

Titel:

Verurteilung zu Vertragsstrafe wegen unverlangt zugesendeter Werbe-E-Mails

Normenkette:

RL 2006/114/EG Art. 2 lit. a

Leitsätze:

- 1. Ein Unterlassungsvertrag ist nach den allgemeinen für die Vertragsauslegung geltenden Grundsätzen auszulegen. (redaktioneller Leitsatz)**
- 2. Gibt eine Beklagte eine Unterlassungsverpflichtung mit den Worten „ihn (...) per E-mail zu kontaktieren“ ab, so ist die Erklärung nach dem objektiven Empfängerhorizont so verstehen, dass die Beklagte sich bereit erklärt hat, keine Mailadresse mehr für Werbe-Mails zu verwenden, die - wie die Beklagte wusste - von „ihm“ (dem Kläger) genutzt wird und deren Verwendung er ausdrücklich widersprochen hatte. Die Unterlassungserklärung bezieht sich damit mangels konkreter Begrenzung nicht nur auf eine oder ganz bestimmte E-Mail-Adressen mit Namensbestandteilen des Klägers. (redaktioneller Leitsatz)**
- 3. Wird der Nachweis einer ersten Anfrage im Rahmen eines „Double-opt-in“-Verfahrens, bei dem der Werbende nach einer ersten Anfrage nachfragt, ob auch wirklich ein Einverständnis des Betroffenen vorliegt, nicht erbracht, fallen E-Mail-Anschreiben, die den Empfänger zur Abnahme von Waren auffordern, unter den Begriff der Werbung. (redaktioneller Leitsatz)**

Schlagworte:

E-Mail-Werbung, Unterlassungsvertrag, Unterlassungserklärung, Unterlassungsverpflichtung, Vertragsauslegung, Vertragsstrafe, Double-opt-in-Verfahren

Vorinstanz:

LG München I, Endurteil vom 17.11.2015 – 34 O 19897/14

Fundstellen:

K & R 2017, 282
BeckRS 2017, 102179
MMR 2017, 707
LSK 2017, 102179
GRUR-RR 2017, 503
VuR 2017, 198

Tenor

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts München I vom 17.11.2015, Az. 34 O 19897/14, abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 11.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 8.500 € seit 25.06.2014 und aus weiteren 2.500 € seit 31.07.2014 zu bezahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 5/27 und die Beklagte 22/27.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

5. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Tatbestand

I. Der Kläger begehrt von der Beklagten eine Strafzahlung in Höhe von 13.500 € für 27 behauptete Verstöße gegen eine Unterlassungsverpflichtung wegen unverlangt zugesandter Werbe-E-Mails.

2

Eines Tatbestandes bedarf es im Übrigen nicht, § 313a Abs. 1 S. 1 ZPO, weil ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung unzweifelhaft nicht zulässig ist, § 26 Nr. 8 EGZPO.

Entscheidungsgründe

3

II. Die Berufung ist zum überwiegenden Teil begründet.

4

1. Es besteht eine vertragliche Verpflichtung der Beklagten, Werbung für o2- Produkte an alle E-Mail-Adressen, die auf der Domain „@m...de“ eingehen, zu unterlassen.

