



OBERLANDESGERICHT KARLSRUHE

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Entscheidung vom 26. Oktober 2006

Aktenzeichen: 6 U 35/06

In dem Rechtsstreit

...

hat der 6. Senat des Oberlandesgerichts Karlsruhe ... für Recht erkannt:

I. Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 03.02.2006 -7 O 580/04 -wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass in Ziffer 3 des Tenors des angefochtenen Urteils nach dem Begriff "xy@microsoft.com" das Wort "verwenden" eingefügt wird.

II. Die Kosten des Berufungsrechtszugs trägt der Beklagte.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung hinsichtlich der Ziffern 1 bis 3 des Urteils des Landgerichts durch Sicherheitsleistung in Höhe von Euro 110.000,-, ansonsten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin nimmt den Beklagten wegen der Versendung sogenannter Spam-E-Mails auf Unterlassung, Auskunft und Feststellung der Schadensersatzpflicht in Anspruch. Die Klägerin ist ein großes Software-Unternehmen, das u.a. die Internetdienste "hotmail" und "msn" betreibt. Sie ist ferner Inhaberin der Gemeinschafts-Wortmarke "Hotmail". Diese ist u.a. eingetragen für Werbung und Marketing, Verkaufsförderung für Waren und Dienstleistungen von Dritten durch Lieferung von Werbe- und Verkaufsförderungsmaterial an Dritte über E-Mail, Platzierung von Anzeigen und Werbedisplays in einer elektronischen Site, auf die über Computernetze zugegriffen werden kann, Kommunikationsdienste, Telekommunikation, E-Mail-Dienste, Computerdienstleistungen und Online-Computerdienste. Der Beklagte hat in der Vergangenheit eine Reihe von Internetseiten betrieben, u.a. solche, auf denen pornografische Inhalte kostenpflichtig angeboten wurden.

Das Landgericht hat den Beklagten wie folgt verurteilt:

1. Dem Beklagten wird unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu Euro 250.000,-, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall bis zu insgesamt zwei Jahren, untersagt, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Werbe E-Mails zu versenden, die im Absenderadressfeld die Bezeichnung "hotmail" und/oder "@hotmail.com" enthalten, insbesondere wenn dies mit Wendungen wie "ranewsll54579823@hotmail.com", "surftip6876666@hotmail.com", "hwnsfl52yg643@hotmail.com" erfolgt, es sei denn, dass die Klägerin hierzu eine entsprechende Einwilligung erteilt hat.

2. Der Beklagte wird verurteilt über seine Handlungen gemäß Ziffer 1 schriftlich Auskunft zu erteilen und zwar unter Angabe

a. der Anzahl der jeweils versendeten Werbe-E-Mails

b. des Zeitpunkts der Versendung der Werbe-E-Mails,

c. der Namen und E-Mail-Adressen der Empfänger der versendeten Werbe-E-Mails jeweils aufgeschlüsselt nach der bei den Versendungen angegebenen Absenderadressbezeichnung.

3. Der Beklagte wird verurteilt, schriftlich Auskunft zu erteilen über die Versendung von E-Mails zu Werbezwecken an Privatpersonen oder Gewerbetreibende, die eine von der Klägerin verwaltete Empfängeradresse entsprechend der Schemata xy@hotmail.de; xy@hotmail.com ; xy@msn.de; xy@msn.com ; xy@microsoft.de ; xy@microsoft.com, ohne dass der jeweilige Empfänger zuvor dem Versand an ihn ausdrücklich zugestimmt hat oder -im Fall von Gewerbetreibenden -zuvor zu den Empfängern eine Geschäftsbeziehung bestanden hat, und zwar unter Angabe

a. der Anzahl der jeweils versendeten Werbe-E-Mails

b. der Namen und E-Mail-Adressen der Empfänger der versendeten Werbe-E-Mails, jeweils aufgeschlüsselt nach dem Zeitpunkt der Versendung der Werbe-E-Mails

4. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser aus Handlungen des Beklagten, wie sie in Ziffer 1 und 3 beschrieben sind, bereits entstanden ist oder noch entsteht.

Im übrigen, nämlich insoweit als die Klägerin mit den Klageanträgen 2 und 3 Auskunft auch über die Wohn- oder Geschäftsadressen der Empfänger der E-Mails und über etwaige Mittäter des Beklagten begehrt hatte, hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil, auf das wegen des Sach- und Streitstands im ersten Rechtszug und der tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, richtet sich die Berufung des Beklagten.

