



# KAMMERGERICHT

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:

10 U 54/02  
16 O 626/01 LG Berlin

Verkündet am:

20. Juni 2002  
Misek,  
Justizobersekretärin

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

des Kaufmanns C. G.  
D. Straße E.

- Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte H. D.  
und S. T.,  
F. B. -

g e g e n

den Journalisten A. Z.,  
A. B.,

- Verfahrensbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt L. K.,  
G. B. -

**Verfügungsbeklagten  
und Berufungsklägers,**

Verfügungskläger  
und Berufungsbeklagten,

hat der 10. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juni 2002 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters am Kammergericht Neuhaus, des Richters am Kammergericht Sieveking und der Richterin am Kammergericht Dr. Stresemann für **R e c h t** erkannt:

- I. Die Berufung des Verfügungsbeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 10. Januar 2002 - 16 O 626/02 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.
- II. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

#### Tatbestand

Der Verfügungskläger (nachfolgend: Kläger) macht gegen den Verfügungsbeklagten (nachfolgend: Beklagter), der im Internet Mobiltelefone nebst Zubehör vertreibt, einen Unterlassungsanspruch wegen unerbetener E-Mail-Werbung geltend.

Die Internet-Seiten des Beklagten sind unter „www.handynow.de“, abrufbar. Auf eine der Seiten wurde auf ein E-Mail-Newsletter hingewiesen; nach dem Anklicken der dazugehörigen Schaltfläche ging ein Fenster auf, in das unter dem Hinweis „Newsletter Abonnement - Anmelden - Ja, ich möchte 1-2 mal pro Monat über Produktinformationen, aktuelle Angebote und Neuigkeiten per eMail informiert werden, Name und E-Mail-Anschrift des Interessenten eingetragen werden konnten. Nachfolgend versandte das Computerprogramm selbsttätig eine E-Mail an die angegebene Adresse mit der Aufforderung, die Newsletter-Anmeldung durch Anklicken eines Links zu bestätigen.

An die – auch privat genutzte - E-Mail-Anschrift des Klägers gelangte im Oktober 2001 eine solche Nachricht des Beklagten mit der Aufforderung, seine (des Klägers) Newsletter-Anmeldung zu bestätigen.

Der Kläger, der behauptet, auf den Internetseiten des Beklagten keinen „Newsletter,“ bestellt und hiermit auch keinen Dritten beauftragt zu haben, hat im November 2001 eine einstweilige Verfügung erwirkt, mit der dem Beklagten bei Vermeidung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt worden ist, im Wege der E-Mail-Werbung an den Kläger unter der Adresse [REDACTED] heranzutreten, es sei denn, der Kläger habe der jeweiligen Sendung zuvor zugestimmt oder das Einverständnis könne vermutet werden.

Auf den Widerspruch des Beklagten hat das Landgericht die einstweilige Verfügung mit Urteil vom 10. Januar 2002 bestätigt und zur Begründung ausgeführt: Die Versendung von Werbe-E-Mails greife in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Empfängers ein, weil dieser die Mail nur unter Verursachung von eigenen Kosten lesen und überhaupt als Werbung erkennen könne. Gerechtfertigt sei der Eingriff nur dann, wenn der Empfänger der Werbung zugestimmt habe oder das Einverständnis vermutet werden könne. Das habe der Beklagte jedoch nicht glaubhaft gemacht. Aus seiner eidesstattliche Versicherung, keine fremden E-Mail-Adressen in das von ihm verwendete Computerprogramm eingegeben zu haben, folge nicht, daß der Kläger um die Zusendung des Newsletter gebeten habe. Wegen des weiteren Inhalts des Urteils wird auf den Tatbestand und die Gründe der angefochtenen Entscheidung verwiesen.

Mit seiner rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung macht der Beklagte geltend: Das angegriffene Urteil verletze geltendes Recht. Das Landgericht habe verkannt, daß Störungen einen Mindestgrad individueller Beeinträchtigung aufweisen müßten, um rechtlich relevant zu sein. Dieser Grad sei vorliegend nicht erreicht. Es entspreche der normalen Verhaltensweise eines Benutzers im Internet,

jedes Mal, wenn er sein virtuelles Postfach öffne, erst einmal allen Müll zu leeren, d.h. erkennbar unerwünschte Mails oder solche von unbekanntem Absendern nicht zu öffnen, sondern anzuklicken und zu löschen. Hierdurch würden keinerlei Ressourcen verbraucht; der Zeitaufwand betrage kaum eine Sekunde. Die Postfächer verstopften heute auch nicht mehr, da der individuelle Speicherplatz pro Nutzer erheblich ausgeweitet worden sei.

