinie 2005/29/EG enthaltene Begriff der Geschäftspraktiken - insofern weiter als der Begriff der Werbung, als er auch Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Durchführung von Verträgen oder dem Verkauf und die Lieferung eines Produkts erfasst (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG). Die vom Gesetz getroffene Unterscheidung zwischen "geschäftlicher Handlung" und "Werbung" steht daher nicht der Annahme entgegen, dass es sich auch bei einer mittelbaren Absatzförderung um Werbung handelt.

[20] cc) Entgegen der Ansicht der Beklagten kommt es für die Einordnung als Werbung nicht darauf an, dass das Versenden der Empfehlungs-E-Mails letztlich auf dem Willen eines Dritten beruht (aA OLG Nürnberg, GRUR-RR 2006, 26). Entscheidend ist vielmehr allein das Ziel, das die Beklagte mit dem Zurverfügungstellen der Empfehlungsfunktion erreichen will. Da eine solche Funktion erfahrungsgemäß den Zweck hat, Dritte auf die Beklagte und die von ihr angebotenen Leistungen aufmerksam zu machen, enthalten die auf diese Weise versandten Empfehlungs-E-Mails Werbung.

[21] b) Der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Klägers ist auch rechtswidrig. Die insoweit erforderliche Abwägung der widerstreitenden Interessen der Parteien geht zu Lasten der Beklagten aus. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG stellt - von dem hier nicht bedeutsamen Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG abgesehen - jede Werbung unter Verwendung elektronischer Post ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Empfängers eine unzumutbare Belästigung dar. Diese gesetzgeberische Wertung ist bei der Beurteilung der Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuchs ebenfalls heranzuziehen, um Wertungswidersprüche zu vermeiden (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl., § 7 Rn. 14; Koch in Ullmann, jurisPK-UWG, 3. Aufl., § 7 Rn. 153). Wegen des unzumutbar belästigenden Charakters derartiger Werbung gegenüber dem Empfänger ist die Übersendung einer Werbe E-Mail ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung grundsätzlich rechtswidrig (vgl. BGH, GRUR 2009, 980 Rn. 14 - E-Mail-Werbung II).

[22] Eine andere Beurteilung ergibt sich im Streitfall nicht aus dem Umstand, dass die Werbung nur an Personen versandt wird, die ein Dritter durch Eingabe von deren E-Mail-Adresse ausgewählt hat. Unlauter ist eine Wettbewerbshandlung, die einen rechtswidrigen

Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellt, wenn dadurch Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt werden (§ 7 Abs. 1 UWG). Ein solcher Belästigungsgrad ist regelmäßig anzunehmen, wenn die Gefahr besteht, dass der Werbende zu Mitteln greift, die auch berufsmäßigen Werbern verboten sind (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 2006 - I ZR 145/03, GRUR 2006, 949 Rn. 20 = WRP 2006, 1370 - Kunden werben Kunden). Dies ist hier anzunehmen. Entscheidend ist, dass der Empfänger in diese Art Werbung nicht eingewilligt hat und sich praktisch nicht zur Wehr setzen kann (Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 7 Rn. 201).

[23] Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Belästigung des Klägers durch unverlangt zugesandte E-Mails auch nicht unerheblich im Sinne des § 3 UWG, was zum Ausschluss der Rechtswidrigkeit des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb führen könnte. Durch die Bestimmung in § 7 Abs. 2 UWG, der zufolge die in dieser Vorschrift aufgeführten Beispielfälle "stets" eine unzumutbare Belästigung darstellen, wird klargestellt, dass die Bagatellklausel des § 3 UWG nicht mehr anwendbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 11. März 2010 - I ZR 27/08, GRUR 2010, 939 Rn. 18 = WRP 2010, 1249 - Telefonwerbung nach Unternehmenswechsel; Urteil vom 5. Oktober 2010 - I ZR 46/09, GRUR 2011, 433 Rn. 23 = WRP 2011, 576 - Verbotsantrag bei Telefonwerbung). Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass mit der häufigen Übermittlung von Werbe-E-Mails ohne vorherige Einwilligung des Empfängers durch verschiedene Absender immer dann zu rechnen ist, wenn die Übermittlung einzelner E-Mails zulässig ist (vgl. BGH, GRUR 2009, 980 Rn. 12 - E-Mail- Werbung II).