Der Beklagte meint, das Landgericht sei aufgrund falscher Beweiswürdigung zu dem Ergebnis gekommen, der Beklagte habe dafür einzustehen, dass eine Spam-E-Mail an die E-Mail-Adresse " m.@hotmail.com " geschickt worden sei und dass E-Mails von in Wirklichkeit nicht existierenden " hotmail "-Absenderadressen an Dritte versandt worden seien. Die Vorlage ausgedruckter E-Mails durch die Klägerin reiche zur

Beweisführung nicht aus, das Landgericht habe einschlägige Urteile verschiedener Instanzgerichte hierzu nicht berücksichtigt. Er ist weiter der Auffassung, dem Urteil des Landgerichts stehe, soweit es um das Unterlassungsgebot gehe, die Rechtskraft der Entscheidung des Landgerichts Freiburg vom 30.01.2004 entgegen. Der im Streitfall geltend gemachte Unterlassungsanspruch sei im Verhältnis zu dem damals verfolgten Anspruch als "minus" anzusehen. Zudem sei der Unterlassungsanspruch verjährt. Unzutreffend sei weiter die Annahme eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen der Klägerin und dem Beklagten. Kostenlose Erotikangebote -wie sie die Klägerin bereithalte -und kostenpflichtige Pornografieangebote -wie sie der Beklagte früher bereitgestellt habe, seien nicht austauschbar, sondern sprächen verschiedene Abnehmerkreise an. Jedenfalls gehe die Auskunftspflichtung in Ziffer 3 des angefochtenen Urteils zu weit, weil sie sich auch auf Empfängeradressen von msn und microsoft beziehe. Dass der Beklagte auch an solche Adressen Spam-E-Mails versendet habe, sei nicht dargetan. Verfehlt sei schließlich die Annahme des Landgerichts, in der Versendung von E-Mails mit gefälschter, den Bestandteil " hotmail " enthaltender Adresse liege eine kennzeichenmäßige Benutzung des geschützten Zeichens der Klägerin. Der Beklagte habe keine Internetportale betrieben, über die der Versand von E-Mails ermöglicht worden sei.

Der Beklagte beantragt, das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 03.02.2006 - 7 O 580/04 -aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung des Beklagten ist zulässig, hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

1. Zu Recht hat das Landgericht angenommen, der Beklagte habe es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Werbe-E-Mails zu versenden, die im Absenderadressfeld die Bezeichnung " hotmail " und/oder " @hotmail.com " enthalten. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ergibt sich aus Art. 9 Abs. 1 lit. a GMVO.

a) Nach Art. 9 Abs. 1 lit. a GMVO gewährt die Gemeinschaftsmarke ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht, das es ihm gestattet, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Gemeinschaftsmarke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen sind.

b) Die Klägerin ist Inhaberin der Gemeinschafts-Wortmarke " HOTMAIL ". Diese Marke ist u.a. eingetragen für Werbung und Marketing, Kommunikationsdienste, Telekommunikation und E-Mail-Dienste.

c) Der Beklagte hat ein mit der Wortmarke der Klägerin identisches Zeichen markenmäßig benutzt. Er hat E-Mails, wie aus den Anlagen K 7, K 9 und K 10 ersichtlich, unter Verwendung der Absenderadressen " ranewsl154579823@hotmail.com ", " surf-tip6876666@hotmail.com ", und " hwnsf152yg643@hotmail.com " versandt.

aa) Das Landgericht hat sich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme die Überzeugung gebildet, dass der Beklagte für den Versand der als Anlagen K 7, K 9 und K 10 vorgelegten E-Mails verantwortlich ist. Diese Beweiswürdigung teilt der Senat nach eigener Prüfung. Die Situation im Streitfall unterscheidet sich von derjenigen, die der Entscheidung des LG Bonn (CR 2002, 293, bestätigt durch OLG Köln, CR 2003, 55) zugrunde gelegen hat. Dort ging es darum, ob eine E-Mail, durch die einen Kaufvertrag über einen kostspieligen Gegenstand zustande kommen sollte, von dem Internet-Nutzer herrührte, dem die verwendete Adresse zugeordnet war. Durch die E-Mail sollte der -vermeintliche -Absender also eine erhebliche Verpflichtung eingehen. Demgegenüber handelte es sich hier um reine Werbe-E-Mails, die keine Verpflichtung des Beklagten begründen sollten. Da die Werbung jeweils die von ihm zum damaligen Zeitpunkt betriebenen Internetangebote pornografischen Inhalts betraf, ist nicht ersichtlich, wer sonst Interesse an dem

