

Werbe-SMS nur bei ausdrücklicher Einwilligung

Eigener Leitsatz:

Für die Zusendung von Werbe-SMS ist eine ausdrückliche Einwilligung notwendig. Es liegt keine mutmaßliche Einwilligung vor, wenn die Nummer eines Mobiltelefonanschlusses (für den Werbenden erkennbar) ohne Einverständnis des Anschlussinhabers weitergegeben wird und der Werbende davon ausgeht der Anschlussinhaber sei (wegen enger persönlicher Beziehungen zwischen den auf Verbraucherseite Beteiligten) mit der Weitergabe der Nummer durch den Dritten einverstanden.

Oberlandesgericht Köln

Beschluss vom 12.05.2011

Az.: 6 W 99/11

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 20.04.2011 – 31 0 212/11 – teilweise abgeändert und der Antragsgegnerin unter Zurückweisung des weitergehenden Antrags durch

einstweilige Verfügung

bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft

bis zu sechs Monaten untersagt,

geschäftlich handelnd zu Zwecken der Werbung für Dienstleistungen des Lieferns von Strom Verbrauchern über ihren Mobiltelefonanschluss SMS zuzusenden und/oder zusenden zu lassen, die für Dritte bestimmt sind, wenn der Dritte ihr die Nummer des Anschlusses zu diesem Zweck mitgeteilt hat, der Inhaber des Mobiltelefonanschlusses sich jedoch zuvor weder gegenüber dem Dritten mit der Weitergabe seiner Anschlussnummer noch gegenüber der Antragsgegnerin mit der Zusendung der SMS einverstanden erklärt hat.

Von den Kosten des Verfahrens haben die Antragstellerin 2/3 und die Antragsgegnerin 1/3 zu tragen.

G r ü n d e :

I. Die Antragstellerin erstrebt den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die mit ihr als Stromlieferantin konkurrierende Antragsgegnerin,

es zu unterlassen, geschäftlich handelnd zu Zwecken der Werbung für die Dienstleistungen des Lieferns von Strom und/oder Gas Verbrauchern ohne deren vorheriges ausdrückliches Einverständnis SMS zuzusenden und/oder zusenden zu lassen.

Begründet hat sie den Antrag mit der Darlegung folgenden Sachverhalts: Der unter ihrer Festnetztelefonnummer angerufenen Ehefrau eines ihrer Kunden sei erklärt worden, dass sie auf eine SMS mit "Ja" antworten solle, um ihren Stromvertrag auf den neuesten Stand zu bringen. Weil sie selbst keine SMS habe empfangen können, habe die Ehefrau des Kunden die Mobiltelefonnummer ihrer in einem Nachbarort wohnenden volljährigen Tochter angegeben. Dieser sei kurz darauf eine SMS mit einer im Namen des Kunden vorformulierten Erklärung zugegangen, wonach er die Antragsgegnerin mit der Kündigung seines Stromvertrages bevollmächtige. Das habe die Tochter mit "Ja" bestätigt. Später habe die Tochter unter dem Namen des Kunden dem Wechsel des Stromanbieters widersprochen.

Das Landgericht hat den Antrag, der ersichtlich ohne Rücksicht auf eine mögliche Täuschung der Ehefrau des Kunden der Antragstellerin nur auf das Zusenden von SMS ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung abziele, mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen und der dagegen gerichteten sofortigen Beschwerde der Antragstellerin nicht abgeholfen. Die Weitergabe der Mobilfunknummer eines engen Familienmitglieds, um eine SMS erhalten zu können, sei nach den Umständen als ausdrückliche Einwilligung der eigentlichen Adressatin zu bewerten.

II. Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache teilweise Erfolg.