Unzutreffend sei die Charakterisierung der beanstandeten Mail als Werbung. Mit der Mail sei kein Produkt angepriesen worden. Er, der Beklagte, sei lediglich seiner Pflicht gemäß § 312 e Abs. 1 Nr. 3 BGB nachgekommen, wonach ein Unternehmer dem Kunden dessen Bestellung unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen habe.

Ferner sei die Beweislastverteilung des Landgerichts unbillig. Auch wenn er erfassen würde, von welchen Computern aus auf seinen Internetseiten Bestellungen erfolgten, könnte dieses System in verschiedenster Weise unterlaufen werden. Folglich werde von ihm eine Glaubhaftmachung verlangt, die er niemals erbringen könne.

Jedenfalls aber sei die Belästigung des Klägers nicht so gravierend, als daß die Zubilligung von Eilrechtsschutz erforderlich sei.

Der Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und die einstweilige Verfügung vom 22. November 2001 - 16 O 626/01 - aufzuheben.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

### Entscheidungsgründe

A. Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Landgericht hat die beantragte einstweilige Verfügung zu Recht erlassen und im angefochtenen Urteil bestätigt.

I. 1. Dem Kläger steht aus seinem allgemeine Persönlichkeitsrecht ein Anspruch gegen den Beklagten zu, die Zusendung unverlangter E-Mail-Werbung zu unterlassen (§§ 823 Abs. 1, 1004 BGB). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfaßt die aus dem Selbstbestimmungsrecht folgende Befugnis des Einzelnen, selbst zu entscheiden, ob und inwieweit er auf seiner elektronisch Mailbox Werbung empfangen will. Wegen des zeitlichen und finanziellen Aufwands, der mit dem Abrufen und Löschen von E-Mail-Werbung verbunden ist, kann der Absender nicht annehmen, der Empfänger billige die Werbesendung oder stehe ihr zumindest indifferent gegenüber. Anders als bei gewöhnlicher Briefkastenwerbung muß er daher auch ohne ausdrücklichen Sperrvermerk davon ausgehen, daß die Zusendung von Werbung grundsätzlich unerwünscht ist. Mißachtet er dies, liegt eine rechtswidrige Beeinträchtigung der Individualsphäre des Empfängers vor, die einen Unterlassungsanspruch aus den §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB begründet (im Ergebnis ebenso: LG Augsburg NJW-CoR 1999, 52; LG Berlin MMR 2000, 571; LG Hamburg MMR 1999, 248; LG Karlsruhe MMR 2002, 402; AG Brakel NJW 1998, 3209; AG Charlottenburg MMR 2000, 775; AG Essen-Borbeck MMR 2001, 261; Staudinger-Hager, BGB, 13. Bearb. 1999, Rdn. C 237 zu § 823 BGB; Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337 <1343>; Hoeren/Oberscheidt VuR 1999, 371 <381>; Schmittmann K & R 2002, 135 <138>; im Grundsatz wohl auch LG Kiel NJW-RR 2001,

412 <413 f.>; a.A. LG Braunschweig NJW-RR 2000, 924; AG Kiel NJW-CoR 2000, 49; Vehslage GRUR 1999, 656 <659>).

Das aus den Artikeln 1 und 2 des Grundgesetzes abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt den Einzelnen in seiner Privat- und Individualsphäre. Die Rechtsprechung hat hieraus das Recht des Einzelnen abgeleitet, sich gegen eine Beeinträchtigung dieser Sphäre durch Aufdrängen unerwünschten Werbematerials zur Wehr zu setzen (BGH NJW 1989, 902 <903>; vgl. auch Staudinger-Habermann/Weick, BGB, 13. Bearb. 1995, Vorbem zu § 1 BGB). Dabei kann es im Ergebnis keinen Unterschied machen, ob die Werbung über den realen Briefkasten in den räumlich-gegenständlichen Eigenbereich des Empfängers eindringt (in welchem Fall Unterlassungsansprüche aus Besitz und Eigentum bestehen, vgl. BGH a.a.O.) oder über ein virtuelles Postfach in dessen Individualsphäre gelangt. Zwar sind in einem Fall Eigentum und Besitz, im anderen Fall hingegen „nur„ relative Werte wie Vermögen und Zeitaufwand berührt. In Wahrheit geht es aber auch dem Inhaber eines Briefkastens weniger um den Schutz des Eigentums als um die Beachtung seines Willens, den Briefkasten nicht durch den Einwurf von Werbematerial mißbraucht zu sehen (ähnlich Weise GRUR 1989, 653 <656>). Dieses Selbstbestimmungsrecht besteht unabhängig von der Beschaffenheit des Briefkastens als reale oder virtuelle Einrichtung. Maßgeblich ist vielmehr, daß die Einrichtung der geschützten Sphäre des Empfängers zuzuordnen ist, in der sein Wille den Interessen der (Werbe-) Wirtschaft vorgeht. Das ist bei einer E-Mailbox ebenso anzunehmen wie bei einem realen Briefkasten.