[24] c) Die Beklagte haftet für die Zusendung der Empfehlungs-E-Mails als Täterin. Dabei ist es ohne Bedeutung, dass der Versand der Empfehlungs- E-Mails letztlich auf die Eingabe der E-Mail-Adresse des Klägers durch einen Dritten zurückgeht (vgl. BGH, GRUR 2006, 949 Rn. 20 - Kunden werben Kunden). Maßgeblich ist, dass der Versand der Empfehlungs-E-Mails auf die gerade zu diesem Zweck zur Verfügung gestellte Weiterempfehlungsfunktion der Beklagten zurückgeht und die Beklagte beim Empfänger einer Empfehlungs- E-Mail als Absenderin erscheint. Sinn und Zweck der Weiterleitungsfunktion der Beklagten bestehen auch gerade darin, dass Dritten (unter Mitwirkung unbekannter weiterer Personen) ein Hinweis auf den Internetauftritt der Beklagten übermittelt wird. Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass die Beklagte den Missbrauch der Empfehlungsfunktion nicht in Kauf nimmt. Es ist offensichtlich, dass die Weiterleitungsfunktion gerade dazu benutzt wird, an Dritte Empfehlungs-E-Mails zu versenden, ohne dass Gewissheit darüber besteht, ob sie sich damit einverstanden erklärt haben.

[25] d) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind die Empfehlungs-E-Mails an den Kläger ohne dessen Einverständnis übermittelt worden.

[26] Eine Gegenrüge des Inhalts, dass das Berufungsgericht einen entsprechenden Vortrag der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (vgl. Ohly in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 7 Rn. 52) übergangen hätte, hat die Revisionserwiderung nicht erhoben.

[27] e) Die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr wird durch das festgestellte rechtsverletzende Verhalten der Beklagten indiziert.

[28] Dies entspricht für den wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch ständiger Rechtsprechung (vgl. nur BGH, Urteil vom 26. Oktober 2000 - I ZR 180/98, GRUR 2001, 453, 455 = WRP 2001, 400 - TCM-Zentrum; Urteil vom 2. Oktober 2012 - I ZR 82/11, GRUR 2013, 638 Rn. 58 = WRP 2013, 785 - Völkl, mwN), gilt aber auch, wenn sich der geltend gemachte Unterlassungsanspruch - wie im Streitfall - aus dem allgemeinen

Deliktsrecht ergibt (vgl. BGH, Urteil vom 8. Februar 1994 - VI ZR 286/93, GRUR 1994, 394, 395 = WRP 1994, 306 - Bilanzanalyse; Urteil vom 27. Januar 1998 - VI ZR 72/97, NJW 1998, 1391, 1392 - Klartext, jeweils zur Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; Urteil vom 30. Oktober 1998 - V ZR 64/98, BGHZ 140, 1, 10, zur Verletzung des Eigentums; Soehring in Soehring/Hoehne, Presserecht, 5. Aufl., § 30 Rn. 8a; Ricker/Weberling, Handbuch des Presserechts, 6. Aufl., Kap. 44 Rn. 5; MünchKomm. BGB/Baldus, 6. Aufl., § 1004 Rn. 292).

[29] Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, in Bezug auf die im Dezember 2010 und Januar 2011 versandten E-Mails bestehe keine Wiederholungsgefahr, so dass auf die Ausgestaltung der Empfehlungsfunktion zum Zeitpunkt der ersten an den Kläger übermittelten Empfehlungs-E-Mails nicht abgestellt werden könne, kann dem nicht beigetreten werden. Durch die Aufgabe des rechtsverletzenden Verhaltens entfällt die Wiederholungsgefahr grundsätzlich nicht. Die aus einem früheren rechtswidrigen Handeln erfahrungsgemäß abgeleitete ernsthafte Besorgnis, dass der Verletzer auch weiterhin in gleicher Weise handeln wird, endet daher im Allgemeinen nicht aufgrund der Aufgabe der Betätigung, in deren Rahmen die Verletzung erfolgt ist (BGH, GRUR 2013, 638 Rn. 58 - Völkl, mwN). Die Wiederholungsgefahr hätte auch im Streitfall nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt werden können, weil die begangene rechtswidrige Handlung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, so dass die Beklagte nur durch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung überzeugend hätte dartun können, dass sie die entsprechende Handlung nicht wiederholen wird (vgl. zum Wettbewerbsrecht BGH, Urteil vom 19. März 1998 - I ZR 264/95, GRUR 1998, 1045, 1046 = WRP 1998, 739 - Brennwertkessel; Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 8 Rn. 1. 34; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Aufl., Kap. 10 Rn. 21 mwN; vgl. zum deliktsrechtlichen Unterlassungsanspruch BGH, GRUR 1994, 394, 395 - Bilanzanalyse; Ricker/Weberling aaO Kap. 44 Rn. 6, 11; Soehring in Soehring/Hoehne aaO § 30 Rn. 11).

