



OBERLANDESGERICHT HAMM

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I-4 U 192/08 OLG Hamm
42 O 31/08 LG Essen

Verkündet am 14. Mai 2009
[REDACTED] Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle des Oberlandesgerichts

In dem Rechtsstreit

DZ-Media Verlag GmbH, Gärtnerstraße 44, 45128 Essen, gesetzlich vertreten durch
den Geschäftsführer [REDACTED], Gärtnerstraße 44, 45128 Essen,

Beklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigter:

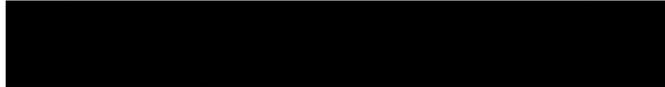


gegen

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin, gesetzlich vertreten durch den Vorstand Gerd Billen, Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin,

Kläger und Berufungsbeklagter,

Prozessbevollmächtigter:



hat der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm auf die mündliche Verhandlung vom 14. Mai 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht  und die Richter am Oberlandesgericht 

für **R e c h t** erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 03. September 2009 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

Der Kläger ist ein Verbraucherschutzverband, der in der nach § 4 Unterlassungsklagengesetz geführten Liste als qualifizierte Einrichtung eingetragen ist. Die Beklagte befasst sich mit Leistungen des Direktmarketings und unterhält einen Telemediendienst mit der Adresse www.gewinnspielnetzwerk.de. Am 8. November 2007 sandte

die Beklagte an die Verbraucher [REDACTED] und [REDACTED] eine Werbemittellung mit dem Inhalt:

„Impressum:

Dieser Newsletter ist ein Service von Gewinnspielnetzwerk.de des = DZ-Media Verlags“.

Der Kläger mahnte die Beklagte vorgerichtlich wegen unerlaubter Zusendung von e-mails an Verbraucher ab. Eine Unterlassungserklärung wurde seitens der Beklagten vorgerichtlich nicht abgegeben.

Mit Schreiben vom 25.02.2008 teilte die Beklagte dem Kläger mit, bezüglich der beanstandeten e-mails hätte sie nachfolgende Timestamps ermittelt:

Mail@[REDACTED].de

Angemeldet am.. und um 17.10.2007

Letzte online-Aktivität...

Angemeldet für das Tankgewinnspiel.com

Angemeldet über IP-Adresse 85.178.83.241

The psychonaut@gmx

Angemeldet am und um 17.11.2007

Letzte online-Aktivität....

Angemeldet für das Tankgewinnspiel.com

Angemeldet über IP-Adresse 195.140.34.35

Der Kläger behauptet, die beiden Verbraucher [REDACTED] und [REDACTED] hätten einer Zusendung von e-mails nicht zugestimmt. Die im Schreiben vom 25.02.2008 genannten IP-Adressen seien den Verbrauchern nicht zugänglich. Die Verbraucher hätten sich auch nicht für das Tankgewinnspiel angemeldet.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 3. September 2008 die Beklagte antragsgemäß unter Androhung von Ordnungsmitteln verurteilt,

es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs an die Adresse der elektronischen Post von Verbrauchern unaufgefordert und ohne vorherige Einwilligung Werbemittelungen zu übermitteln.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 200,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.04.2008 zu zahlen.

Wegen des Inhaltes des Urteiles im Einzelnen wird auf Blatt 99 ff der Akten verwiesen.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt, mit der sie ihr Klageabweisungsbegehren aus erster Instanz weiterverfolgt.

Unter Ergänzung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages ist die Beklagte weiterhin der Ansicht, dass der Verbotsantrag schon zu unbestimmt und zu weit gefasst sei. Dem Kläger fehle zudem die Aktivlegitimation. Die Zusendung der Werbemittelungen sei zudem auch nicht ohne vorherige Einwilligung der Verbraucher erfolgt.

Vor allem habe aber ihre strafbewehrte Unterwerfungserklärung die Wiederholungsgefahr beseitigt. Insoweit hat die Beklagte gegenüber dem Kläger mit Schriftsatz vom 13. Mai 2008 (vgl. Bl. 41 ff d.A.) Folgendes erklärt:

„Zum Antrag I „Unterlassungsanspruch“ wird nachfolgende Unterlassungserklärung abgegeben.