5

Die Unterlassungserklärung vom 19.07.2011 (Anlage K 1) enthält nach ihrem Wortlaut die Verpflichtung, „ihn“, also den Kläger, nicht „zum Zwecke der Werbung zu o2 Produkten per E-Mail zu kontaktieren“. Der Unterlassungsvertrag ist nach den allgemeinen für die Vertragsauslegung geltenden Grundsätzen auszulegen (BGH, NJW-RR 2003, 916), was hier zu dem Ergebnis führt, dass von der Unterlassungsverpflichtung, „ihn“, also den Kläger, zu kontaktieren, auch die E-Mail-Adressen der Domain „@m. .de“ umfasst sind: Der Wortlaut „ihn“ per E-Mail zu kontaktieren ist für sich genommen zunächst klar, zu klären war aber, mit welchen E-Mail-Adressen „er“ kontaktiert wird. Die Vereinbarung ist insoweit auslegungsbedürftig und auch auslegungsfähig. Der Beklagten ist zuzustimmen, dass der Unterlassungsvertrag gerade nicht den Wortlaut „an alle E-Mail-Adressen der Domain @m. .de“ oder ähnlich enthält, obwohl der Kläger in seinem Anschreiben vom 03.07.2011 (Anlage K 36) einen entsprechenden Wortlaut gefordert hatte. Die Beklagte hat vielmehr eine abweichende Fassung der Unterlassungserklärung (vgl. Anlage K 1) angeboten, die der Kläger auch angenommen hat. Für den Fall, dass ein Kläger eine Unterlassungserklärung dahingehend verlangt hatte, ihm egal auf welchem Weg keine Werbung mehr zukommen zu lassen und die dortige Beklagte eine Unterlassungserklärung bezogen auf eine konkrete Email-Adresse abgegeben hatte, was der Kläger beanstandet hatte, hat das Oberlandesgericht Celle die Erklärung dahingehend ausgelegt, dass nur die konkrete E-Mail-Adresse von der Unterlassungserklärung erfasst ist (OLG Celle, Urteil vom 15.05.2014, Az. 13 U 15/14). Hier liegt die Sache aber anders: Der Kläger hat die Beklagte aufgefordert, es zu unterlassen, E-Mails jeglicher Art an E-Mail-Adressen zu „...@m. .de“ zu senden. Die Beklagte hat demgegenüber eine Unterlassungserklärung abgegeben, in der sie sich verpflichtet, es zu unterlassen „ihn zum Zwecke der Werbung zu o2 Produkten zu kontaktieren“. Damit hat die Beklagte den Anwendungsbereich der Unterlassungsverpflichtung für den Kläger einerseits deutlich eingeschränkt. Sie erfasst nicht jede E-Mail, sondern nur E-Mails „zum Zwecke der Werbung zu o2 Produkten.“ Mit der Änderung des vom Kläger geforderten Empfängerbereichs („an real und nicht real existierende...“) in den kurzen Begriff „ihn“ hingegen ist keine Einschränkung verbunden. Der Senat hatte dies zunächst anders gesehen, nach umfassender Würdigung des gesamten Vortrags und der vorgelegten Unterlagen seine Meinung aber geändert. Schließlich ist die von der Beklagten abgegebene Erklärung nach dem objektiven Empfängerhorizont unter Berücksichtigung der Interessenlage und der vorangegangenen Korrespondenz auszulegen. Der Kläger als Empfänger hatte sich im Vorfeld in seinem Anschreiben vom 03.07.2011 (Anlage K 36) auf „unverlangte Werbe-E-Mail an meine überwiegend geschäftlich genutzte Domain „maier.de“ sowie eine vorangegangene Abmahnung bezogen. Er hat die Übermittlung weiterer unerwünschter E-Mails, u. a. übersandt an die Adresse „m. @m. .de“ beanstandet und die Beklagte (erneut) aufgefordert, jegliche Zusendung von E-Mails an „real und nicht real existierende Benutzer auf meiner Domain“ zu unterlassen, mithin keinerlei E-Mails an E-Mail-Adressen zu ...@m. .de zu senden. Der Kläger hat unmissverständlich deutlich gemacht, dass ihn unabhängig vom Empfängernamen vor dem @-Zeichen jede E-Mail erreicht, die an „@m. .de“ gerichtet ist und gerade dies hat er sich verbeten. Der Kläger hat zudem gerichtliche Schritte angedroht, falls die Beklagte keine Unterlassungserklärung abgibt. Die Beklagte wusste also, dass Mails an irgendwelche E-Mail-Adressen der Domain „@m. .de“ letztlich direkt beim Kläger auflaufen. Wenn die Beklagte nun unter dieser Voraussetzung eine Unterlassungsverpflichtung mit dem Worten „ihn (...) per E-mail zu kontaktieren“ abgab, so war die Erklärung nach dem objektiven Empfängerhorizont so verstehen, dass die Beklagte sich bereit erklärt hat, keine Mailadresse mehr für Werbe-Mails zu verwenden, die - wie die Beklagte wusste - von

„ihm“ (den Kläger) genutzt wird und deren Verwendung er ausdrücklich widersprochen hatte. Die Unterlassungserklärung bezieht sich damit mangels konkreter Begrenzung auf die Domain „...@m. .de“ insgesamt und nicht nur auf eine oder ganz bestimmte E-Mail-Adressen mit Namensbestandteilen des Klägers.

6

Dem steht auch nicht das Urteil des OLG Frankfurt (OLG Frankfurt, Urteil vom 30. September 2013, Az. 1 U 314/12) entgegen, wonach sich der deliktische, quasi-negatorische Unterlassungsanspruch im Gegensatz zum wettbewerbsrechtlichen nur auf bestimmte E-Mail-Adressen bezieht. Dort ging es anders als hier um die prozessuale Bestimmtheit eines im Wortlaut nicht bekannten Klageantrags. Hier hingegen fehlt es nicht an der ausreichenden Bestimmtheit der Unterlassungsverpflichtung, weil sie eben sämtliche E-Mail-Adressen der Domain „@m. .de“ umfasst.