[30] 3. Einen Anspruch des Klägers auf Erstattung von Abmahnkosten hat das Berufungsgericht dagegen mit Recht verneint.

[31] a) Ebenso wie im Wettbewerbsrecht hat der Verletzte, der seinen Unterlassungsanspruch auf § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB stützt, grundsätzlich einen Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten, wenn die Abmahnung begründet war (vgl. BGH, Urteil vom 26. Mai 2009 - VI ZR 174/08, GRUR-RR 2010, 269 Rn. 20 - Rosenkrieg; Urteil vom 19. Oktober 2010 - VI ZR 237/09, GRUR 2011, 268 Rn. 11 mwN). Lässt sich der Verletzte bei der Abmahnung anwaltlich vertreten, so hat der Verletzer die gesetzlichen Gebühren des Rechtsanwalts nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz zu tragen, wenn die Beauftragung eines Rechtsanwalts zur Wahrnehmung der Rechte erforderlich und zweckmäßig war (vgl. BGH, GRUR 2011, 268 Rn. 11; Soehring in Soehring/Hoehne aaO § 30 Rn. 22).

[32] b) Aufwendungen für eine Abmahnung sind unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes von dem Verletzer aber nur dann zu ersetzen, wenn die konkrete anwaltliche Tätigkeit aus der maßgeblichen Sicht des Geschädigten mit Rücksicht auf seine spezielle Situation zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war (BGH, GRUR-RR 2010, 269 Rn. 20; vgl. zum Wettbewerbsrecht BGH, Urteil vom 6. Mai 2004 - I ZR 2/03, GRUR 2004, 789 = WRP 2004, 908 - Selbstbeauftragung, mwN).

[33] Die Beauftragung eines Rechtsanwalts zur Abmahnung eines Verstoßes gegen einen deliktsrechtlichen Tatbestand ist dann nicht notwendig, wenn der Abmahnende selbst über

eine hinreichende eigene Sachkunde zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung eines unschwer zu erkennenden Verstoßes verfügt (vgl. BGH, GRUR 2004, 789, 790 - Selbstbeauftragung). Ein Rechtsanwalt muss im Fall der eigenen Betroffenheit seine Sachkunde bei der Abmahnung eines deliktischen Handelns unter dem Gesichtspunkt der Schadensvermeidung (§ 254 Abs. 1 BGB) einsetzen. Die Hinzuziehung eines weiteren Rechtsanwalts ist bei typischen, unschwer zu verfolgenden Rechtsverletzungen nicht notwendig. Es besteht dann kein Anspruch auf Erstattung der dafür anfallenden Kosten. Entsprechendes gilt für den Fall einer Selbstbeauftragung (vgl. BGH, GRUR 2004, 789, 790 - Selbstbeauftragung).

[34] 4. Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die Abweisung des Anspruchs auf Verzinsung des verauslagten Prozesskostenvorschusses. Es kann offenbleiben, ob neben dem Zinsanspruch gemäß § 104 Abs. 1 Satz 2 ZPO ein weitergehender materiell-rechtlicher Anspruch auf Verzinsung der verauslagten Gerichtskosten für die Zeit von deren Einzahlung bis zum Eingang des Kostenfestsetzungsantrags aus § 286 BGB besteht. Im vorliegenden Fall fehlt es jedenfalls an einer schlüssigen Begründung für einen solchen Anspruch.

[35] III. Danach ist das angefochtene Urteil auf die Revision des Klägers aufzuheben, soweit das Berufungsgericht hinsichtlich des Unterlassungsantrags zum Nachteil des Klägers erkannt hat. Im Umfang der Aufhebung ist das erstinstanzliche Urteil auf die Berufung des Klägers abzuändern und die Beklagte nach dem Unterlassungsantrag zu verurteilen. Im Übrigen ist die Revision zurückzuweisen.

[36] Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

Anmerkung*

I. Das Problem

Im aus Deutschland stammenden Anlassfall ermöglichte ein auf Außenwerbung spezialisiertes Unternehmen Nutzern ihrer Website eine sog. „Weiterempfehlungsfunktion“, maW eine „Tell-a-Friend“ Funktion, die bewirkte, dass Nutzer dargestellte Produkte an ihnen bekannte Dritte per E-Mail empfehlen können. Dabei klickte der Nutzer zB einen Button „Empfehlen“ an und es öffnete sich ein neues Fenster, in dem er die E-Mail-Adresse des Empfängers (des Freundes/Bekanntes) und ggf die eigene elektronische Adresse eingegeben konnte in der Form einer „E-Card“ oder elektronischen Grußkarte.

