

Versenden von Bestätigungs-SMS keine unerwünschte Werbung

Eigener Leitsatz:

Bietet ein Mobilfunkdienst seinen Nutzern die Möglichkeit an, eine Eintragung von Handynummern vorzunehmen, um einen angebotenen Dienst zu beantragen und versendet dieser im Anschluss daran eine Bestätigungs-SMS, stellt dies keine unerwünschte Werbung dar. Die SMS wird hier nicht mit dem Ziel der Absatzförderung, sondern auf Erfüllung der Informationspflichten und Einholung der Einwilligung des Nutzers versendet.

Amtsgericht Berlin-Mitte

Urteil vom 12.01.2010

Az.: 14 C 1016/09

Tenor:

1. Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.
2. Die Verfügungsklägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. □ Der Verfügungsklägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Verfügungsbeklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Tatbestand:

Die Verfügungsbeklagte zu 1. betreibt den Dienst ... im

Internet. Sie bietet interessierten Nutzern die Möglichkeit an, eine Eintragung von Handynummern vorzunehmen, um einen ...dienst zu beantragen, der entweder durch kostenfreie Registrierung mit Einzelzahlung oder im kostenpflichtigen "Sparabonnement" in Anspruch genommen werden kann. Wegen des Verfahrens der Registrierung bzw. der direkten Anmeldung für den ...dienst im Einzelnen wird auf Seite 3 und 4 der Klageerwiderungsschrift vom 05. Januar 2010 (Bl. 140/141 d.A.) Bezug genommen. Der Verfügungsbeklagte zu 2. ist der Geschäftsführer der Verfügungsbeklagten zu 1.

Die Verfügungsklägerin erhielt am 04.10.2009 gegen 16.44 Uhr auf dem von ihr genutzten Mobilfunktelefon mit der zugeordneten Rufnummer ... eine SMS, deren Abruf in Berlin erfolgte und die Absenderangabe ... enthielt, mit nachfolgendem Text:

"...

Deine PIN ist Jetzt registrieren, ... ! 15 ... /Woche frei! Erste Woche Gratis, dann 2,99 €/Woche im Sparabo. Beenden: Stop ... an ...".

Nach Ermittlung der Verfügungsbeklagten zu 1. als Veranlasser der SMS ließ die Klägerin durch ihren Prozessbevollmächtigte die Verfügungsbeklagte zu 1. mit Schreiben vom 08. Oktober 2009 abmahnen und unter Fristsetzung bis zum 16. Oktober 2009 zur Abgabe einer Strafbewährten Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung auffordern. Mit Schreiben vom 16. Oktober 2009 ließ die Verfügungsbeklagte zu 1. "ohne Anerkennung einer Rechtspflicht, gleichwohl verbindlich" erklären, dass sie sich gegenüber der Verfügungsklägerin verpflichte, bei "Meidung einer durch die Gläubigerin nach billigem Ermessen zu bestimmende Vertragsstrafe... es zu unterlassen, unaufgeforderte Werbung per SMS auf das Mobiltelefon mit der MSISDN ... übersenden oder übersenden zu lassen". In einem späteren Schreiben vom 17. November 2009 bot die Verfügungsbeklagte zu 1. an, die von ihr abgegebene

Unterlassungsverpflichtungserklärung auf andere der Verfügungsklägerin zugeordnete MSISDN auszudehnen, sofern sie ihr, der Verfügungsbeklagten zu 1. zur Kenntnis gebracht würden.

Die Verfügungsklägerin ist der Auffassung:

Bei der von der Verfügungsbeklagten zu 1. versendeten SMS handele es sich um unerwünschte Werbung, zumindest aber um eine unzumutbar belästigende geschäftliche Handlung, durch welche die Beklagte zu 1. rechtswidrig in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin eingegriffen habe.

Ihr, der Verfügungsklägerin, stehe von daher ein Unterlassungsanspruch gegen die Verfügungsbeklagte zu 1. und gegen deren Geschäftsführer als Organ der für die Störung verantwortlichen juristischen Person zu. Der Unterlassungsanspruch beschränke sich auch nicht auf die konkret betroffene Adresse, sondern beinhalte ein allgemeines Verbot, Werbung über den konkret betroffenen Übermittlungsweg zu versenden. Aus diesem Grund sei die von der Verfügungsbeklagten zu 1. abgegebene Strafbewährte Unterlassungserklärung vom 16. Oktober 2009 auch unzureichend und genüge nicht zur Ausräumung der Wiederholungsgefahr und Beseitigung der Dringlichkeit einer Regelung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren.

Die Verfügungsklägerin beantragt,

den Verfügungsbeklagten bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, letztere zu vollziehen an ihrem jeweiligen gesetzlichen Vertreter, zu untersagen, zum Zweck der Werbung mit der Verfügungsklägerin per SMS-Sendung Kontakt aufzunehmen oder aufnehmen zu lassen, ohne dass deren ausdrückliches Einverständnis vorliegt, wenn dies geschieht, wie in dem Fall der SMS-Sendung vom 04.10.2009 gegen 16.44 Uhr

an den Mobilfunkanschluss mit der zugeordneten Rufnummer ..., in der gegenüber der Verfügungsklägerin für ... geworben wurde.

Die Verfügungsbeklagten beantragen,

den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Sie behaupten:

Wenige Minuten vor Versenden der streitgegenständlichen SMS an die Verfügungsklägerin sei die MSISDN ... auf einer ihrer Landing-Pages eingegeben worden. Generell geschehe die Versendung von SMS stets erst nach der Eingabe der Mobilfunknummer durch den Nutzer im Rahmen des Anmeldeverfahrens für den ...dienst. Angesichts der von ihr gewählten Bezahlmethode im Fall der kostenpflichtigen Inanspruchnahme des ...dienstes sei sie, die Verfügungsbeklagte zu 1., gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern verpflichtet, die ausdrückliche Einwilligung des Mobilfunkteilnehmers zur Abrechnung der Vergütung über die Mobilfunkrechnung einzuholen.

Die streitgegenständliche SMS diene unter anderem der Sicherstellung, dass der Nutzer, der die jeweilige Mobilfunknummer eingegeben hat, identisch ist mit dem Mobilfunkteilnehmer, dem die MSISDN zugeordnet ist, ferner der Übermittlung der wesentlichen Vertragsmerkmale.

Die Verfügungsbeklagten meinen, der Zweck der SMS gleiche dem so genannten "Double-Opt-in-Verfahren" bei der Registrierung für E-Mail-Newsletter. Dem Inhalt nach handele es sich bei der streitgegenständlichen SMS nicht um Werbung, da sie nicht auf Absatzförderung ziele, sondern in Erfüllung der Informationspflichten und zur Einholung der Einwilligung des Nutzers versendet werde.

Ein rechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Verfügungsklägerin liege nicht vor,

da die im Rahmen der Rechtswidrigkeitsprüfung vorzunehmende Interessenabwägung der Parteien zu ihren, der Verfügungsbeklagten zu 1., Gunsten ausfalle.

Jedenfalls bestehe eine Wiederholungsgefahr aufgrund der von ihr abgegebenen Erklärungen in ihren Schreiben vom 16. Oktober und 17. November 2009 nicht.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien sowie wegen des Inhalt ihrer Glaubhaftmachungen wird auf den vorgetragenen Inhalt ihrer Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist zulässig. Insbesondere ist das Amtsgericht Mitte örtlich zuständig, § 32 ZPO. Der Begehungsort für die im Wege der Unterlassungsklage abzuwendenden Handlungen liegt in Berlin, da die Verfügungsklägerin hier ihren Wohnsitz hat.

Der Verfügungsklägerin steht jedoch der Verfügungsanspruch für die geltend gemachte Unterlassung nicht zu. Das Verbot, Werbung durch Versenden von SMS an die Verfügungsklägerin zu betreiben, kann nicht aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG in Verbindung mit §§ 3, 7 Abs. 2 Ziffer 3 UWG hergeleitet werden, da die Klägerin insoweit nicht aktivlegitimiert ist. Die Parteien sind nicht Mitbewerber im Sinn von § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG.

Der Unterlassungsanspruch ergibt sich auch nicht aus §§ 1004, 823 BGB, da vorliegend ein rechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Verfügungsklägerin durch das Versenden der streitgegenständlichen SMS nicht gegeben ist. Zwar stellt das Zusenden einer unerwünschten werbenden SMS objektiv einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht im Sinn des § 823 Abs. 1 BGB dar (vgl. Landgericht Berlin NJW 2002, 2569), die Verfügungsklägerin hat jedoch nicht hinreichend glaubhaft gemacht, dass es sich bei der streitgegenständlichen SMS überhaupt um Werbung im Sinn von Art. 2 Lit. a der Richtlinie

2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung handelt, nämlich um eine Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern.

Die Verfügungsklägerin hat dem Vorbringen der Verfügungsbeklagten, mit welchem diese die Hintergründe der Zusendung der streitgegenständlichen SMS erläutert hat, keinen erheblichen Vortrag entgegengesetzt. So haben die Verfügungsbeklagten substantiiert dargetan, dass die streitgegenständliche SMS über das Mobilfunknetz des Providers der Verfügungsklägerin verschickt worden ist, nachdem wenige Minuten zuvor die MSISDN ..., welche dem Telefonanschluss der Verfügungsklägerin als Rufnummer zugeordnet war, auf einer der Landig-Pages der Verfügungsbeklagten zu 1. eingegangen war. Die Verfügungsbeklagten haben darüber hinaus glaubhaft gemacht, dass nach dem von ihr eingerichteten Verfahren der Versendung der streitgegenständlichen SMS stets entweder eine vollständige Startseitenregistrierung des Nutzers sowie die Eingabe der Mobilfunknummer zur Anmeldung für den ...dienst oder die Mobilfunknummerneingabe auf einer der Landing-Pages als Anmeldung für den ...dienst vorausgegangen sein muss. Soweit die Verfügungsklägerin mit Nichtwissen bestreitet, dass die streitgegenständliche SMS tatsächlich angefordert wurde, ist dieses Bestreiten bereits unbeachtlich, da sie als Nutzerin des Mobilfunktelefons mit der angegebenen Rufnummer eigene Handlungen oder Handlungen der von ihr beauftragten Dritten nicht gemäß § 138 Abs. 4 ZPO mit Nichtwissen bestreiten kann. Im Übrigen ist sie als Anspruchstellerin für das Vorliegen der rechtswidrigen Beeinträchtigung ihres Persönlichkeitsrechtes, der Wiederholungsgefahr und der Störereigenschaft der Verfügungsbeklagten darlegungs- und beweispflichtig (vgl. Palandt/Bassenge, BGB, 69. Aufl., § 1004 Rdnr. 52; Palandt/Sprau, a.a.O., § 823 Rdnr. 80).

Die streitgegenständliche SMS ist ihrer Formulierung nach auch geeignet, die von der Verfügungsbeklagten zu 1. behaupteten

Zwecke, wie etwa die Identitätsfeststellung des Nutzers und über die wesentlichen Vertragsmodalitäten, insbesondere über die Angabe der Höhe des Entgelts zu erreichen. Insoweit ist den Verfügungsbeklagten darin beizupflichten, dass der Inhalt der von ihr versendeten SMS dem so genannten Double-Opt-in-Verfahren bei E-Mail-Newslettern vergleichbar ist. Derartige Bestätigungsaufforderungen sind jedoch nicht als unzumutbare Belästigung im Sinn der §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB zu werten. Dass die streitgegenständliche SMS – zugleich – werbenden Charakter hat, ist eine Wertung der Verfügungsklägerin, die vom Gericht nicht geteilt wird und sich auch nicht aus dem Text selbst ergibt.

Die Verfügungsklägerin hat auch nicht glaubhaft gemacht, dass die Verfügungsbeklagte zu 1. die Versendung der streitgegenständlichen SMS selbst veranlasst hat. Anhaltspunkte hierfür hat sie jedenfalls nicht genannt.

Da es sich bei dem hier maßgeblichen Tatbestand des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht um einen offenen Tatbestand handelt, ergeben sich Inhalt und Grenzen des geschützten Rechts sowie die Rechtswidrigkeit des Eingriffs erst aus einer Interessen- und Güterabwägung im Hinblick auf die im Einzelfall kollidierenden Interessen (BGH NJW 1998, 2141).

Im Ergebnis einer solchen Abwägung der Interessen der Verfügungsklägerin, durch unerwünschte SMS werbenden Inhalts nicht behelligt zu werden, einerseits und dem Interesse der Verfügungsbeklagten an einer möglichst unkomplizierten Verbreitung der von ihr angebotenen Leistungen andererseits stellt die streitgegenständliche SMS bereits keinen rechtswidrigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Verfügungsklägerin dar. Die Beeinträchtigung, der die Verfügungsklägerin mit der Zusendung der SMS ausgesetzt war, ist als gering anzusehen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass der Erhalt einer SMS für den Empfänger ebenso wenig mit Kosten verbunden ist wie der Erhalt eines Briefes, sodass sich darin

beide Werbeformen von der E-Mail-Werbung unterscheiden. Bei eingeschaltetem Mobiltelefon und Ertönen eines entsprechenden Signaltons bei Eingang einer SMS ist der Nutzer unkompliziert in der Lage, die unerwünschte SMS zu löschen, sodass die Gefahr des "Überlaufens" der SMS-Box als gering einzuschätzen ist. Die Belästigung durch den Empfang versehentlich oder absichtlich fehlgeleiteter elektronischer Post gehört nach allgemeiner Auffassung zu den Nachteilen, die derjenige, der am elektronischen Verkehr teilnimmt, als typischerweise mit der Teilnahme verbundene sozialadäquate Belästigung hinzunehmen hat.

Im Rahmen der Interessenabwägung ist auch zu berücksichtigen, dass die Verfügungsbeklagte zu 1. mit Schreiben vom 16. Oktober 2009 eine strafbewährte Unterlassungserklärung bezüglich der streitgegenständlichen Mobilfunknummer abgegeben hat. Es kann dahinstehen, ob dadurch die gemäß §§ 1004, 823 BGB für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr beseitigt ist, jedenfalls ist im Rahmen der Interessenabwägung bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen der von der Verfügungsklägerin behaupteten Persönlichkeitsrechtsverletzung sowie deren Rechtswidrigkeit dieser Umstand maßgeblich mit zu berücksichtigen.

Da es bereits am Vorliegen eines Verfügungsanspruchs als fehlt, war die Frage der Haftung des Verfügungsbeklagten zu 2. nicht zu prüfen, ebenso wenig die Frage, inwieweit die Klägerin einen Verfügungsgrund ausreichend glaubhaft gemacht hat.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 708 Nr. 6, 711 ZPO.