7

2. Gegen die Unterlassungsverpflichtung hat die Beklagte mit Übersendung folgender E-Mails schuldhaft verstoßen:

8

a. Die E-Mails K 2 - K 6 sind jeweils an die E-Mail-Adresse l. @m. .de gerichtet und erfolgten im Rahmen eines „Double-opt-in“-Verfahrens, bei dem der Werbende nach einer ersten Anfrage nachfragt, ob auch wirklich ein Einverständnis des Betreffenden vorliegt. Es ist streitig, ob diese Nachfrage als Werbung zu qualifizieren ist. Das Oberlandesgericht München hat dies mit Urteil vom 27.09.2012, Az. 29 U 1682/12 bejaht, während die Oberlandesgerichte Celle und Düsseldorf dies ablehnen (OLG Celle, Urteil vom 15.05.2014, Az. 13 U 15/14; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.03.2016, Az. 15 U 64/15). Ohne dass man sich für eine der beiden Auffassungen entscheiden müsste, ist im vorliegenden Einzelfall das Vorliegen von Werbung aus folgenden Gründen unproblematisch zu bejahen: Nach Art. 2 lit. a der Richtlinie 2006/114/EG bedeutet 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, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern. Wenn ein Unternehmen auf eine Nachfrage eines Kunden reagiert und nachfragt, ob er tatsächlich mit der Kontaktaufnahme einverstanden ist, mag dies als bloße Nachfrage nicht unter den Begriff der Werbung fallen. Hier liegt der Sachverhalt aber anders: Der Beklagten war aus dem Schriftverkehr mit dem Kläger bekannt, dass die Domain „m. .de“ dem Kläger zuzuordnen ist und E-Mails bei ihm auflaufen. Sie hat nicht nachgewiesen, dass eine erste Nachfrage von einer E-Mail laura@m. .de erfolgt ist. Die Aussage des Zeugen H. in erster Instanz genügt dafür nicht. Das Landgericht hat in seiner Beweiswürdigung die Aussage des Zeugen H. für glaubwürdig erachtet und anhand dieser Aussage die unverlangte Zusendung von Werbung in allen Streitgegenständlichen Fällen nicht für erwiesen erachtet. Auch der Senat hat keine Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen, so dass eine Wiederholung der Beweisaufnahme nicht veranlasst ist, doch hält er angesichts der Rechtsprechung zum Nachweis von Einverständniserklärungen den Beweis durch die Aussage des Zeugen nicht für geführt: Der Zeuge hat nur angegeben, dass generell eine Double-opt-in-Anfrage nur erfolgt, „wenn eine Freikarte online bestellt wurde“ (vgl. S. 2 des Protokolls vom 15.09.2015= Bl. 38 d. A.). Einen Nachweis für die online-Anfrage im konkreten Fall hat die Beklagte nicht erbracht. Der Zeuge hat nämlich nicht gesagt, wann genau die Anfrage erfolgte, welche Daten dabei genau angegeben wurden etc. Weitere Beweisangebote oder die Vorlage von Dokumentationen erfolgten nicht. Es ist aber Sache des Unternehmens, den Kontakt zum Kunden zu dokumentieren und dadurch ein Einverständnis nachzuweisen (hierzu im Einzelnen BGH, Urteil vom 10.02.2011, Az. I ZR 164/09) und zwar auch dann, wenn die Bestellungen nicht abgeschlossen wurden (vgl. Schriftsatz der Beklagten vom 26.01.2015). Die bloße Validierung der Adresse, also der bloße Nachweis der Existenz der Adresse an sich, ist kein Nachweis des Einverständnisses. Es ist damit auch nach Einvernahme des Zeugen nicht nachgewiesen, dass eine erste Anfrage online unter Angabe der E-Mail-Adresse laura@m. .de erfolgte. Eine solche Anfrage erscheint auch nicht aus anderen Gründen als wahrscheinlich. Vielmehr ist der Senat angesichts der Vielzahl an Mails an verschiedene E-Mail-Adressen der Domain @m. .de davon überzeugt, dass diese zum Zwecke der ersten Kontaktaufnahme und nicht als Reaktion auf eine bereits erfolgte Nachfrage versandt wurden. So ist zum Beispiel äußerst fraglich, aus welchem Grund eine Laura M. an einem Tag gleich vier SIM-Karten angefordert haben soll (K 2-K 5). Die theoretische Möglichkeit, dass der Kläger selbst die E-Mails unter dem Namen Laura M. angefordert hat, um Vertragsstrafen zu generieren, ist nicht zu

prüfen, da die Beklagte selbst z. B. in ihrem Schriftsatz vom 11.11.2015 vorgetragen hat, die Bestellungen seien durch Dritte erfolgt.