Namens und im Auftrage der Beklagten erkläre ich, dass sich die DZ-Media GmbH gegenüber der Klägerin, dem Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände Verbraucherzentrale Bundesverband eV - nachfolgend VZBV - verbindlich, jedoch - im Hinblick auf die weitere rechtliche Verteidigung - ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und ohne Präjudiz für die Sach- und Rechtslage, unter der auflösenden Bedingung einer allgemein verbindlichen, d.h. auf Gesetz oder höchstrichterlicher Rechtsprechung beruhenden Klärung des zu unterlassenden Ver-

haltens als rechtmäßig, im übrigen aber ohne weitere Bedingung und unbefristet verpflichtet es zu unterlassen,

- a) im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs an die Adresse der elektronischen Post der Verbraucher [REDACTED], „the_psychonaut@gmx.de“, und [REDACTED], mail@[REDACTED].r.de, unaufgefordert und ohne vorherige Einwilligung Werbemittelungen zu übermitteln.
- b) Für jeden Fall der zukünftigen schuldhaften Zuwiderhandlung gegen diese Erklärung verpflichtet sich die DZ-Media GmbH zur Zahlung einer vom VZBV zu bestimmenden Vertragsstrafe an den VZBV, deren Höhe und Angemessenheit im Streitfall durch das nach dem allgemeinen Gerichtsstand zuständige Gericht zu überprüfen ist.“

Das Landgericht habe die Reichweite dieser Erklärung verkannt und die erforderliche Subsumtion unterlassen. Die Beklagte habe zu Recht auf die konkreten Verletzungshandlungen abgestellt. Aus diesem Umstand folge nicht, dass nur identische Handlungen erfasst sein sollten. Erfasst werden sollten auch alle kerngleichen Handlungen, die das Charakteristische der verletzenden Handlung aufwiesen. Insoweit habe sich das Landgericht nicht allein am Wortlaut der Unterwerfungserklärung orientieren dürfen.

Zu Unrecht habe das Landgericht auch die beiden streitgegenständlichen e-mails mit allen denkbaren Fällen des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG gleichgestellt.

Auch die Voraussetzungen des § 12 Abs. 1 UWG seien nicht gegeben. Die Abmahnung des Klägers habe ihr nämlich den maßgeblichen Sachverhalt nicht mitgeteilt. Dies sei erst mit der Klageschrift nachgeholt worden. Obwohl dies erstinstanzlich angesprochen worden sei, habe sich das Landgericht damit ebenso wenig auseinandergesetzt wie mit den Haftungsprivilegierungstatbeständen des Telemediengesetzes.

Schließlich sei auch zu rügen, dass der Urteilstenor keine territoriale Begrenzung enthalte, so dass ihr auch das Versenden von Werbe-e-mails ins Ausland untersagt worden sei, obwohl der Kläger nicht berechtigt sei, die Interessen von asiatischen oder afrikanischen Verbrauchern wahrzunehmen.

Die Beklagte stellt folgenden Antrag:

Das Urteil des Landgerichts Essen, Az. 42 O 31/08, verkündet am 03.09.2008, wird aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger beantragt unter Ergänzung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Wegen des Inhaltes der Parteivorträge im Einzelnen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist unbegründet.

Das Verbotsbegehren des Klägers ist hinreichend bestimmt i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Senat hat in diesem Zusammenhang in seinem Urteil vom 16. Oktober 2007 (Az. 4 U 91/07 = Bl. 48 ff d.A.) ausgeführt:

I.

Der Klageantrag ist, auch wenn er sich – insofern ausnahmsweise – im Kern und nur leicht modifiziert auf die Wiedergabe des Gesetzeswortlauts beschränkt, hinreichend bestimmt.