1. Den Verfügungsantrag in seiner oben wiedergegebenen, von ihr zutreffend ausgelegten allgemeinen Fassung hat die Kammer allerdings zu Recht zurückgewiesen. Er genügt bereits nicht den Anforderungen an die Formulierung von Unterlassungsanträgen, bei denen im Interesse eines hinreichenden Rechtsschutzes zwar gewisse Verallgemeinerungen zulässig sind, sofern darin das Charakteristische (der "Kern") der Verletzungshandlung zum Ausdruck kommt (BGH, GRUR 2010, 454 = WRP 2010, 640 [Rn. 12] – Klassenlotterie m.w.N.), die aber zum einen nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO bestimmt genug sein müssen (BGH, GRUR 2010, 749 = WRP 2010, 1030 [Rn. 21 ff.] – Erinnerungswerbung im Internet m.w.N.) und die zum anderen nicht so weit gefasst sein dürfen, dass sie auch Fallgestaltungen erfassen, die entweder rechtlich unbedenklich sind oder für die nach dem vorgetragenen Lebenssachverhalt keine Wiederholungsgefahr besteht.

Abgesehen von der Konkretisierung auf SMS als besondere Form der elektronischen Post und auf Verbraucherwerbung für Stromlieferungen – für Gaslieferungen hat die Antragstellerin schon kein Wettbewerbsverhältnis der Parteien dargetan – wiederholt der Antrag nur die abstrakten Tatbestandsmerkmale des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG, wonach solche Werbung ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung der Adressaten stets eine

wettbewerbsrechtlich unzulässige unzumutbare Belästigung darstellt. Die im Streitfall gerade zweifelhafte Frage, wer die von den Werbe-SMS angesprochenen Verbraucher sind und wessen vorheriger ausdrücklicher Einwilligung es dem zufolge bedarf, lässt der Antrag jedoch offen, so dass die Entscheidung darüber letztlich in das Vollstreckungsverfahren verlagert würde. Hinzu kommt, dass das Verbot, wenn man es auf alle möglicherweise von SMS-Werbung betroffenen Verbraucher bezöge, die sich mit einer solchen Werbung nicht vorher einverstanden erklärt haben, auch Sachverhalte einschließen würde, die von den Umständen des Streitfalles erheblich abweichen und für deren Verwirklichung durch die Antragsgegnerin keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte ersichtlich sind.

2. Dennoch erweist sich die Beschwerde teilweise als begründet. Der Senat kann in Ausübung des ihm gemäß §§ 572 Abs. 3, 938 Abs. 1 ZPO eingeräumten Ermessens und in den Grenzen des § 308 Abs. 1 S. 1 ZPO eine dem Zweck des Verfügungsantrags entsprechende Anordnung treffen, die den Kern des von der Antragsstellerin nach § 7 Abs. 1 und 2 Nr. 3 UWG in Verbindung mit §§ 3, 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1 UWG zu Recht beanstandeten Verhaltens deutlich genug zum Ausdruck bringt.

Nach ihrem gesamten Vorbringen wendet sich die Antragstellerin gegen eine Verhaltensweise der Antragsgegnerin und ihrer Beauftragten, die für die Zusendung von Werbe-SMS an einen privaten Mobiltelefonanschluss auf eine ausdrückliche vorherige Einverständniserklärung des Anschlussinhabers verzichtet, wenn die Anschlussnummer ihnen von einem nahen Familienangehörigen des Anschlussinhabers als Empfangsstelle mitgeteilt worden ist. Von dem Verbot erfasst werden sollen keine Fälle, in denen vom Anschlussinhaber vorher eine Einwilligung zur Zusendung von Werbe-SMS erteilt wurde, unter dem Anschluss aber ein Dritter erreicht wird, der keine entsprechende Erklärung abgegeben hat (vgl. zu einer solchen Konstellation bei der Telefonwerbung Senat, MMR 2009, 860 =

GRUR-RR 2010, 219 [Ls.]). Aber auch um die Fallgestaltung, dass ein Anschlussinhaber seinen Mobiltelefonanschluss (also beispielsweise ein Mobiltelefon mit aktiver SIM-Karte) einem Dritten (beispielsweise einem im gleichen Haushalt wohnenden engen Familienangehörigen) mit der Maßgabe überlässt, darüber nach Belieben verfügen und gegebenenfalls auch die Anschlussnummer für eigene Zwecke weitergeben zu dürfen, geht es im Streitfall nicht, so dass es keiner abschließenden Stellungnahme des Senats zu der Frage bedarf, inwieweit auf solche Fallgestaltungen die rechtsgeschäftlichen Stellvertretungsregeln anzuwenden sind (vgl. zur Anwendbarkeit der §§ 164 ff. BGB auf Internet-Geschäfte unter Verwendung eines fremden eBay-Mitgliedskontos BGH, Urt. v. 11.05.2011 – VIII ZR 289/09). Ebenso wenig zielt die Antragsbegründung auf eine Situation ab, in der von dem Verbraucher während eines über seinen Festnetzanschluss geführten Telefonats die Einwilligung des persönlich anwesenden Inhabers eines Mobiltelefonanschlusses eingeholt wird, weil der Verbraucher selbst über keine Möglichkeit zum Empfang von SMS verfügt (wie wenn im Streitfall die volljährige Tochter des Kunden der Antragstellerin zu Besuch bei ihren Eltern gewesen wäre und nicht gegenüber der Antragsgegnerin, aber gegenüber ihrer Mutter in die Zusendung einer SMS an ihre Anschlussnummer eingewilligt hätte). Nach der Darlegung der Antragstellerin und den vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen der Zeuginnen L. und Q. hat der Senat vielmehr von einer Konstellation auszugehen, in der die Nummer des Mobiltelefonanschlusses (für den Werbenden erkennbar) ohne Wissen und Wollen des abwesenden Anschlussinhabers weitergegeben wird in der Erwartung, dieser sei (wegen enger persönlicher Beziehungen zwischen den auf Verbraucherseite Beteiligten) mit der Weitergabe der Nummer durch den Dritten einverstanden, für den die Werbe-SMS bestimmt ist.

In dieser Konstellation kann ein Wettbewerbsverstoß der Antragsgegnerin nicht verneint werden. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG in seiner geltenden Fassung setzt zur Vermeidung einer

unzumutbaren Belästigung durch unerwünschte Werbe-SMS – die bei eingeschaltetem Mobiltelefon durch einen Signalton angezeigt werden, von dem Empfänger vor dem Löschen regelmäßig gelesen werden müssen und die Speicherkapazität des Empfangsgeräts belasten (vgl. Koch in: Ullmann jurisPK-UWG, 2. Aufl. 2009, § 7 UWG, Rn. 281) – eine nicht nur mutmaßliche, sondern ausdrückliche vorherige Einwilligung des Adressaten voraus. Als Adressat wird regelmäßig der Anschlussinhaber anzusehen sein. Inwieweit es bei der vollständigen Überlassung des Mobiltelefonanschlusses an Dritte anders liegen kann, lässt der Senat offen. Nicht ausreichend ist jedenfalls die Einverständniserklärung eines an sich nicht zur Verfügung über den Mobiltelefonanschluss befugten Dritten (wozu auch die Eltern des Anschlussinhabers gehören können), der lediglich damit rechnet, dass der Anschlussinhaber die Zusendung einer für diesen Dritten bestimmten SMS hinnehmen und nicht als unzumutbare Belästigung empfinden wird – und zwar auch dann nicht, wenn diese Annahme der Sache nach zutrifft (wie dies bei den Zeuginnen L. und Q. der Fall gewesen zu sein scheint). Weil bei tatbestandmäßigem Fehlen der vorherigen ausdrücklichen Einwilligung des Adressaten nach § 7 Abs. 2 UWG eine unzumutbare Belästigung "stets" anzunehmen "ist", kommt eine abweichende Würdigung der Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Spürbarkeit für die betroffenen Marktteilnehmer, nicht in Betracht (vgl. Köhler, in: Köhler / Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 7 Rn. 180).

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 S. 1 ZPO, wobei zu berücksichtigen war, dass die Antragstellerin im Vergleich zu ihrem weitgehenden allgemeinen Antrag nur ein sehr eingeschränktes Verbot erreicht.