9

Nachdem eine erste Nachfrage durch den Kunden nicht nachgewiesen ist, fallen die E-Mail-Anschreiben aber, da sie den Empfänger zur Abnahme einer SIM-Karte auffordern, unzweifelhaft unter den Begriff der Werbung, da sie als erste Kontaktaufnahme den Kunden auf sich aufmerksam machen wollen und damit dem Ziel der Absatzförderung dienen (vgl. Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl., § 6 Rn. 23).

10

Damit liegt in der Zusendung dieser Mails ein Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtung. Dieser erfolgte auch schuldhaft, da die Beklagte wusste, dass die Domain „@m. .de“ dem Kläger zuzuordnen ist und damit auch wissen musste, dass die E-Mail beim Kläger ankommt, der sie nicht angefordert hat.

11

3. Gleiches gilt für die E-Mails K 7-9, 14, 15, 27-31 (Rechnungen an Gerhard M. mit Vertragsnummer sowie Tarifwechselinformation mit Werbung bei K 8). Auch hier hat die Beklagte eine Einwilligung und überhaupt eine vorangegangene Kontaktaufnahme bzw. einen Vertragsschluss durch einen Kunden mit der E-Mailadresse gerhard@m. .de nicht nachweisen können. Die bloße Angabe des Zeugen H., dass „diese E-Mails an die Kunden (gehen), die eine monatliche Rechnung bekommen und einen Vertrag bei der Beklagten geschlossen haben“, genügt nicht zum Beweis. Vertragsdaten, eine Dokumentation der Kontaktaufnahme oder ähnliches hat die Beklagte nicht vorgelegt. Wie auch im Fall der E-Mailadresse laura@m. .de ist daher hier von einer ersten Kontaktaufnahme auszugehen, die den Empfänger zu einer Reaktion veranlassen und damit mit der Beklagten in Kontakt bringen soll. Dies fällt unter den oben dargestellten weiten Begriff der Werbung (so auch OLG Frankfurt, Urteil vom 30.09.2013, Az. 1 U 314/12, juris Tz. 2). Im Fall der Anlage K 8 handelt es sich nicht nur um eine Tarifwechselinformation, sondern offensichtlich (auch) um Werbung (Prämie für erfolgreiche Empfehlung).

12

Die Zusendung der E-Mails war auch schuldhaft (s.o. 2.)

13

4. Auch für die E-Mails der Absender B. und Z. (Anlagen K 16-21, 23) ist ein Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtung zu bejahen. Zwar hat die Beklagte in erster Instanz vorgetragen, dass diese E-Mails von Dritten stammen, doch hat sie diesen Vortrag in der Berufungsinstanz nicht mehr aufrecht erhalten: Der Kläger hat in seiner Berufungsbegründung vom 23.02.2016 substantiiert und unter Beweisanspruch dargelegt, dass Versender der beim Kläger eingegangenen Mails K 16-21, K 23 die Beklagte ist. Die Beklagte ist dem nicht entgegen getreten, obwohl sie mit Ladungsverfügung vom 16.08.2016 darauf hingewiesen wurde. Dieser Vortrag ist also unstreitig.

14

Diese E-Mails haben werbenden Charakter. Ihre Zusendung durch die Beklagte stellt daher einen Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtung dar, der wie bereits dargelegt, auch schuldhaft ist.

15

5. Kein Verstoß ist hingegen für die E-Mails zu K 10-13 und K 32 nachgewiesen.

16

a. Hinsichtlich der vier E-Mails zu K 10 bis K 13 hat die Beklagte vorgetragen, es handle sich um Phishing E-Mails. Sie sei gehackt worden, diese E-Mails stammten nicht von ihr. Der Kläger hat den Vortrag, die Beklagte sei „gehackt“ worden, mit Nichtwissen bestritten und weiter bestritten, dass die E-Mails nicht im Auftrag der Beklagten versendet wurden (S. 2 des Schriftsatzes vom 18.12.2014 = Bl. 14 d. A.). In Übereinstimmung mit dem Landgericht hält der Senat die Angabe des Zeugen H., die bei den E-Mails zu K 10-13 angegebene Absender-E-Mail gebe es bei der Beklagten nicht, er habe den Fall selbst betreut, für überzeugend und ausreichend. Dafür dass seine Angaben zutreffen, spricht, dass in den streitgegenständlichen Mails ausdrücklich auf einen in den anderen vorgelegten Mails nicht vorhandenen Anhang verwiesen wird, den der Empfänger, wenn er die AGB lesen oder das Widerrufsrecht ausüben will, öffnen muss. Die Vermutung, die E-Mail sei von der Beklagten bzw. mit deren Wissen und Wollen versandt worden, wurde damit entkräftet. Dem Kläger ist der Beweis nicht gelungen, dass die E-Mails von bzw. mit Wissen und Wollen der Beklagten versendet wurden. Soweit der Kläger vorgetragen hat, es liege jedenfalls