Allgemein gilt diesbezüglich, dass ein Verbotsantrag nach § 253 II Nr. 2 ZPO nicht derart undeutlich gefasst sein darf, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 I ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bliebe (st. Rspr.; vgl. BGHZ 156, 1, 8 f. – Paperboy; BGH GRUR 2005, 604, 605 – Fördermittelberatung; GRUR 2005, 692, 693 „statt“-Preis; GRUR 2007, 607 – Telefonwerbung für Individualverträge). Aus diesem Grund sind insbesondere Unterlassungsanträge, die lediglich den Wortlaut eines Gesetzes wiederholen, grundsätzlich als zu unbestimmt und damit unzulässig anzusehen (BGH GRUR 2000, 438, 440 - Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; GRUR 2002, 77, 78 – Rechenzentrum; Teplitzky, 9. Aufl. 2007, Kap. 51 Rn. 8 a). Abweichendes kann dann gelten, wenn entweder bereits der gesetzliche Verbotstatbestand selbst entsprechend eindeutig und konkret gefasst oder der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm durch eine gefestigte Auslegung geklärt ist, sowie auch dann, wenn der Kläger hinreichend deutlich macht, dass er nicht ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts beansprucht, sondern sich mit seinem Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungshandlung orientiert (BGH GRUR 2003, 886, 887 – Erbenermittler; GRUR 2007, 607 – Telefonwerbung für Individualverträge). Die Bejahung der Bestimmtheit setzt in solchen Fällen allerdings grundsätzlich voraus, dass zwischen den Parteien kein Streit besteht, dass das beanstandete Verhalten das fragliche Tatbestandsmerkmal erfüllt. Eine auslegungsbedürftige Antragsformulierung kann jedoch dann hinzunehmen sein, wenn dies zur Gewährleistung des Rechtsschutzes im Hinblick auf eine bestimmte Werbemethode erforderlich erscheint (BGH GRUR 2002, 1088, 1089 - Zugabenbündel; BGHZ 158, 174, 186 - Direktansprache am Arbeitsplatz; GRUR 2005, 443, 445 - Ansprechen in der Öffentlichkeit II; GRUR 2005, 604, 605 – Fördermittelberatung; GRUR 2007, 607 – Telefonwerbung für Individualverträge).

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist vorliegend ein Fall gegeben, in dem bereits der gesetzliche Verbotstatbestand selbst eindeutig und konkret gefasst und eine entsprechende Auslegung der diesbezüglichen Tatbestandsvoraussetzungen geklärt ist. Weder ist der Begriff „Werbemitteilungen“ als zu unbestimmt anzusehen, da in aller Regel wie bei dem Begriff „werben“ nicht unzweifelhaft ist, ob eine Maßnahme als

Werbung anzusehen ist oder nicht, noch stellt sich das Kriterium der fehlenden vorherigen Einwilligung als zu unzureichend bestimmt dar (vgl. OLG Hamm MD 2006, 1285; Urt. vom 15.08.2006, Az. 4 U 78/06; Köhler, in Hefermehl u.a., 25. Aufl. 2007, UWG § 12 Rn. 2.40; LG Stuttgart WRP 2005, 1041, zu § 7 II Nr. 2 Fall 1 UWG; s.a. Antragsfassung in der Sache BGH GRUR 2007, 607 - Telefonwerbung für Individualverträge), das tatsächlich ohne weiteres geklärt und auch einer Beweiserhebung zugeführt werden kann. Es bestehen keine entsprechenden Auslegungszweifel wie etwa bei dem Merkmal eines „vermuteten Einverständnisses“ (i.S.v. § 7 II Nr. 2 Fall 2 UWG), das den dargestellten Anforderungen an die Bestimmtheit von Klageanträgen nicht genügt (BGH a.a.O.). Ebenso wenig ist zweifelhaft, dass es sich bei der Zusendung von e-mails um elektronische Post im Sinne der Nr. 3 handelt (vgl. dazu OLG Hamburg, Urt. v. 29.11.2006, Az. 5 U 79/06). Der Antrag stellt sich mithin, wie entsprechend in diesem Punkt auch vom Landgericht beurteilt, als hinreichend bestimmt dar.

Diese Begründung gilt auch im vorliegenden Fall, bei dem es ebenfalls um die unverlangte Zusendung von Werbe-e-mails geht.

Die damalige Argumentation des Senats orientierte sich zwar an der damals gültigen Fassung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG a.F. Die Neufassung dieser Vorschrift ändert an der Begründung des Senats aber nichts. Es geht nicht um das Problem der konkludenten Einwilligung. Insofern behandelt das damalige Urteil des Senats erschöpfend die Bestimmtheit des Verbotsbegehrens. Soweit die Beklagte meint, der Verbotsantrag sei zu weit gefasst, ist damit eine Frage der Begründetheit aufgeworfen, die man von der Frage der hinreichenden Bestimmtheit trennen muss.

Die Klagebefugnis des Klägers folgt aus § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG i.V.m. § 4 UKlaG. Die Beklagte verkennt, dass es nicht um den Individualschutz der beiden Werbeempfänger geht, sondern generell um Wettbewerberschutz gegenüber E-mail-Werbung.