Versand solcher E-Mails gehabt haben sollte. Es kommt hinzu, dass der Beklagte hier -anders als in dem damals vom LG Bonn entschiedenen Fall -nicht konkret dazu vorgetragen hat, dass Dritte seinen E-Mail-Account missbraucht hätten und dass er sich bemüht habe, dies zu verhindern, obwohl er in der Vergangenheit Internet-Dienstleistungen angeboten hat, also sachkundig ist. Dass irgendjemand ein Interesse haben sollte, ohne die Billigung des Beklagten über seine Einrichtungen für die damals von ihm betriebenen Angebote Werbung zu machen, ist nicht ersichtlich.

bb) Durch die Verwendung der genannten E-Mail-Absenderadressen hat der Beklagte ein mit der Klagemarke identisches Zeichen markenmäßig gebraucht. Ein markenmäßiger Gebrauch liegt vor, wenn das Zeichen in der Weise verwendet wird, dass es im Rahmen des Produktabsatzes die gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen von Waren oder Dienstleistungen anderer Unternehmer unterscheidet. Das ist hier anzunehmen. Eine E-Mail-Adresse besteht üblicherweise aus einer vor dem Symbol "@" angeordneten, individuellen Bezeichnung, die von dem jeweiligen Teilnehmer des E-Mail-Verkehrs grundsätzlich frei gewählt werden kann, ferner aus einer nach dem Symbol "@" angeordneten Bezeichnung, die entweder deutlich macht, in welchem Unternehmen oder welcher Behörde der Teilnehmer tätig ist, oder aber zeigt, bei welchem Internet-Dienstleister der Teilnehmer einen Account eingerichtet hat. Der Empfänger einer E-Mail erhält daher sowohl eine Information darüber, welcher konkrete Teilnehmer am E-Mail-Verkehr ihm eine Nachricht übermittelt, als auch darüber, wessen Dienstleistung der Teilnehmer in Anspruch nimmt. Ebenso wie der Empfänger eines Pakets durch einen entsprechenden Aufdruck, Aufkleber oder ähnliches erfährt, ob das Paket von DHL, von UPS oder German Parcel transportiert worden ist, erfährt der Empfänger einer E-Mail durch den zweiten Teil der zusammengesetzten Adresse, ob der E-Mail-Dienst von gmx, t-online, yahoo usw. oder eben von der Klägerin bereitgestellt wurde. Ob die Absenderadresse in dem jeweiligen E-Mail-Programm des Empfängers sofort vollständig, also einschließlich des Bestandteils "hotmail" auf dem Bildschirm zu sehen ist, spielt, entgegen der Auffassung des Beklagten, keine Rolle. Die Darstellung der Absenderadressen ist bei den einzelnen E-Mail-Programmen durchaus unterschiedlich, zudem bieten solche Programme regelmäßig die Möglichkeit, die vollständige Absenderadresse anzeigen zu lassen. Es kann auch nicht angenommen werden, dass das jeweils nach dem @Symbol verwendete Zeichen für die Teilnehmer des E-Mail-Verkehrs völlig belanglos sei, wie die Beklagten-Vertreter in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend gemacht haben. Die entsprechenden Dienstleister haben vielmehr ein erhebliches Interesse daran, ihr jeweiliges Zeichen dadurch bekannt zu machen, dass es in die Absenderadresse aufgenommen wird, anderenfalls nicht zu erklären wäre, warum die Adressen auf diese Weise gebildet werden und nicht etwa durch eine nichtssagende Kombination von Zahlen oder Buchstaben. Dieses Interesse ergibt sich auch bei Internet-Dienstleistern, die von ihren Kunden keine Gebühr für einen E-Mail-Account verlangen, aus dem Interesse, möglichst viele Kunden zu gewinnen, weil sich dies zumindest auf ihre Werbeeinnahmen auswirkt.

cc) Die Verwendung des mit der für die Klägerin geschützten Gemeinschaftsmarke identischen Zeichens erfolgte für Dienstleistungen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen ist, nämlich für E-Mail-Dienste und für Werbung und Marketing.