ein Organisationsverschulden seitens der Beklagten vor, weil sie ihre Server nicht ausreichend abgesichert habe, greift dies nicht durch: Allein die Tatsache, dass eine Computeranlage gehackt wurde, rechtfertigt nicht die Annahme nicht ausreichender Sicherungsmaßnahmen (so zuletzt LG Oldenburg, Urteil vom 15.01.2016, Az. 8 O 1454/15). Ein Sachverständigengutachten, wie vom Kläger mit Schriftsatz vom 09.10.2015 beantragt, war nicht einzuholen, da es nicht entscheidungserheblich ist, ob bzw. welche Schadware die E-Mails enthalten haben.

17

b. Hinsichtlich der Anlage K 32 wurde die streitige E-Mail nicht vorgelegt. Der Senat hat mit der Ladungsverfügung vom 16.08.2016 (Bl. 106 d. A.) darauf hingewiesen. Da nicht ersichtlich ist, welchen Inhalt die E-Mail hat, ist die unverlangte Zusendung einer Werbe-Mail nicht nachgewiesen.

18

Insgesamt hat die Beklagte daher in 22 Fällen schuldhaft gegen die Unterlassungsverpflichtung verstoßen. Der Kläger hat daher einen Anspruch auf Zahlung von insgesamt 11.000 €.

19

6. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 286, 288 BGB. Da der Kläger der Beklagten mit Schriftsatz vom 17.06.2014 (Anlage K 25) noch eine Zahlungsfrist bis 24.06.2014 gesetzt hatte, ist die Beklagte erst ab 25.06.2014 im Verzug. Das Schreiben vom 17.06.2014 umfasste 14 E-Mails von 26.07.2013 bis 24.01.2014, die 6 E-Mails zu K 16-21, K 23 sowie die E-Mail vom 22.02.2014 (K 23), insgesamt 21 E-Mails. Da insoweit die Forderung hinsichtlich 4 E-Mails (K 10-13) nicht begründet war, bestand Verzug ab 25.06.2014 nur in Höhe von 8.500 € (17 x 500 €). Hinsichtlich weiterer 5 E-Mails (K 27-31) erfolgte die Fristsetzung mit Schreiben vom 22.07.2014 (Anlage K 26). Da Zahlungsfrist bis 30.07.2014 gesetzt war, war die Beklagte ab 31.07.2014 in Höhe von 2.500 € in Verzug.

20

7. Im Hinblick auf die vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren sind diese als Verzugsschaden erstattungsfähig, wenn die Beauftragung des Rechtsanwalts nach Verzugseintritt erfolgte. Der Kläger hat aber bereits am 17.06.2014 (Anlage K 25) der Beklagten mitgeteilt, er verweise auf die "vorangegangene Abmahnung durch mich und meinen Rechtsanwalt" und behalte sich die Einreichung der Zahlungsklage durch „meinen Rechtsanwalt“ vor. Die Beauftragung des Rechtsanwalts vor Verzugseintritt ist nicht erstattungsfähig.

21

Gleiches gilt für die Mahnkosten in Höhe von 3,50 €. Es ist nicht ersichtlich, dass zum Zeitpunkt des Mahnschreibens vom 17.06.2014 bereits Verzug vorlag. Die früheren Schreiben vom 16.02.2014 und 11.03.2014 wurden nicht vorgelegt.

22

Die Berufung war daher hinsichtlich einer Vertragsstrafenforderung bei 22 von 27 Fällen erfolgreich. Im Übrigen war die Klage ab- und die Berufung zurückzuweisen.

23

III. Die Kostenentscheidung bestimmt sich nach §§ 91, 92 ZPO. Der Kläger ist mit 5/27 unterlegen.

24

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit bestimmt sich nach §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. Ein Rechtsmittel ist nicht zulässig, § 36 Nr. 8 EGZPO.

25

Die Revision war nicht zuzulassen. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung.