

Volltext zu MIR Dok.: 153-2010
Veröffentlicht in: MIR 10/2010
Gericht: OLG Jena (Thüringer Oberlandesgericht)
Aktenzeichen: 2 U 88/10
Entscheidungsdatum: 21.04.2010
Vorinstanz(en): LG Gera, 1 HKO 209/09

Permanenter Link zum Dokument: http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=2253

medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen ausdrücklich nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar.

Inhaltliche oder redaktionelle Fehler vorbehalten.

THÜRINGER OBERLANDESGERICHT Im Namen des Volkes URTEIL

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

hat der 2. Zivilsenat des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena durch ...

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 31. März 2010

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Verfügungsklägers wird das Urteil des Landgerichts Gera vom 22.12.2009, Az. 1 HKO 209/09, abgeändert.

Die Verfügungsbeklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollstrecken an dem Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin, zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr an Kunden E-Mail-Werbung zu versenden,

sofern die im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware erlangte elektronische Postadresse durch die nachstehend wiedergegebene und mit einer bestätigenden Vorauswahl versehene allgemeine Geschäftsbedingung erlangt wurde:

„Mit der Verarbeitung und Speicherung meiner Daten zum Zwecke des Newsletters bin ich einverstanden. Meine E-Mail-Adresse wird nicht an andere Unternehmen weitergegeben. Mir ist bekannt, dass ich die Einwilligung jederzeit und ohne Kosten widerrufen kann“

und

die bei einer Bestellung von Holzkitt erlangte E-Mail-Adresse zur Direktwerbung für nicht für die Oberflächenbehandlung von Holz dienende Waren verwendet wird

und/oder

der Kunde bei der Erhebung der E-Mail-Adresse darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung ohne Kosten widersprechen kann, obwohl Übermittlungskosten nach dem Basistarif entstehen.

Im Übrigen werden der Erlass einer einstweiligen Verfügung und die weitergehende Berufung zurückgewiesen.

Von den Kosten des Verfügungsverfahrens insgesamt haben der Verfügungskläger 1/4, die Verfügungsbeklagte 3/4 zu tragen.

Gründe

I.

Der Kläger, ein rechtsfähiger Verband nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG, macht einen Unterlassungsanspruch wegen belästigender E-Mail-Werbung geltend. Ein Kunde hatte bei der Verfügungsbeklagten im Internet einen Holzkitt bestellt und dabei ein Kundenkonto eröffnet, wie es in der Anlage AG 4 beschrieben ist, und wobei die aus dem Urteilstenor ersichtliche, mit einem Haken voreingestellte Klausel verwendet wurde. In der Folge hat er zwei Newsletter der Verfügungsbeklagten erhalten. Die Newsletter bewarben u.a. Mäxten, Laubstaubsauger, Energiesparlampen, Regenbekleidung oder Einkochautomaten. Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Unterlassungsverfügung mit der Begründung zurückgewiesen, es läge der Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG vor. Hiergegen richtet sich die Berufung des Verfügungsklägers. Im Berufungsverfahren hat der Verfügungskläger zur Konkretisierung des ursprünglichen Antrags verschiedene Hilfsanträge formuliert. Im Übrigen wird von der weiteren Darstellung des Sachverhalts gemäß §§ 540 Abs. 2, 542 Abs. 2, 313 a Abs. 1 ZPO abgesehen.

II.

Die zulässige Berufung hat in Bezug auf den vom Verfügungskläger zuletzt formulierten Hilfsantrag in der Sache Erfolg. Der unzweifelhaft antragsbefugte Verfügungskläger kann nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG gegenüber der Verfügungsbeklagten einen Unterlassungsanspruch nach §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 UWG geltend machen.

1.) Mit der Zusendung der Newsletter hat die Verfügungsbeklagte unzumutbar belästigend Werbung unter Verwendung elektronischer Post ohne ausdrückliche Einwilligung des Kunden an diesen versandt. Dabei lagen nicht sämtliche Voraussetzungen für den Ausnahmetatbestand nach § 7 Abs. 3 UWG vor.