Bei Einsatz der ebenfalls auf der Website der Beklagten angebotenen Möglichkeit eines „Mailto:-Links“ bewirkte das Betätigen des Buttons, dass das E-Mail-Programm des Nutzers (zB Outlook) startete und ein E-Mail-Formular öffnete. Im Textfeld war in beiden Fällen automatisch ein Link zur Produktbeschreibung enthalten. Nach dem Absenden erhielt der Freund die entsprechende E-Mail (von der Absenderadresse der später Beklagten), zu deren Empfang er aber keine vorherige ausdrückliche Einwilligung erteilt hatte. Ein Rechtsanwalt aus Köln, der spätere Kläger, erhielt als Empfänger ebenfalls eine solche „Tell-A-Friend“-E-Mail und nahm daraufhin das Unternehmen primär auf Unterlassung in Anspruch. Die beiden

* RA Hon.-Prof. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

Unterrinstanzen wiesen die auf „Eingriff in einen eingerichteten Gewerbebetrieb“ sowie Lauterkeitsrecht gestützte Klage zur Gänze ab.

Der Kläger ließ nicht locker und befasste schließlich den BGH mit der Frage nach der telekommunikationsrechtlichen Zulässigkeit von Empfehlungs-E-Mails auf Websites.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der BGH gab der Revision statt und verurteilte die Beklagte, es zu unterlassen, mit dem Kläger zur Aufnahme eines erstmaligen Kontakts per E-Mail Kontakt aufzunehmen, ohne dass seine ausdrückliche Einwilligung vorliegt. Das deutsche Höchstgericht qualifizierte den Versand der E-Mail an den Kläger, die direkt aus dem Internet ohne Starten des E-Mail-Programms versendet wurde, als rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Empfängers nach § 823 Abs 1 BGB. Dafür zog es gleichermaßen die Wertung des § 7 Abs 2 Z 3 dUWG heran. Es handelte sich bei der „Tell-a-Friend“-Nachricht nämlich inhaltlich um eine Werbebotschaft des beklagten Unternehmens, die ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Klägers an diesen gesendet worden war. Dabei kommt es nicht darauf an, dass das Versenden der E-Mail letztlich auf dem Willen des (befreundeten) Empfehlungsgebers beruhte. Entscheidend ist vielmehr, dass das beklagte Unternehmen mit dem bewussten und gezielten Zurverfügungstellen der elektronischen Werbemöglichkeit Dritte auf die angebotenen Leistungen aufmerksam machen wollte und der Empfänger sich praktisch nicht dagegen wehren könnte. Das beklagte Unternehmen haftet daher als unmittelbarer Täter. Maßgeblich ist, dass der Versand der E-Mail auf die gerade zu diesem Zweck zur Verfügung gestellte Funktion zurückging und das Unternehmen beim Empfänger als Absender aufschien.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Das vorliegende Urteil aus Karlsruhe lässt auch hierzulande aufhorchen. Aus Sicht des Empfängers der „Tell-a-Friend“-E-Mail unterscheidet sich der Hinweis auf die Verkaufsgelegenheit¹ überhaupt nicht von einer „Direkt-E-Mail“ des beworbenen Unternehmens; diesen Fall erfasst im Übrigen § 107 Abs 3 Z 2 TKG, der eine Zustimmung für Produkte eines Dritten zur *conditio sine qua non* erklärt. Zu denken ist im gegenständlichen Fall auch an die Möglichkeit von § 107 Abs 3 Z 4 iVm § 7 Abs 2 ECG. Der beklagte Websitebetreiber nimmt es nämlich – mangels Sicherheitsabfrage – durchaus in Kauf, dass auch solche Empfänger seine Werbe-E-Mails erhalten, die sich in die sog „Robinson-Liste“ der RTR GmbH² eintragen haben lassen.

Schließlich dürfte die „Tell-a-Friend“-Werbung, in der das Unternehmen als Absender der E-Mail erscheint, (neben der rechtswidrigen Belästigung des Empfängers) idR auch unlauter sein, da keinerlei vorherige Einwilligung des Empfängers vorliegt; bei mehrmaligen

¹ Vgl zur Definition unerwünschter Werbung iS des § 107 TKG OGH 18. 5. 1999, 4 Ob 113/99t – *Telefonwerbung III*, RdW 1999, 530 = wbl 1999/280 = ecolx 1999/246 = MR 1999, 300 = EvBl 1999/186 = ÖBA 2000/847, 91 = ÖBl 2000, 68.

