



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Entscheidung vom 24. November 2009

Aktenzeichen: I-20 U 137/09

In dem Rechtsstreit

des ...

Klägers

Prozessbevollmächtigte: ?

gegen

...

Beklagte

Prozessbevollmächtigte: ?

hat der 20. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom ... durch die Richter ..., ... und ... für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Antragstellerin wird das am 19. Juni 2009 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Kleve geändert und wie folgt neu gefasst:

1. Den Antragsgegnern wird untersagt,

a) im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs per E-Mail-Sendung gegenüber Dritten für Internetportale zu werben oder werben zu lassen, ohne dass die Einwilligung der Dritten vorliegt,

b) im Internet den Namen, die Rechtsform oder die vertretungsberechtigte Person innerhalb der Anbieterkennzeichnung (Impres-sum) nicht erkennbar und unmittelbar erreichbar zu halten, nämlich nur folgende Angaben dort zu machen:

?R.com ? ist ein Geschäftszweig von

w w w . N . de

H. Str. ?

? M.

Telefon: ?

FAX: ?

s. at r. com".

2. Den Antragsgegnern wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen dieses gerichtliche Verbot ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,- ? und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten angedroht, letztere für die Antragsgegnerin zu 1. zu vollziehen an deren gesetzlichem Vertreter, dem Antragsgegner zu 2.

3. Die Antragsgegner tragen die Kosten des Verfügungsverfahrens einschließlich der Kosten des Berufungsverfahrens.

Gründe

Die zulässige Berufung der Antragstellerin hat in der Sache Erfolg. Das Landgericht hat ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu Unrecht zurückgewiesen und einen Verfügungsanspruch verneint.

Der Antragstellerin steht hinsichtlich der beanstandeten E-Mail-Werbung der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1, § 3 Abs. 1, § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG zu. Ein Wettbewerbsverhältnis liegt zwischen den Parteien entgegen der Auffassung des Landgerichts vor. Die Antragstellerin betreibt nicht nur ein Hotel, sondern vermittelt auch Reisen. Sie betreibt die Reiseportale "t.de" und "tn.de", auf denen sich auch Reiseangebote befinden, wie mit der eidesstattlichen Versicherung des Geschäftsführers der Antragstellerin K. (Anlage K 3 = Bl. 19 GA) glaubhaft gemacht ist. Darüber hinaus vermittelt die Antragstellerin Reisen in bestimmte Ferienobjekte in G. Die Antragsgegnerin zu 1. betreibt unter der Internetadresse ...r.de ein Reiseportal, auf dem sich ebenfalls Reiseangebote befinden. Auf diese Weise befassen sich beide Parteien mit der Vermittlung von Reisen. Ein Wettbewerbsverhältnis zwischen ihnen kann vor diesem Hintergrund nicht verneint werden. Dass die Antragsgegnerin zu 1. über ihr Portal lediglich Reisen Dritter vermitteln mag, führt schon deshalb nicht zu einem abweichenden Ergebnis, weil auch die Antragstellerin entsprechende Reiseleistungen Dritter über ihre Reiseportale vermittelt. Im Übrigen wäre ein Wettbewerbsverhältnis auch dann zu bejahen, wenn die Antragstellerin keine Reisen Dritter vermitteln, sondern ausschließlich Reisen (in eigene Objekte) zur unmittelbaren Buchung bei ihr anbieten würde. Beide Parteien bemühten sich auch dann um denselben Kundenkreis und wären lediglich auf verschiedenen Vertriebsstufen tätig. Unerheblich für die Annahme eines Wettbewerbsverhältnisses ist, ob bei der Antragstellerin durch das Verhalten der Antragsgegner bereits ein Schaden etwa in Form von Umsatzeinbußen eingetreten ist.

In der Sache liegt in der Zusendung der Werbe-E-Mail vom 4.2.2009 (Anlage K 7 = Bl. 28 GA) ein Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG, weil dies ohne Zustimmung des Adressaten S. geschah, wie dieser eidesstattlich versichert hat. Die Antragsgegner behaupten eine ausdrückliche Einwilligung des Adressaten im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG selbst nicht. Sie folgt insbesondere auch nicht aus den im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht überreichten Unterlagen.

Für diesen Verstoß haftet auch der Antragsgegner zu 2. auf Unterlassung. Das folgt daraus, dass er als Geschäftsführer und gesetzlicher Vertreter der Antragsgegnerin zu 1. keine Maßnahmen veranlasst hat, um die unlautere E-Mail-Werbung zu verhindern (vgl. BGH GRUR 1986, 248 ? Sporthosen; auch BGH GRUR 2005, 1061 ? Telefonische Gewinnauskunft). So ist nicht ersichtlich, dass der Antragsgegner zu 2. bei Übernahme des Adressenbestandes oder spätestens bei Veranlassung der Werbeaktion irgendwelche