d) Dem damit begründeten markenrechtlichen Unterlassungsanspruch der Klägerin steht die Rechtskraft des Urteils des Landgerichts Freiburg vom 30.01.2004 im Verfahren 10 O 125/03 nicht entgegen. Die Rechtskraft bestimmt sich nach dem Streitgegenstand. Nach dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff, der nach der Rechtsprechung des BGH auch bei Unterlassungsklagen zugrunde zu legen ist, bestimmt sich der Streitgegenstand (der prozessuale Anspruch) nach dem Klageantrag, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und nach dem Lebenssachverhalt (Klagegrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet (BGH v. 29.06.2006 -I ZR 253/03, WRP 2006, 1247 -Anschriftenliste m.w.N.). Der Gegenstand des damals geführten Rechtsstreits unterscheidet sich von dem des hiesigen einerseits hinsichtlich des Klageantrags. Während dort ein Verbot der Versendung von E-Mails zu Werbezwecken an Privatpersonen oder an Gewerbetreibende begehrt wurde, geht es hier um das Verbot der Versendung von Werbe-E-Mails die im Absenderadressfeld die Bezeichnung "hotmail" oder "@hotmail.com" enthalten. Der Gegenstand unterscheidet sich aber auch hinsichtlich des Klagegrundes: Vor dem LG Freiburg stützte sich die Klägerin unter Hinweis auf § 1 UWG a.F. darauf, dass der Beklagte unverlangt, d. h. ohne ausdrückliches oder stillschweigendes Einverständnis des Empfängers E-Mails versandt hat, während es auf die Gestaltung des Absenders nicht ankam. Hier greift sie das Vorgehen des Beklagten dagegen in

erster Linie als markenverletzend an und macht daneben u.a. geltend, es sei wettbewerbswidrig insofern, als der Verkehr dahin getäuscht werde, dass die E-Mails von Kunden der Klägerin versandt worden seien (vgl. I 29). Sind damit die im damaligen und im hiesigen Verfahren geltend gemachten Unterlassungsansprüche unterschiedlich, steht die Rechtskraft der Entscheidung des LG Freiburg der hier begehrten Verurteilung des Beklagten zur Unterlassung nicht entgegen.

e) Auch die Fassung des Unterlassungsgebots durch das Landgericht ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH gilt die Vermutung der Wiederholungsgefahr nicht nur für die genau identische Verletzungsform, sondern umfasst auch alle im Kern gleichartigen Verletzungsformen. Demnach sind Verallgemeinerungen zulässig, soweit in ihnen das Charakteristische der konkreten Verletzungsform zum Ausdruck kommt (Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 24. Auflage, § 12 Rn. 2.44 m.w.N.). Das Vorgehen des Beklagten ist dadurch charakterisiert, dass er als -angeblichen -Absender der Werbe-E-Mails unterschiedliche Phantasiebezeichnungen von Teilnehmern vor dem Symbol @ jeweils kombiniert hat mit dem nach diesem Symbol angeordneten Zeichen " hotmail .com". Das rechtfertigt die Annahme, es bestehe die Gefahr, er werde künftig Werbe-E-Mails mit diesem Zeichen, jedoch mit anderen fiktiven Teilnehmerbezeichnungen versenden.

f) Der Anspruch ist auch nicht verjährt. Für die Verjährung von Ansprüchen aus Gemeinschaftsmarken gilt die Verweisung in § 20 MarkenG auch ohne ausdrückliche Anordnung (Hacker, in: Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Auflage, § 125 b Rn. 12). Danach verjährt der Unterlassungsanspruch aus Art. 9 Abs. 1 GMVO über § 20 MarkenG und § 195 BGB in drei Jahren.

2. Der Beklagte ist aufgrund der schuldhaften Markenverletzung gemäß § 125b Nr. 2 MarkenG i.V. mit §§ 14 Abs. 6, 19 MarkenG zum Schadensersatz und zur Auskunft im vom Landgericht zugesprochenen Umfang verpflichtet (Ziffer 2 und Ziffer 4 des Tenors des Landgerichts, soweit auf Ziffer 1 rückbezogen). Rechtsfehler des Landgerichts werden vom Beklagten insoweit nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. Insbesondere besteht kein Anlass, die Schadensersatzpflicht und die Pflicht zur Auskunft auf die konkret nachgewiesenen Verletzungshandlungen zu beschränken. Für die Feststellung der Schadensersatzpflicht wegen der Verletzung eines Markenrechts durch gleichliegende Handlungen genügt es, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung durch weitere, rechtlich gleich zu beurteilende Handlungen gegeben ist (BGH WRP 2006, 590, 594 -Markenparfümverkäufe). So liegt es hier. Wie der Zeuge W. bekundet hat, hat es sich bei der als Anlage K 7 vorgelegten E-Mail nicht um einen Einzelfall gehandelt, vielmehr hat er zahlreiche ähnlicher E-Mails erhalten. Aufgrund dessen ist zugrunde zu legen, dass der Beklagte in ganz erheblichem Umfang an eine Vielzahl von Teilnehmern des E-Mail Verkehrs Werbe-E-Mails unter Verwendung einer Absenderadresse versandt hat, die nach dem Symbol @ das Zeichen " hotmail " oder " hotmail.com " enthielten. Anhaltspunkte dafür, dass diese Handlungen unter anderen Umständen erfolgt sind, insbesondere ohne dass den Beklagten ein Verschulden trafe, sind nicht ersichtlich, vielmehr können die darin liegenden Markenrechtsverstöße nicht anders als schuldhaft begangen worden sein.

3. Das Urteil des Landgerichts hat schließlich auch Bestand, soweit der Beklagte zur Auskunft über die Versendung von E-Mails an von der Klägerin verwaltete Empfängeradressen verurteilt und seine Schadensersatzpflicht hinsichtlich solcher Handlungen festgestellt worden ist (Ziffer 3 und Ziffer 4 des Tenors des Landgerichts, soweit auf Ziffer 3 rückbezogen). Bereits unter der Geltung des UWG in der Fassung bis 07.07.2004 entsprach es gefestigter Rechtsprechung, dass die Zusendung von Werbe-E-Mails mit den guten Sitten im Wettbewerb unvereinbar ist, sofern der Empfänger nicht ausdrücklich oder stillschweigend sein Einverständnis erklärt hat (BGH WRP 2003, 731 -E-Mail-Werbung).

a) Das Landgericht hat sich die Überzeugung gebildet, dass der Beklagte für die Versendung der im Ausdruck als Anlage K 24 vorgelegten Werbe-E-Mail an die E-Mail-Adresse " <NOINDEX>m.@hotmail.com</NOINDEX> " verantwortlich ist. Es hat hierfür insbesondere darauf hingewiesen, dass zum Zeitpunkt des Versands dieser Mail für den Beklagten die Domain und die Web-Site registriert waren, über die der Versand erfolgte und die IP-Adresse der I. GmbH zuzurechnen war, die der Beklagte mit der Verwaltung einer Vielzahl der von ihm betriebenen Web-Sites betraut hatte, ferner darauf, dass die E-Mail gemäß Anlage K 24 nach Stil und Aufmachung den E-Mails gemäß Anlagen K 7, 9 und 10

entspricht, die nach der Aussage des Zeugen W. -welche der Beklagte selbst in der Berufungsbegründung als glaubwürdig bezeichnet -bei ihm eingegangen sind. Der Senat teilt die Beweiswürdigung des Landgerichts nach eigener Prüfung. Es sind keinerlei Anhaltspunkte dafür dargetan oder sonst ersichtlich, dass ein Dritter diese Werbung für Angebote des Beklagten ohne dessen Zutun versandt haben könnte, zumal er sich dabei auch noch die Mühe hätte machen müssen, unterschiedliche Texte zu erstellen. Das Vorbringen des Beklagten hierzu ist, wie das Landgericht zu Recht angenommen hat, in keiner Weise konkretisiert.

b) Klägerin und Beklagter stehen auch in einem Wettbewerbsverhältnis. Der Senat tritt den Ausführungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil und des 4. Zivilsenats des OLG Karlsruhe in dem Hinweisbeschluss vom 02.08.2004 (Az. 4 U 17/04, Anlage K 15, dort S. 6 unter II 3 c) in vollem Umfang bei.

c) Der Beklagte hat schuldhaft gehandelt. Er hätte bei Beachtung gehöriger Sorgfalt erkennen können und müssen, dass die Versendung von Werbe-E-Mails an Empfänger, die nicht ihr Einverständnis erklärt hatten, wettbewerbswidrig ist. Bereits vor der genannten Entscheidung des BGH (WRP 2004, 731) hat die Rechtsprechung ein solches Verhalten ganz überwiegend als wettbewerbswidrig angesehen (vgl. die Zitate in WRP 2004, 731, 733 r. Sp. unten)

d) Die Verurteilung zur Auskunft über Spam-E-Mails an Kunden der Klägerin sowie die entsprechende Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz sind auch dem Umfang nach nicht zu beanstanden. Durch die Vorlage von über 20 Werbe-E-Mails, die im Zeitraum von Ende April bis Anfang Juli 2003 allein an einen einzigen von der Klägerin bereitgestellten E-Mail-Account versandt wurden (Anlagen K 37 bis K 39, s. I 92) hat die Klägerin dargetan, dass der Beklagte in ganz erheblichem Umfang Spam-E-Mails versandt hat. Hinzu kommt, dass auch der Zeuge W. bekundet hat, bei der als Anlage K 7 vorgelegten E-Mail habe es sich nicht um einen Einzelfall gehandelt, vielmehr habe er zahlreiche solcher E-Mails erhalten. Aufgrund dessen steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Beklagte in ganz erheblichem Umfang an eine Vielzahl von Teilnehmern des E-Mail-Verkehrs Werbe-E-Mails für die damals von ihm betriebenen Web-Sites mit pornographischen Inhalten versandt hat, ohne dass die Empfänger dem Versand an sie zugestimmt haben oder -im Fall von Gewerbetreibenden -zuvor zu den Empfängern eine Geschäftsbeziehung bestanden hat. Nachdem der Versand von E-Mails an Teilnehmer, die ihren Account bei "web.de" oder bei der Klägerin ("hot-mail.com") unterhalten, nachgewiesen ist, wäre es Sache des Beklagten darzutun, dass er keine Spam-E-Mails an die Kunden anderer Internet-Dienste, die von der Klägerin unterhalten werden, versandt hat. Das bloße pauschale Bestreiten des Beklagten hierzu genügt demgegenüber nicht. Damit erweist sich die von der Klägerin in ihrer Antragsfassung vorgenommene Verallgemeinerung als zulässig. Das aus § 242 BGB abgeleitete Auskunftsbegehren setzt als Hilfsanspruch zur Durchsetzung des Schadensersatzbegehrens voraus, dass auch die durch die verallgemeinernde Fassung des Auskunftsbegehrens umschriebene, aber als solche noch nicht konkret festgestellten Verletzungshandlungen nicht anders als schuldhaft begangen sein können (BGH WRP 2006, 749, 755 -Parfümtestkäufe). So liegt es im Streitfall.

e) Um den Bedürfnissen ihrer Kunden zu entsprechen, muss die Klägerin bei den von ihr unterhaltenen E-Mail-Diensten hinreichende Empfang- und Speicherkapazitäten bereithalten. Da auch Spam-E-Mails die entsprechenden Kapazitäten beanspruchen, muss die Klägerin höhere Kapazitäten bereitstellen, damit den Kunden der erwünschte E-Mail-Verkehr möglich bleibt. Das begründet ein Interesse der Klägerin an der Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten als eines für solche Spam-E-Mails Verantwortlichen. Der geltend gemachte Anspruch geht auch nicht zu weit, weil die Klägerin die Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz nur insoweit begehrt, als Spam-E-Mails an die Kunden ihrer E-Mail-Dienste übermittelt wurden. Die Klägerin kann diesen Schadensersatzanspruch nicht ohne Kenntnis der Umstände berechnen, über die sie Auskunft fordert. Der Beklagte, dem diese Informationen zur Verfügung stehen, ist ihr daher, wie das Landgericht zu Recht angenommen hat, nach § 242 BGB zur Auskunft verpflichtet.

f) Die Einrede der Verjährung greift wegen des von dem Beklagten erklärten Verzichts (Anlage K 33) nicht durch. Die Klägerin hat ihre Klage noch vor Ablauf des Jahres 2004 eingereicht und durch Einzahlung des Vorschusses auf die Gerichtskosten die Voraussetzung dafür geschaffen, dass sie alsbald zugestellt werden konnte, was auch geschehen ist.

4. Nach alledem ist die Berufung des Beklagten insgesamt erfolglos. Sie war daher mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass ein offensichtliches Schreibversehen im Tenor der angefochtenen Entscheidung zu korrigieren war. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor.

Unterschriften