² Näheres dazu unter <https://www.rtr.at/de/tk/NutzenECG> (17.4.2014).

Empfehlungen begründet uU diese Hartnäckigkeit³ eine unlautere aggressive Geschäftspraktik nach Z 26 Anh UWG, die sogar durch die Briefwerbung erfüllt sein kann.⁴ Der solcherart unerwünschte Empfang von Empfehlungs-E-Mails begründet demzufolge auch Unterlassungs- und Folgeansprüche der Mitbewerber und Schutzverbände, die außergerichtlich im Wege der Abmahnung durchgesetzt werden können.

In rechtsvergleichender Hinsicht ist das vorliegende Urteil aus Karlsruhe höchst bemerkenswert und letztlich auch für die durchaus vergleichbar strenge Rechtslage zur unerbetenen E-Mail Werbung in Österreich zu beachten.⁵

Bis zur Entscheidung des BGH konnte man bei entsprechender Gestaltung der häufig anzutreffenden „E-Card“ auf Websites ganz bequem damit argumentieren, dass die Empfehlungs-E-Mail keine Werbung des Unternehmens ist, sondern eben nur eine – zulässige, von Privat zu Privat erfolgende – Empfehlung eines Freundes bzw eines Bekannten, die auf einer zumindest schlüssigen Zustimmung beruht. Mit dem vorliegenden Urteil empfiehlt es sich, die „Tell-a-Friend“-Funktionalität auf Websites des E-Commerce neu zu gestalten bzw überhaupt zu entfernen, weil sie kaum rechtssicher gestaltet werden kann.⁶

Ausblick: Die Karlsruher Richter mussten nicht mehr darüber entscheiden, ob es auch eine unzumutbare Belästigung darstellt, wenn die (den Link zum Produkt enthaltende) E-Mail von dem Empfehlenden selbst unter seiner E-Mail-Adresse versendet wird. Es könnte sein, dass der BGH den Einsatz eines entsprechenden Mailto:-Links ausreichen lässt, um das Unternehmen wenigstens als Störer zu qualifizieren: Das Unternehmen ist dann zwar nicht unmittelbarer Absender der E-Mail; diese hat aber nach wie vor den Zweck, erkennbar auf die angebotenen Leistungen des Websiteinhabers aufmerksam zu machen, ohne dass der Empfänger dem Websitebetreiber gegenüber eingewilligt hätte. Der Einsatz eines weniger werbeorientierten bloßen „Mailto:-Links“ ist daher ungeklärt und wird die Europäischen Gerichte wohl noch beschäftigen (müssen).

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sog „Tell-a-Friend E-Cards“ wie Empfehlungs-E-Mails als Werbung zu qualifizieren sind und nach Ansicht der deutschen Zivilgerichte idR zu unzumutbaren Belästigungen der Empfänger führen. Ein Unternehmen, das diese Funktion auf seinem Internetauftritt bereitstellt, haftet demnach für diese Rechtsverletzungen nach allgemeinem Zivil- sowie nach dem Lauterkeitsrecht, wenn in der E-Mail auf dessen Internetauftritt hingewiesen wird.

³ OGH 9.8.2011, 4 Ob 74/11b – *Aufkleber*, wbl 2011/233, 628 = Zak 2011/683, 362 = RdW 2011/754, 741 = SWK 2011, W 148 = *ecolex* 2012/26, 61 (*Spiess*) = MR 2012, 107 = ÖBf 2012/30, 111.

⁴ Vgl OGH 19.1.2010, 4 Ob 174/09f – *Berater in Versicherungsangelegenheiten III*, wbl 2010/122, 311 = wbl 2010/122, 312 = *ecolex* 2010/213, 583 (*Tonninger*) = RdW 2010/373, 344 = ÖBf-LS 2010/94, 178 = ÖBf 2010/42, 227 (*Gamerith*) = MR 2010, 105 = ZVR 2011/109, 172 (*Huber*).

⁵ Vgl OGH 30.9.2009, 7 Ob 168/09w – *SV-Eintragung*, jusIT 2010/5, 9 (*Mader*) = SZ 2009/133; VwGH 26.6.2013, 2012/03/0089 – *Bill Warning-SMS*, jusIT 2013/82, 173 (*Thiele*) = RdW 2013/600, 606 jeweils mwN.

⁶ So bereits *Bahner*, Entscheidungsanmerkung, IPRB 2013, 267, 268 ISp.