Maßnahmen getroffen hätte, um sicherzustellen, dass nur diejenigen Personen angeschrieben wurden, die eine ausdrückliche Einwilligungserklärung abgegeben hatten. Der Senat versteht den Vortrag der Antragsgegner dahin, dass erst als Reaktion auf die Beanstandung, die Anlass für das vorliegende Verfahren gab, eine Überprüfung der Kundendatei auf abgegebene Einwilligungserklärungen erfolgte. Dass die fragliche Werbeaktion völlig ohne Wissen des Antragsgegners zu 2. stattgefunden hätte, behauptet er selbst nicht. Auch wenn die Störerhaftung im Lauterkeitsrecht nach der Entscheidung "Jugendgefährdende Medien bei eBay" des Bundesgerichtshofs (BGHZ 173, 188 = GRUR 2007, 890) kaum noch In Betracht kommen dürfte, hat der Antragsgegner zu 2. mit diesem Verhalten jedenfalls eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht verletzt. Er hat nämlich ? soweit er die Werbeaktion nicht ohnehin selbst durchgeführt hat ? als Geschäftsführer den Betrieb zumindest nicht so organisiert, dass sichergestellt war, dass E-Mails lediglich an solche Personen versandt wurden, von denen eine ausdrückliche Einwilligung vorliegt. Das gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Antragsgegnerin zu 1. die fragliche Adressen-Datenbank nicht selbst aufgebaut, sondern später erworben hatte. Irgendwelche Maßnahmen zur Überprüfung der Einwilligungen, sei es auch nur stichprobenartig, sind nicht ansatzweise erkennbar. Der Antragsgegner zu 2. hat sich offenbar mit einer allgemein gehaltenen Zusicherung des Veräußerers begnügt. Das reicht nicht aus. Dabei hätten die Antragsgegner die gekauften Adressen nicht ohne weiteres einzeln telefonisch auf eine Einwilligung des Betreffenden überprüfen müssen, was die Antragsgegner im nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsatz vom 18.11.2009 als unmöglich bezeichnen. Denkbar wäre auch eine Überprüfung der gespeicherten Daten des jeweiligen Kunden. So haben die Antragsgegner selbst vorgetragen, die Adressdatei nach der Beanstandung hinsichtlich des Kunden S. "noch einmal dahingehend überprüft" zu haben, ob "bei allen Kunden die Einwilligung vorliege" (Schriftsatz vom 18.6.2009, Seite 2 = Bl. 127 GA). Offenbar war eine derartige Überprüfung also sehr wohl möglich. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Einwilligung des Kunden in die Zusendung von Werbe-E-Mails nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG "ausdrücklich" erfolgt sein muss, was regelmäßig auf irgendeine Weise dokumentiert bzw. anderweitig nachzuvollziehen zu sein dürfte.

Hinsichtlich der angegriffene Fassung des Impressums folgt der Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1, § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 5 Abs. 1 Nr. 1 TMG, weil dort Name, Anschrift, Rechtsform und vertretungsberechtigte Person nicht angegeben sind. Dass dies nachträglich in irgendeiner Weise geändert worden sein mag, wie von den Antragsgegnern vorgetragen, beseitigt den Anspruch und insbesondere die Wiederholungsgefahr nicht.

Die lauterkeitsrechtlichen Verstöße beeinträchtigen die Interessen der Antragstellerin entgegen der Auffassung der Antragsgegner "spürbar" im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG. Das gilt insbesondere auch für die Zusendung der unerbetenen E-Mail. Hier kann es für den zu entscheidenden Einzelfall keinen Unterschied machen, wie viele E-Mails die Antragsgegner insgesamt versandt hatten, ob die angegriffene E-Mail also nur eine von wenigen oder eine aus einer großen Vielzahl war, zumal die Umstände des Versands der angeblich insgesamt 360.000 E-Mails im einzelnen nicht bekannt sind. Die Dringlichkeit für den Erlass einer einstweiligen Verfügung wird gemäß § 12 Abs. 2 UWG vermutet. Diese Vermutung ist nicht durch die von den Antragsgegnern vertretene angeblich geringe Intensität der Rechtsverletzung widerlegt. Die von den Antragsgegnern angeführte Entscheidung des LG Karlsruhe (MMR 2002, 402) steht dem schon deshalb nicht entgegen, weil sie nicht zu einem wettbewerbsrechtlichen, nach UWG zu beurteilenden Fall ergangen ist. Die Geltendmachung der Ansprüche der Antragstellerin ist schließlich auch nicht missbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG. Die Antragsgegner beziehen sich lediglich auf Tätigkeiten des Geschäftsführers der Antragstellerin bzw. des Prozessbevollmächtigten in dem Verein "A.". Dies macht ein Vorgehen nach Lauterkeitsrecht nicht missbräuchlich und zwar auch dann nicht, wenn der betroffene Kunde S. sich an diesen Verein gewandt haben sollte, wie von den Antragsgegnern vorgetragen. Der Verein selbst ist nicht in der Lage, Wettbewerbsverstöße geltend zu machen. Es bleibt vor diesem Hintergrund der Antragstellerin unbenommen, wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche selbst geltend zu machen, soweit sie selbst betroffen ist, auch wenn sie hiervon über die Tätigkeit des Vereins erfahren hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Ein Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit unterbleibt, § 704 Abs. 1, § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 22.000,-- ? nach der Festsetzung des Landgerichts.

(Unterschriften)