Bei der gewöhnlichen Briefkastenwerbung kann das werbende Unternehmen allerdings zunächst davon ausgehen, daß der Empfänger diese Art von Werbung billigt oder jedenfalls - weil sie ohne besondere Mühe und Kosten aus der Post auszusondern ist - hinnimmt. Erst wenn dem Werbenden eine entgegenstehende Willensäußerung des Empfängers bekannt wird - etwa in Form eines Aufklebers am Briefkasten („Keine Werbung„) - muß er den Einwurf unterlassen.

Bei E-Mail-Werbung hingegen kann der Werbende eine mindestens indifferente Haltung des Empfängers nicht unterstellen, denn die unverlangte elektronische Post belästigt diesen in weitaus stärkerem Maße. Das Leeren des elektronischen Briefkastens verursacht Kosten, die sich aus den Telefonkosten, den Nutzungsgebühren des Netzbetreibers und den Stromkosten des Computers zusammensetzen. Auch wenn diese pro Mail sehr gering sind (siehe allerdings die Darstellung von Schmittmann, K&R 2002, 135 ff., wonach sich selbst die Kosten einer Mail im Einzelfall auf 6 Cent belaufen können), hat der Werbende keinen Anlaß anzunehmen, daß der Adressat bereit ist, sie zu tragen. Zudem sind aus Sicht des Empfängers nicht die Gebühren für den Abruf einer einzelnen Mail maßgeblich, sondern die Kosten, die bei ihm eingehende unerbetene Werbemails insgesamt verursachen und mit zunehmender Verbreitung dieser Werbemethode künftig verursachen werden. Da Werbung per E-Mail massenhaft und wesentlich billiger als mittels Brief oder Telefax versandt werden kann, trägt diese Werbeart in besonderem Maße den „Keim zu einem immer weiteren Umsichgreifen,“. Dieser, vom Bundesgerichtshof im Rahmen von § 1 UWG berücksichtigte Umstand (NJW 1988, 1670 <1671>), fließt auch bei der Beurteilung ein, ob sich die mit der E-Mail-Werbung verbundene Belästigung nicht interessierter Empfänger noch in einem Rahmen bewegt, der den Schluß auf ihr Einverständnis mit dieser Werbemethode rechtfertigt.

Des weiteren steht der nicht unerhebliche zeitliche Aufwand für das Aussortieren der Werbe-E-Mails aus den übrigen Sendungen der Annahme entgegen, der Empfänger habe gegen die Übersendung von E-Mail-Werbung nichts einzuwenden. Zwar können Mitteilungen in einem Bruchteil einer Sekunde ungeöffnet gelöscht werden. Jedoch muß der Empfänger die Eingänge überprüfen, also Werbemitteilungen von „echten,“ E-Mails trennen. Das nimmt Zeit in Anspruch - zumal sich aus der Betreffzeile in der Regel nicht ersehen läßt, daß es sich um Werbung handelt - und muß wegen der Gefahr von Viren und der Möglichkeit, versehentlich erwünschte Post zu löschen, auch sorgfältig erfolgen. Wenn täglich 50 unverlangte

Werbesendungen aussortiert werden müssen, steht der Belästigungseffekt außer Frage.

Der Werbende kann auch nicht annehmen, daß der Empfänger die Belästigungen, um der Information zum Leistungsangebot seines Unternehmens willen hinnimmt. Wer einen elektronischen Briefkasten unterhält, ist in der Lage, sich im Internet mithilfe von Suchbegriffen gezielt Angebote des werbenden Unternehmens herauszusuchen, wenn solche gewünscht sind. Das schließt zwar nicht aus, daß auch eine unerbetene Werbung im Einzelfall für den Empfänger von Interesse ist, läßt jedoch das Gewicht des Informationsinteresse gegenüber den Beeinträchtigungen, die von unerbetener E-Mail-Werbung ausgehen, deutlich zurücktreten.