a) Soweit, was unstreitig ist, die Verfügungsbeklagte zum Zeitpunkt der Eröffnung eines Kundenkontos durch den Kunden ein Internetformular in der Gestalt der Anlage AG 4 verwendete, hat dies zur Folge, dass von einer ausdrücklichen Einwilligung des Kunden im Hinblick auf den Bezug des Newsletters nicht gesprochen werden kann (§ 7 Abs. 2 UWG). Die entsprechende Einverständniserklärung ist bzw. war nämlich „voreingestellt“, der Kunde musste also den Haken entfernen, wenn er keinen Newsletter erhalten wollte. Änderte er nichts, galt seine Einwilligung zum Newsletterbezug als erteilt. Diese Vorgehensweise entspricht nicht den Anforderungen an eine ausdrückliche Einwilligung. Denn es liegt nicht eine nach außen erkennbare Betätigung des Willens im Sinne einer ausdrücklichen Einwilligungserklärung vor, sondern insoweit nur ein bedeutungsloses passives (dem Schweigen vergleichbares) Nichterklären.

Dieses Verständnis von der Bedeutung einer „voreingestellten“ Einwilligung entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu solchen Klauseln, soweit sie als unwirksame allgemeine Geschäftsbedingungen qualifiziert wurden. Eine vorgegebene Einverständniserklärung benachteiligt den Kunden unangemessen im Sinne von §§ 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, weil sie als „opt-out“-Regelung der gesetzlichen Wertung in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG entgegensteht, die ein ausdrückliches vorheriges Einverständnis verlangt (vgl. so auch BGH GRUR 2008, 1010 - payback).

Irrelevant ist, in welcher Form die Verfügungsbeklagte den Newsletterbezug gestaltet, wenn dieser unabhängig von einer Kundenbestellung bzw. der Eröffnung eines Kundenkontos gewünscht wird. Hier mag ein ordnungsgemäßes (doppeltes) opt-in-System vorliegen. Für die Entscheidung des vorliegenden Falles hat

dies jedoch keine Bedeutung, weil der Kunde diesen Weg unstreitig nicht wählte bzw. die Verfügungsbeklagte dessen private E-Mail-Adresse unstreitig nicht über diesen Weg erhielt.

b) Entgegen der Auffassung des Landgerichts liegen nicht sämtliche Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG vor.

Zwar macht der Verfügungskläger ausdrücklich nicht mehr geltend, dass der Kunde der Verwendung der E-Mail-Adresse zu Zwecken der Direktwerbung ausdrücklich widersprochen habe (§ 7 Abs. 3 Nr. 3 UWG). Auch handelt es sich um eine von der Verfügungsbeklagten als Unternehmerin im Rahmen einer Kundenbeziehung, nämlich einem Warenkauf von Holzkitt, vom Kunden erlangte E-Mail-Adresse (§ 7 Abs. 3 Nr. 1 UWG).

Jedoch war die Verwendung der im Rahmen der Kundenbeziehung erlangten E-Mail-Adresse zum Zwecke der Übersendung der beiden Newsletter keine Direktwerbung für der Kundenbeziehung ähnliche Waren der Verfügungsbeklagten (§ 7 Abs. 3 Nr. 2 UWG). Die Ähnlichkeit muss sich auf die bereits gekauften Waren beziehen und dem gleichen typischen Verwendungszweck oder Bedarf des Kunden entsprechen; ggf. ist es noch zulässig, Zubehör oder Ergänzungswaren zu bewerben (Kökler/Bornkamm § 7 UWG Rn. 205). Dies ist jedoch bei den streitgegenständlichen Newslettern nicht der Fall. Durch sie werden (auch) ganz anderen Waren aus einem ganz anderen Verwendungsbereich beworben. Dass diese zwar alle in einem stationären Handwerkermarkt käuflich zu erwerben wären, macht sie nicht zu dem erworbenen Holzkitt ähnlichen Waren im Rechtssinne. Auch trifft die Auffassung der Verfügungsbeklagten nicht zu, dass neben ähnlichen Waren in einem durch elektronische Post versandten Newsletter dann auch noch weitere Produkte beworben werden dürften. Vielmehr darf sich die Direktwerbung durch elektronische Post nur auf ähnliche Waren beziehen, wenn ein ausdrückliches, vorheriges Einverständnis mit dem Bezug des Newsletters nicht vorliegt.

Außerdem hat die Verfügungsbeklagte nicht, wie § 7 Abs. 3 Nr. 4 UWG dies gebietet, bei der Erhebung der E-Mail-Adresse eindeutig darauf hingewiesen, dass bei einem Widerspruch gegen die weitere Verwendung der E-Mail-Adresse Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen. Bei der Erhebung der E-Mail-Adresse im Rahmen der Eröffnung des Kundenkontos wurde vielmehr lediglich auf die Möglichkeit hingewiesen, dass die Einwilligung jederzeit ohne Kosten widerrufen werden könne. Dies genügt nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift nicht. Auch innerhalb der Newsletter selbst ist ein solcher Hinweis nicht enthalten, vielmehr findet sich auch dort nur der Hinweis, dass der Newsletter abbestellt werden kann.

