



LANDGERICHT KÖLN
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

Entscheidung vom 27. August 2008

Aktenzeichen: 2 O 120/08

In dem Rechtsstreit

des Herrn ...

- Kläger -

- Prozessbevollmächtigte: Terhaag & Partner Rechtsanwälte, Rechtsanwalt Michael Terhaag,
Stresemannstraße 26, 40210 Düsseldorf -

gegen

die P 49 GmbH

- Beklagte -

- Prozessbevollmächtigte: ? -

hat die 2. Zivilkammer des Landgerichts Köln auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 2008 durch den Richter ... als Einzelrichter für Recht erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Kläger auferlegt.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

TATBESTAND:

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte dem Kläger im Internet eine Gewinnzusage im Sinne des § 661a BGB zugesandt hat.

Am 03. Januar 2008 wurde mittels des Computers des Klägers um kurz nach 15.00 Uhr eine Verbindung zu der Internet-Website 1&1.de hergestellt. Dabei blendete sich ein von der Beklagten auf dieser Seite eingebundenes Werbebanner als so genanntes "Pop-up-Fenster" ein. Dieses hatte folgenden Textinhalt:

?Sie sind unser 999.999 Besucher, jetzt online um: 15:06:54 Uhr
Herzlichen Glückwunsch ? Sie haben dadurch die freie Auswahl gewonnen:

aufrecht.de[®]

AUDI A5
25.000,- EURO
Multimediapaket.
Falls ausgewählt: hier klicken: www.freie-a....de".

Einen Hinweis auf den Urheber dieser Werbeeinblendung und den Veranstalter des Glückspiels, auf welches das Werbebanner gerichtet war, ging aus der Einblendung nicht hervor. Hinsichtlich der näheren Einzelheiten wird auf den Bildschirmausdruck des Werbebanners (Bl. 3 d.A.) verwiesen.

Durch Anklicken der Zeile www.freie-auswahl.de" wurde der Internetnutzer auf eine Unterseite der Internetadresse planet49.com? weitergeleitet. Diese Seite war mit dem Textfreie Auswahl Auswählen, teilnehmen und gewinnen!" überschrieben. Darunter befanden sich auf der linken Bildschirmseite ? mit entsprechenden Überschriften ? Abbildungen der in dem Werbebanner genannten Gewinne. Daneben befand sich ein als solches bezeichnetes ?Gewinnformular für ausgewählten Teilnehmer Dieses enthielt noch auf dieser Seite in drei Abschnitte unterteilte Eingabefelder. Unter der Überschrift ?1. Preis auswählen" musste dabei zunächst zwischen dem Fahrzeug (Audi A5), dem Bargeld (25.000,00 ?) und dem Multimedia-Set ausgewählt werden. Unter der Überschrift ?2. Persönliche Gewinndaten eingeben? mussten ? zur exakten Gewinner-Erkennung" sodann Name und E-Mail-Adresse des Nutzers eingetragen werden. Durch Anwählen des Feldes "Weiter.." unter der Überschrift 2. Teilnahme wurde der Nutzer schließlich auf eine Folgeseite des ?Gewinnformulars" weitergeleitet. Dort musste unter der Überschrift .4. Gewinn bestätige die vollständige Anschrift, die Telefonnummer und der Geburtstag des Nutzers eingetragen werden. Dabei sollte es sich um die ?Versand-Adresse für Ihren Gewinn? handeln. Unter der Überschrift ?5. Absenden" konnten die zuvor eingetragenen Daten über die Sendeleiste ?Jetzt gewinnen!" an die Beklagte übermittelt werden.

Bei dem streitgegenständlichen Vorgang wurde als Preis der Betrag von 25.000,00 ausgewählt. Als .Persönliche Gewinndaten" wurden Vor- und Nachname des Klägers sowie dessen E-Mail-Adresse und unter der Zeile ?Gewinn bestätigen? seine Anschrift eingetragen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die Bildschirmausdrucke (?screenshots", Bl. 4 dA) Bezug genommen.

Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte schulde ihm die Zahlung des von ihm als Preis ausgewählten Bargeldbetrags von 25.000,00 E. Sie habe ihm diesen Betrag als Gewinn im Sinne des § 661a BGB zugesagt. Dazu behauptet er, er selbst habe den Computer bei dem maßgeblichen Geschehen benutzt. Er habe die dargestellte Werbeeinblendung gelesen, als er die Internetseite www.1u..1.de ausgewählt habe, um seinen bei diesem Telekommunikationsanbieter privat geführten ?E-Mail-Account" abzufragen. Er meint, die für den Anspruch aus § 661a BGB erforderliche Individualisierung seiner Person ergebe sich bereits daraus, dass er nicht nur als 999.999 Besucher dieser Serie angesprochen, sondern dass zusätzlich die Uhrzeit sekundengenau aufgeführt worden sei. Die Fassung der Werbeeinblendung habe jedenfalls den Eindruck vermittelt, als habe er den von ihm ausgewählten Gewinn (25.000,00 Bargeld) bereits gewonnen. Diese Gewinnzusage sei ihm auch zugesandt worden. Insbesondere sei eine Werbeeinblendung mittels eines ?Pop-up-Fensters" hinreichend verkörpert. Die Einblendung entspreche der Übertragungsform von Telefax, E-Mail- oder SMS-Textnachricht. Eine ausreichende Manifestierung sei schließlich auch dadurch gewährleistet, dass jene die Werbeeinblendung ausweisende aktuelle Anzeige des Computerbildschirms als so genannter ?screenshot? festgehalten und ? wie auch geschehen ? ausgedruckt werden könne. Im Übrigen schulde ihm die Beklagte wegen Verzugs auch Zinsen seit dem 07. März 2008, nachdem er ihr ? unstrittig ? eine Zahlungsfrist bis einschließlich zum 06. März 2008 gesetzt habe.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 25.000,00 E nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 07. März 2008 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie bestreitet die Nutzung des Computers durch den Kläger während des streitgegenständlichen Geschehens mit Nichtwissen. Sie meint, der Kläger sei auch kein Verbraucher. Dazu behauptet sie, der Kläger sei Rechtsanwalt und ? unstreitig ? freier journalistischer Mitarbeiter des Westdeutschen Rundfunks. Deshalb habe es ihm ihrer Ansicht nach nicht verborgen bleiben können, dass es sich bei dem Werbebanner lediglich um einen ?Aufreißer" gehandelt habe, mit dem Kunden für ihr Gewinnspiel gelockt werden sollten. Die Werbeeinblendung habe auch nicht dahingehend verstanden werden können, dass der Internet-Nutzer einen der drei Preise bereits gewonnen habe. Vielmehr sei offensichtlich gewesen, dass lediglich bereits vor der Teilnahme an dem umworbenen Gewinnspiel der mögliche spätere Gewinn ausgewählt werden sollte, ohne dass das Gewinnspiel überhaupt (erfolgreich) abgeschlossen gewesen sei. Die Beklagte behauptet, der Kläger habe die Werbeeinblendung auch nicht missverstanden. Mit der Klage verfolge er allein den Zweck, als Journalist ?Stoff für eine neue Geschichte zu finden?.

Hinsichtlich der näheren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die wechselseitig zur Akte gereichten Schilfsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 14. Juli 2008 Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die zulässige Klage ist nicht begründet. Dem Kläger steht ein Anspruch auf Zahlung von 25.000,00 ? gegen die Beklagte nicht zu. Die Beklagte hat dem Kläger als Verbraucher weder eine Gewinnzusage noch eine vergleichbare Mitteilung zugesandt und dabei durch die Gestaltung der Zusendung den Eindruck erweckt, er habe einen Preis gewonnen; § 661a BGB.

Die Kammer hat sich aufgrund des gesamten Inhalts der Verhandlungen nicht davon überzeugen können, dass der Kläger den Computer bei den maßgeblichen Geschehnissen selbst genutzt und damit die Werbeeinblendung wahrgenommen hat (§ 286 ZPO). Diese Behauptung des Klägers durfte die Beklagte zulässigerweise mit Nichtwissen bestreiten; § 138 Abs. 4 ZPO. Die Tatsache, wer den Computer bediente und dementsprechend von der Werbeeinblendung betroffen wurde, ist naturgemäß der unmittelbaren Wahrnehmung durch die Beklagte entzogen. Der Kläger hat zwar insbesondere mit seiner Behauptung, Kennwörter eingegeben zu haben, Umstände vorgetragen, welche die Benutzung des Computers durch ihn anzeigen. Allein auf Grund dieser Indizien ist die Kammer von der Richtigkeit seiner Behauptung, den Computer selbst benutzt und die streitbefangene Werbeeinblendung selbst wahrgenommen zu haben, aber nicht überzeugt (vgl. Zöller/Greger, wtrp ZPO, 26. Auflage, Vor § 284 Rdnr. 9 und § 286 Rdnr. 9a, jew. m. w. Nachw.). Der Vernehmung des von dem Kläger dazu benannten Zeugen Schubert bedurfte es ? ungeachtet der der Begründetheit seines Anspruchs entgegen stehenden nachfolgend aufgezeigten Umstände ? nicht. Das Beweismittel ist für den Beweis der Richtigkeit der behaupteten Tatsache völlig ungeeignet. Der Zeuge Schubert kann in seiner Eigenschaft als Abteilungsleiter des Internetanbieters aus eigener Anschauung heraus keine unmittelbare Auskunft darüber geben, wer den Computer des Klägers zur fraglichen Zeit letztlich bedient hat.

Selbst wenn der Kläger den Computer bei den maßgebenden Ereignissen benutzt und damit die von der Beklagten veranlasste Werbeeinblendung wahrgenommen hätte, stünde ihm der von ihm behauptete Anspruch nicht zu.

Bei der umstrittenen Werbeeinblendung handelt es sich weder um eine Gewinnzusage, noch um eine vergleichbare Mitteilung im Sinne des § 661a BGB. Beide beinhalten die Ankündigung der unentgeltlichen Leistung eines Preises (Gewinn) an den Mitteilungsempfänger, die den Eindruck erweckt, er werde einen ihm bereits zuerkannten Preis erhalten (BGH, NJW 2004, 1652 - *tup*; OLG Stuttgart, NJW-RR 2004, 1063; Palandt/Sprau, BGB, 67. Aufl., § 661a Rdnr. 2).

1. Dabei kommt es entgegen der Annahme der Beklagten weder auf das subjektive Verständnis des konkreten Empfängers, noch darauf an, ob der Empfänger aufgrund überdurchschnittlicher persönlicher oder fachlicher Kenntnisse in Betracht zieht, es handle sich lediglich um eine besonders aggressive Form der Werbung (vgl. BGH, a.a.O.; Palandt/Sprau, a.a.O., § 661 a Rdnr. 2). Nach dem gemäß § 133 BGB heranzuziehenden objektiven Inhalt der Erklärungen konnte der Kläger nicht davon ausgehen, einen der insgesamt drei in dem Werbebanner aufgeführten Gewinne (Fahrzeug, Bargeld, Multimedia-Set) bereits gewonnen zu haben.