Ein Wettbewerbsverstoß liegt vor. Die Verbraucher [REDACTED] und [REDACTED] haben von der Beklagten E-Mail-Werbung zugesandt bekommen. Dass die Verbraucher zuvor in die Zusendung eingewilligt haben, hat die Beklagte nicht bewiesen, obwohl sie die

Beweislast trifft, wie das Landgericht bereits zutreffend ausgeführt hat. Die Beklagte hat nämlich nicht beweisen können, dass die von ihr ermittelten Timestamps tatsächlich von den beiden Verbrauchern stammten, denen die E-Mail-Werbung zugesandt worden ist.

Die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr ist aufgrund der Wettbewerbsverstöße gegeben.

In diesem Zusammenhang hat der Senat in dem vorerwähnten Urteil Folgendes ausgeführt:

Diese besteht hinsichtlich der „konkreten Verletzungshandlung“, die als solche zunächst Voraussetzung für den Unterlassungsanspruch ist. Die Merkmale dieser Handlung, die ihre Wettbewerbswidrigkeit begründen, bilden nunmehr die „konkrete“ Verletzungsform, auf die es bei der Umschreibung des künftig zu unterlassenden Verhaltens ankommt. Die von der konkreten Verletzungshandlung ausgehende Wiederholungsgefahr besteht dabei auch hinsichtlich sonstiger künftiger, leicht abgewandelter Verletzungshandlungen, die im „Kern“ oder „Wesen“ der konkreten Verletzungshandlungen entsprechen. Gewisse Verallgemeinerungen werden davon mitumfasst und sind zulässig, sofern darin das Charakteristische der Verletzungshandlung zum Ausdruck kommt (BGH GRUR 1957, 606, 608; GRUR 1984, 593 – adidas-Sportartikel; Köhler, a.a.O., § 12 Rn. 2.44 m.w.N.; Teplitzky, a.a.O., Kap. 51 Rn. 14 ff.). Im vorgenannten Adidas-Fall bezog sich die irreführende (Lockvogel-) Werbung beispielsweise allein auf bestimmte Sportartikel mit dem bekannten Markennamen Adidas. Hier wurde zwar eine Erstreckung auf sämtliche Adidas-Sportartikel für zulässig gehalten, nicht hingegen aber eine solche auf derartige Sportartikel schlechthin, also auch von anderen Herstellern. So hat etwa auch das OLG Stuttgart (in: GRUR 2005, 93) wegen einer Werbung mit einer unzutreffenden Leistungsangabe bei einem Mikrowellen-Gerät ein auf „Haushaltsgeräte“ verallgemeinertes Unterlassungsgebot als gerechtfertigt angesehen.

Das Charakteristische der Verletzungshandlung ist im Streitfall nicht die Art und Weise der Kundgabe in inhaltlicher Hinsicht wie in den vorgenannten Vergleichsfäl-

len, sondern die Belästigung durch die ungerechtfertigte e-mail-Übermittlung als solche, bei der der Inhalt der Mail für den Verbotstatbestand nicht maßgeblich ist. Die Verletzung beinhaltet, ohne dass es überhaupt auf den Inhalt der Mail ankommt, im Kern, dass die Verbraucher dadurch belästigt werden, dass ihnen ohne ihre Einwilligung auf diesem Wege Werbesendungen zugesandt werden und ohne dass sie hierfür quasi ihren „elektronischen Briefkasten“ geöffnet haben. Im Unterschied zu den insoweit abweichenden Irreführungsfällen ist der Inhalt der Mail gerade in Bezug auf die Verletzungshandlung nicht tatbestandsbegründend. Auf die Vorstellung davon, welche inhaltliche Ausgestaltung die Mail hat, kommt es, anders als etwa bei der adidas-Werbung, wo die Werbeaussage als inhaltlich falsch und irreführend bewertet wurde, nicht an. Das Verbot des § 7 II Nr. 3 UWG knüpft unabhängig von der inhaltlichen Komponente allein an die fehlende Einwilligung hinsichtlich der auf elektronischem Wege geschickten Werbung. Nicht maßgeblich ist demgegenüber, dass es sich inhaltlich hierbei um eine Gewinnspielaktion handelte, die dazu diente, die Verbraucher hierdurch an Werbung heranzuführen und von ihnen in diesem Rahmen Einwilligungen hierfür zu bekommen. Zwar ist die Beklagte allein mit diesem Vorgang in den Wettbewerb getreten, und es ist auch nicht feststellbar, dass die Beklagte auch in anderen Produktparten entsprechend tätig ist bzw. tätig geworden ist. Indes kommt es hierauf entscheidend insofern nicht an, als eben das Produkt als solches für die Beurteilung des für die Verletzung Charakteristischen nicht maßgeblich ist, sondern die belästigende Art der Übermittlung. Ob die e-Mail dem Empfänger die Werbung unmittelbar zur Kenntnis bringt oder ob dies indirekt durch eine vorgeschaltete Werbung für ein Gewinnspiel geschieht, spielt keine Rolle. Hinzu kommt, dass ansonsten auch ein genügender Rechtsschutz in vergleichbaren Fällen gegebenenfalls nicht erzielt werden könnte. Zum einen können die werblichen Inhalte zur Umgehung des Verbots in geeigneten Fällen ausgetauscht werden. Zum anderen existieren im Wettbewerb auch Datenbanken mit Kundenadressen für verschiedene Branchen, bei denen zur Verhinderung entsprechender Belästigungen im Rahmen des hier maßgeblichen Verbraucherschutzes eine einheitliche Datenpflege geboten erscheint.

Diese Überlegungen betreffen auch den vorliegenden Fall, in dem es ebenfalls für den Grad der Belästigung der Verbraucher nicht darauf ankommt, welchen Inhalt die zugesandten Werbe-e-mails gehabt haben.

Diese Wiederholungsgefahr ist von der Beklagten auch nicht durch ihre Unterwerfungserklärung vom 13. Mai 2008 ausgeräumt. Diese Unterwerfungserklärung erstreckt sich nur auf die beiden konkreten E-mail-Empfänger, denen die Beklagte in Zukunft keine E-mail-Werbung mehr zuschicken will. Der Kläger verlangt aber zu Recht, dass die Beklagte generell Verbraucher nicht mehr mit elektronischer Post belästigt. Die Beklagte hat zwar im Prinzip Recht, dass auch eine Unterwerfungserklärung, die sich auf die konkrete Verletzungsform bezieht, grundsätzlich auch kerngleiche Stöße umfasst. Das gilt aber nicht, wenn der Gläubiger zu Recht eine abstrahierte Fassung der Unterwerfung verlangt, wie es der Kläger hier in seiner Abmahnung getan hat (vgl. Bl. 25 d.A.), die abgegebene Unterwerfung aber wie hier dahinter zurückbleibt (Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren Kap. 8 Rz. 16 ff). Das gilt hier erst recht, weil das Verteidigungsvorbringen der Beklagten den Eindruck erweckt, dass sie sich wirklich nur hinsichtlich der beiden Faxempfänger unterwerfen will, vgl. den Schriftsatz der Beklagten vom 10. Juni 2008 Bl. 71 d.A..

Die Verbotsformel entspricht der, die der Senat auch bereits in dem vorerwähnten Urteil gebilligt hat. Der Empfängerkreis ist zu Recht auf sämtliche Verbraucher ausgedehnt. Verbotsgegenstand sind E-mail-Werbungen schlechthin. Deren Inhalt ist für den Verbotsumfang unerheblich. Die Beschränkung des Verbots auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ist dem Verbot aufgrund der entsprechend eingeschränkten Gerichtsgewalt immanent.

Der Zahlungsanspruch folgt aus § 12 UWG. Es handelt sich vorliegend um eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung. Der Anwendbarkeit stehen auch nicht irgendwelche Haftungsprivilegien aus dem TMG entgegen. Diese gehen § 12 UWG nicht vor.

Die Abmahnung war auch berechtigt, so dass der Ersatz der erforderlichen Aufwendungen gefordert werden kann. Die Berechtigung kann die Beklagte nicht mit Erfolg

damit in Zweifel ziehen, dass sie eine fehlende Sachverhaltsaufklärung rügt. Der Kläger hat deutlich gemacht, worin die vorgeworfenen Wettbewerbshandlungen liegen. Die Beklagte hätte nach der Darlegungs- und Beweislast eine Einwilligung der Verbraucher darlegen und beweisen müssen. Folglich kann sie dem Kläger nicht vorwerfen, in seiner Abmahnung dazu keine Ausführungen gemacht zu haben.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Ziff. 10 ZPO.

██████████

██████████

██████████