Da die Voraussetzungen von § 7 Abs. 3 UWG kumulativ vorliegen müssen, greift der gesetzliche Ausnahmetatbestand nicht ein und stellt die E-Mail-Werbung der Verfügungsbeklagten mangels ausdrücklicher Einwilligung des Kunden eine unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 1 UWG dar. Eine nachträgliche Interessenabwägung und die Annahme eines Bagatellfalles scheidet bei belästigender Werbung aus (BGH K & R 2010, 115). Dass sich Mitbewerber der Verfügungsbeklagten möglicherweise genauso verhalten, ändert an der Wettbewerbswidrigkeit des Verhaltens der Verfügungsbeklagten nichts.

2.) Der vom Verfügungskläger nach den nach § 139 ZPO gebotenen Hinweisen des Senats zuletzt formulierte Hilfsantrag ist nicht zu unbestimmt. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Verbandsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 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. 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 - Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge), wenn nicht entweder bereits der gesetzliche Verbotstatbestand selbst entsprechend eindeutig und konkret gefasst oder der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm durch eine gefestigte Auslegung geklärt ist. Eine auslegungsbedürftige Antragsformulierung kann auch dann hinzunehmen sein, wenn dies zur Gewährleistung des Rechtsschutzes im Hinblick auf eine bestimmte Werbemethode erforderlich erscheint (BGH GRUR 2005, 443 - Ansprechen in der Öffentlichkeit II; vgl. zu alledem BGH GRUR 2007, 607 - Telefonwerbung für Individualverträge).

Der zuletzt formulierte Hilfsantrag beschreibt den Verletzungsfall ausreichend konkret anhand der verwendeten Klausel und vermeidet unbestimmte, den Gesetzeswortlaut wiederholende Rechtsbegriffe, über deren Inhalt noch keine allgemeine Einigkeit bestünde. Er genügt daher den vorgenannten Bestimmtheitsanforderungen und entspricht in seiner Formulierung und Verwendung der „und“-Verbindung genau dem vorgetragenen Verletzungsfall bzw. der daraus folgenden zulässigen Verallgemeinerung. Es fehlt wegen des ersten Teils des Hilfsantrags auch nicht an der erforderlichen Dringlichkeit. Die Antragsformulierung stellt die gebotene Konkretisierung des bereits zuvor gestellten Antrags dar, der sich lediglich allgemein auf eine „ausdrückliche“ Einwilligung bezog. Die Verwendung der Klausel ist nicht Streitgegenstand, sondern nur die Fra-

ge, auf welche Art und Weise die Einwilligung eingeholt wird. Die „oder“-Verbindung war nur insoweit möglich, als es um die kumulativ erforderlichen Ausnahmetatbestände des § 7 Abs. 3 UWG geht.

3.) Allerdings ist der zuletzt formulierte, im Übrigen nur redaktionell geänderte Hilfsantrag als teilweises Minus gegenüber dem ursprünglich gestellten Unterlassungsantrag anzusehen. Den Teil, der im Hilfsantrag wegen seiner konkreteren Formulierung gegenüber dem ursprünglich gestellten Antrag abweicht, nämlich soweit die Warengruppen der ähnlichen Waren enger gefasst werden, bewertet der Senat aber lediglich mit einem Viertel, da das Unterlassungsbegehren im Kern Erfolg hat und die Reduzierung lediglich auf einer nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO gebotenen Konkretisierung des Begriffes der Ähnlichkeit von Waren beruht, die anders als durch Reduzierung nicht zu erreichen war. Der vollstreckungsfähige Inhalt des Titels wird aber entsprechend einschränkt. Die Kostenentscheidung folgt deshalb aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Das Obsiegen beruht nicht auf neuem Vorbringen im Sinne von § 97 Abs. 2 ZPO, sondern nur auf einer Konkretisierung der Antragsformulierung aufgrund der Hinweise des Senats, die auch im Verfügungsverfahren nach § 139 ZPO geboten sind, gerade weil § 938 Abs. 1 ZPO bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsverfügung im Wesentlichen keine Bedeutung hat.