Sofern der Kläger bei seiner Bewertung allein auf die zuerst erfolgte Einblendung („Sie sind unser 999.999 Besucher..“; vgl. Bl. 3 d.A.) abstellt, ist ihm zwar darin zuzustimmen, dass diese Mitteilung für sich genommen den Eindruck erweckte, einen der drei dort genannten Preise bereits gewonnen zu haben, auch wenn der Internet-Nutzer nach dem ausdrücklichen Textinhalt der Werbeeinblendung lediglich „freie Auswahl gewonnen“ hatte, nicht aber bereits einen der dort ausgewiesenen Preise. Der Kläger macht insofern zu Recht geltend, das Werbebanner der Beklagten sei was von ihr als solches im Ergebnis auch nicht in Abrede genommen wird durchaus darauf angelegt, zunächst missverstanden zu werden, um als „Aufreißer“ weiteres Interesse für ihr Gewinnspiel hervorzurufen.

Der von dem Kläger dargestellte Wertung der Mitteilung der Beklagten kann jedoch im Ergebnis deshalb nicht gefolgt werden, weil die zuvor erörterte erste Werbeeinblendung nicht isoliert von den Folgeseiten betrachtet werden darf, auf die der Nutzer bei „gewecktem Interesse“ weitergeleitet wurde. Das folgt bereits daraus, dass aus der ersten, ersichtlich auf das Hervorrufen weiteren Interesses des Nutzers gerichteten Werbeeinblendung überhaupt nicht zu ersehen war, wer Urheber der Einblendung und damit der etwaige einen Gewinn zusagende Verpflichtete war. Diese Informationen konnte sich der Nutzer erst anhand des Inhalts der Folgeseiten verschaffen, auf die er nach Anklicken des Weiterleitungsfelds www.freiea....de weitergeleitet wurde. Auf diesen Seiten war aber bereits durch die Überschrift „... freie Auswahl Auswählen teilnehmen und gewinnen!“ zu ersehen, dass der von dem Nutzer auszuwählende Preis noch nicht gewonnen worden sei, sondern nur für den Fall des tatsächlichen späteren Spielgewinns ausgewählt werde. Insofern unterscheidet sich die streitgegenständliche Mitteilung der Beklagten von einer solchen, bei welcher ein bereits als gewonnen dargestellter Gewinn lediglich noch von der Anforderung eines Gewinnschecks abhängig (vgl. dazu OLG Köln, MDR 2004, 499) oder bei welcher der ursprünglich gesetzte Anschein eines tatsächlich gewonnenen Gewinns nur durch die Kenntnisnahme bei flüchtiger Betrachtung nicht wahrzunehmender allgemeiner Geschäftsbedingungen zu ersehen ist (vgl. dazu OLG Koblenz, VersR 2003, 377; OLG Bremen, NJW-RR 2004, 347; OLG München, NJW 2004, 1871). Auch wenn die Überschrift „Auswählen, teilnehmen und gewinnen!“ im Vergleich zu der weiteren Überschrift „... freie Auswahl“ in blässerer Farbe gestaltet wurde, war gesamt betrachtet auch unter Berücksichtigung des Wortlauts der die Absendung des Formulars ermöglichenden Sendeleiste (5. Jetzt gewinnen!) zu ersehen, dass der Gewinn dem Nutzer nicht bereits zuerkannt war, sondern von ihm erst noch gewonnen werden musste. Auch wenn sich die Werbung der Beklagten nach ihrer Art und Gestattung als besonders „raffiniert“ oder auch „aggressiv“ darstellte, lag bei der objektiven Betrachtung der gesamten Mitteilung durch einen Durchschnittsverbraucher die Zusage eines ihm bereits zuerkannten Gewinns noch nicht vor.

Ungeachtet dessen ist die als „Pop-up-Fenster“ gestaltete Werbeeinblendung der Beklagten nicht im Sinne des § 661a BGB an den Kläger zugesandt worden. Der Begriff der Zusendung ist untrennbar mit der Verkörperung der Erklärung verbunden. Nur eine verkörperte Erklärung kann Gegenstand einer Zusendung sein (Staudinger/Bergmann, BGB, Neubearbeitung 2006, § 661a Rdnr. 45; Palandt/Sprau, a.a.O., § 661a Rdnr. 2). Art und Form der mit der Verkörperung verbundenen Perpetuierung sowie ihre Übermittlung sind demgegenüber gleichgültig. Die Gewinnzusage kann danach sowohl durch Brief, Telefax, SMS oder E-Mail übermittelt werden; demgegenüber reicht eine mündliche Erklärung während eines Telefonanrufs nicht aus (Staudinger/Bergmann, a.a.O., § 661a Rdnr. 45; Palandt/Sprau, § 661a Rdnr. 2; Schneider, BB 2002, 1653, 1654 - *tup*). Gemessen daran handelt es sich bei der Werbeeinblendung als „Pop-up-Fenster“ nicht um eine Zusendung.

1. Ihr fehlt zum einen bereits das Merkmal der Verkörperung. Sie führt namentlich nicht zu einer bereits von ihrem Urheber bestimmten Perpetuierung. Anders als die elektronischen Kommunikationsmittel der

SMS-Textnachricht und der E-Mail wird eine auf einer bestimmten Internetseite eingebundene („hinterlegte“) Werbeeinblendung als „Pop-up-Fenster“ nicht in der Weise auf dem Computer beziehungsweise Datenträger des Nutzers abgespeichert, dass sie von diesem jederzeit und nach Belieben wieder aufgerufen und reproduziert werden kann. Während eine SMS oder eine E-Mail einem bestimmten Eingangsfach zugeordnet und jederzeit wieder aufgerufen werden können, findet eine solche Zuordnung und Reproduktionsmöglichkeit bei einer Werbeeinblendung als „Pop-up-Fenster“ nicht statt. Diese Einblendung hat danach – worauf die Beklagte zutreffend hingewiesen hat – nur flüchtigen Charakter. Dessenwegen ist es dem Kläger auch nur gelungen, die Werbeeinblendung – zur Vorlage im Rechtsstreit – allein dadurch zu „verkörpern“, dass er die auf seinem Bildschirm ersichtliche Werbeeinblendung während eines erneuten Besuch der Internetseite durch einen so genannten „screenshot“ festgehalten und ausgedruckt hat. Schon die bereits von dem Kläger zutreffend gewählte Bezeichnung der vermeintlichen Gewinnmitteilung als „Werbeeinblendung“ untermauert die Flüchtigkeit der Mitteilung und belegt damit das Fehlen ihrer Verkörperung.

2. Zum anderen fehlt es der Werbeeinblendung „als Pop-up-Fenster“ auch an einem auf den Zugang bei einem bestimmten Empfänger gerichteten Sendevorgang (vgl. Staudinger/Bergmann, a.a.O., § 661a, Rdnr. 40; Palandt/Sprau, a.a.O., § 661a, Rdnr. 2). Ein „Pop-up-Fenster“ wird auf einer Internetseite (hier: www. .de“) hinterlegt beziehungsweise eingebunden. Es öffnet sich bei jedem Besuch dieser Seite. Mit ihr blendet sich die streitgegenständliche Werbung ein. Dieser Vorgang ist außerhalb des virtuellen Mediums des Internets anschaulich mit einem Vorgang zu vergleichen, bei dem ein Besucher eines Geschäftslokals einen bestimmten Raum betritt, in welchem er sich einer (körperlichen) Werbe- bzw. Mitteilungstafel des in Rede stehenden Inhalts gegenüberstellt. In diesem nicht-virtuellen Fall läge – ebenso wie bei einem im Fernsehen ausgestrahlten Werbespot – eine Zusendung an einen bestimmten Empfänger im Sinne des § 661a BGB ersichtlich nicht vor. Die Nutzung des virtuellen Mediums des Internets gebietet insofern keine andere rechtliche Bewertung.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 Satz 1 und 2 ZPO.

Streitwert: 25.000,00 €

(Unterschrift)