Eine andere Beurteilung wäre zwar denkbar, wenn der Inhaber einer E-Mail Adresse mühelos anzeigen könnte, daß er kein derartiges Werbematerial in seinem virtuellen Briefkasten wünscht. Bislang gibt es aber keine Möglichkeit, die mit dem Aufkleber „Keine Werbung,“ auf einem gewöhnlichen Briefkasten vergleichbar wäre. Auf Filterprogramme muß sich ein Nutzer schon wegen der Kosten nicht verweisen lassen; zudem sind entweder nicht geeignet, eine dem Aufkleber entsprechende Wirkung zu erzielen oder schränken die Funktionalität der Mailbox unzumutbar ein (vgl. dazu näher Fikentscher/Möller, NJW 1998, 1337 <1342 f. >). Sog. „opt-out,- Register, in die sich alle Nutzer, die die Zusendung von Werbung nicht wünschen, kostenlos eintragen können und die vom Werbenden beachtet werden müssen, sind bislang nicht eingerichtet worden.

Das Ergebnis verstößt nicht gegen Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz. Die Richtlinie enthält nur Mindestregelungen, hindert die Mitgliedstaaten also grundsätzlich nicht an einem weitergehenden Schutz der Verbraucher (BGH NJW 2000, 2677 <2678>; vgl. auch die Be-

gründung zum Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts, BT-Drucks 14/2658, S. 24).

2. Nach diesen Grundsätzen beeinträchtigte die Übersendung der E-Mail aus dem System des Beklagten eine absolut geschützte Rechtsposition des Klägers.

a) Bei der E-Mail handelte es sich um Werbung. Daß darin keine Produkte angepriesen wurden, ist unmaßgeblich, denn das Verbot unerbetener Werbung bezieht sich nicht nur auf produktbezogene, sondern auch auf unternehmensbezogene Werbung (so zutreffend Weidert, Anm. zu LG Kiel v. 20. Juni 2000 - 8 S 263/99 - , EWiR 2001, 135 <136>), also auf Maßnahmen, die dazu beitragen, ein Unternehmen beim Verbraucher bekannt zu machen. Hierzu war die beanstandete Mail, aus der sich Name und Geschäftsbereich des Betriebs („HandyNow,“), Telefon-, Telefaxnummern für Service und Bestellungen sowie die Internetadressen ergaben, geeignet.

Der Werbecharakter der Mail entfällt nicht dadurch, daß der Beklagte meinte, eine Bestätigung im Sinne des § 312 e Abs. 1 Nr. 3 BGB zu versenden. Abgesehen davon, daß auch eine solche Bestätigung im Einzelfall als unerbetene E-Mail zu qualifizieren sein kann, ist die Vorschrift nicht einschlägig. Sie regelt die Bestellung von Waren und Dienstleistungen, also Willenserklärungen, die zum Abschluß eines Vertrages führen. Demgegenüber handelt es sich bei der „Bestellung,“ des vom Beklagten angebotenen Newsletters lediglich um die unverbindliche Bitte, regelmäßig vom Angebot des Unternehmens informiert zu werden.

b) Der Beklagte hat nicht glaubhaft gemacht, daß der Kläger mit der Übersendung der E-Mail einverstanden war. Die vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen, wonach der Beklagte und seine Mitarbeiter zu keiner Zeit E-Mail-Adressen gekauft oder sonstwie erworben und in das Computerprogramm von „HandyNow,“ eingele-

sen haben, reichen hierzu nicht aus. Es bleibt die - nicht fernliegende - Möglichkeit, daß Name und E-Mail-Anschrift des Klägers ohne dessen Einwilligung von einem „Besucher„ der Internetseiten des Beklagten eingegeben wurden.

Entgegen der Ansicht des Beklagten ist es nicht unbillig, ihm die Beweis- bzw. Glaubhaftmachungslast hinsichtlich des Einverständnisses des Klägers aufzuerlegen. Wie eingangs dargelegt, muß er davon ausgehen, daß Inhaber virtueller Postfächer die Zusendung unerbetener E-Mails aus seinem Unternehmen nicht wünschen. Er muß deshalb dafür Sorge tragen, nur mit Verbrauchern in Kontakt zu treten, die hiermit einverstanden sind. Sein bisheriges System, bei dem Interessenten ihren Namen und ihre E-Mail-Anschrift auf seinen Internetseiten hinterlassen konnten, eignet sich wegen der naheliegenden Mißbrauchsgefahr dazu nicht. Da es jedermann möglich ist, beliebige Adressen einzutippen, kann der Beklagte nicht darauf vertrauen, daß die E-Mail-Adressen, an die der Newsletter geschickt werden soll, tatsächlich von ihrem Inhaber oder einem sonstigen Berechtigten in das System eingegeben worden ist. Zu bedenken ist auch, daß dem Mißbrauch seitens werbender Unternehmen Tür und Tor geöffnet wäre, wenn das vom Beklagten verwendete System genügte, um ein Einverständnis des Empfängers darzulegen. Auch das Unternehmen, welches E-Mail-Adressen gekauft und in sein System eingespeist hätte, könnte dann behaupten, die Adressen seien von Besuchern ihrer Internetseiten angegeben worden.

c) Die für einen Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr wird aufgrund der einmal erfolgten rechtswidrigen Beeinträchtigung und der Weigerung des Beklagten, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung zu unterschreiben, vermutet. Zudem räumt der Beklagte ein, daß das von ihm verwendete Computersystem selbsttätig Mails an die Adressen verschickt, die auf seiner Internetseite bei der Anmeldung für ein Newsletter-Abonnement hinterlassen werden. Da es auch künftig jedermann möglich wäre, die Adresse des Klägers einzugeben, wenn der

Beklagte sein bisheriges System beibehält, liegt die Wiederholungsgefahr auf der Hand.

d) Die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs stellt trotz der verhältnismäßig geringfügigen Belästigung, die von der Mail des Beklagten ausgegangen ist, keinen Rechtsmißbrauch des Klägers dar. Denn er kann einer Ausuferung der nicht unerheblichen Belästigungen, die von Werbemails in ihrer Gesamtheit ausgehen, nur wirksam begegnen, wenn er gegen jeden Absender einer unerwünschten Mail vorgeht. Aus diesem Grund rechtfertigt bereits eine vereinzelt unerwünschte Sendung den Abwehranspruch (ebenso BGH NJW 1989, 902 <903> und OLG Köln WRP 1992, 258 <259> für die Briefkastenwerbung).

Die Rechtsverfolgung des Klägers ist auch unter den anderen vom Beklagten genannten Gesichtspunkten nicht rechtsmißbräuchlich. Weder ist es zu mißbilligen, daß sich der Kläger von seinem Lebensgefährten vertreten läßt und auch weitere Versender unerbetener E-Mails auf Unterlassung in Anspruch nimmt, noch führt die „Nonsens-Mail,, die der Beklagte Ende November 2001 vom Kläger erhalten hat, zu einer Verwirkung des Unterlassungsanspruchs. Dabei kann dahinstehen, ob die Mail auf einen technischen Fehler bzw. einen Virus zurückgeht. Selbst wenn der Kläger die Mail bewußt an den Beklagten geschickt hätte, wäre er nicht gehindert, das vorliegende Verfahren weiter zu betreiben. Die „Nonsens-Mail,, berechtigt den Beklagten allenfalls, seinerseits Unterlassung zu verlangen.

II. Der Kläger kann seinen Unterlassungsanspruch im einstweiligen Verfügungsverfahren durchsetzen. Ein Verfügungsgrund im Sinne der §§ 935, 940 ZPO ist gegeben, weil andernfalls ein effektiver Rechtsschutz nicht gewährleistet, die Verwirklichung des Individualanspruch mithin gefährdet wäre. Der Kläger muß mit weiteren Rechtsverletzungen durch den Beklagten rechnen. Diese sind geeignet, zu unzumutbaren Belästigungen zu führen und können deshalb im Eilverfahren abgewehrt werden.

Die von dem Beklagten ausgehende Gefahr künftiger Belästigungen ist nicht so gering, als daß ihre Abwehr im Eilrechtsschutz unverhältnismäßig wäre. Dabei kommt es entgegen der Auffassung des LG Karlsruhe (MMR 2002, 402) nicht darauf an, ob die Belästigung, die von der Zusendung einer einzelnen Nachricht ausgeht, so gering ist, daß sie isoliert gesehen keine Inanspruchnahme von Eilrechtsschutz rechtfertigt. Die drohende Beeinträchtigung der Rechtsposition des Klägers, die er nicht bis zum Abschluß eines Hauptsacheverfahrens hinzunehmen braucht, liegt angesichts der Ausweitung von Werbe-E-Mails in der Gefahr, täglich eine Unzahl solcher Mitteilungen zu erhalten. Jeder Werbende, der eine unerbetene Mail an den Kläger geschickt hat, trägt zu dieser Gefahr bei. Bei Berücksichtigung der Belästigungen, die für den Kläger entstehen können, wenn ihm jedermann unaufgefordert E-Mail-Werbung zusenden dürfte, kann sich der einzelne Absender nicht darauf berufen, von ihm sei nur eine unwesentliche Beeinträchtigung ausgegangen bzw. künftig zu erwarten. Er ist für die drohende unzumutbare Belästigung des Klägers durch massenhafte Werbe-E-Mail mitverantwortlich und kann deshalb - Wiederholungsgefahr vorausgesetzt - auch nach Zusendung nur einer E-Mail per einstweiliger Verfügung auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

Berücksichtigung findet der Grad der Belästigung, der von dem einzelnen Werbenden ausgeht, allerdings bei der Festsetzung des Streitwerts; er ist außerhalb des Wettbewerbsrechts im einstweiligen Verfügungsverfahren im Regelfall, und so auch hier, mit 1.000.- EUR zu bemessen.

B. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Das Urteil ist ohne weiteres vollstreckbar, da eine Revision nicht stattfindet (542 Abs. 2 Satz 1 n.F. ZPO).

Neuhaus

Richter am Kammergericht  
Sieveking befindet sich in Urlaub  
und kann deshalb nicht unter-  
schreiben.  
Neuhaus

Stresemann



# KAMMERGERICHT

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:

10 U 54/02  
16 O 626/01 LG Berlin

Verkündet am:

20. Juni 2002  
Misek,  
Justizobersekretärin

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

des Kaufmanns C. G.  
D. Straße E.

- Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte H. D.  
und S. T.,  
F. B. -

g e g e n

den Journalisten A. Z.,  
A. B.,

- Verfahrensbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt L. K.,  
G. B. -

**Verfügungsbeklagten  
und Berufungsklägers,**

Verfügungskläger  
und Berufungsbeklagten,

hat der 10. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juni 2002 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters am Kammergericht Neuhaus, des Richters am Kammergericht Sieveking und der Richterin am Kammergericht Dr. Stresemann für **R e c h t** erkannt:

- I. Die Berufung des Verfügungsbeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 10. Januar 2002 - 16 O 626/02 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.
- II. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

#### Tatbestand

Der Verfügungskläger (nachfolgend: Kläger) macht gegen den Verfügungsbeklagten (nachfolgend: Beklagter), der im Internet Mobiltelefone nebst Zubehör vertreibt, einen Unterlassungsanspruch wegen unerbetener E-Mail-Werbung geltend.

Die Internet-Seiten des Beklagten sind unter „www.handynow.de“, abrufbar. Auf eine der Seiten wurde auf ein E-Mail-Newsletter hingewiesen; nach dem Anklicken der dazugehörigen Schaltfläche ging ein Fenster auf, in das unter dem Hinweis „Newsletter Abonnement - Anmelden - Ja, ich möchte 1-2 mal pro Monat über Produktinformationen, aktuelle Angebote und Neuigkeiten per eMail informiert werden, Name und E-Mail-Anschrift des Interessenten eingetragen werden konnten. Nachfolgend versandte das Computerprogramm selbsttätig eine E-Mail an die angegebene Adresse mit der Aufforderung, die Newsletter-Anmeldung durch Anklicken eines Links zu bestätigen.

An die – auch privat genutzte - E-Mail-Anschrift des Klägers gelangte im Oktober 2001 eine solche Nachricht des Beklagten mit der Aufforderung, seine (des Klägers) Newsletter-Anmeldung zu bestätigen.

Der Kläger, der behauptet, auf den Internetseiten des Beklagten keinen „Newsletter,“ bestellt und hiermit auch keinen Dritten beauftragt zu haben, hat im November 2001 eine einstweilige Verfügung erwirkt, mit der dem Beklagten bei Vermeidung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt worden ist, im Wege der E-Mail-Werbung an den Kläger unter der Adresse [REDACTED] heranzutreten, es sei denn, der Kläger habe der jeweiligen Sendung zuvor zugestimmt oder das Einverständnis könne vermutet werden.

Auf den Widerspruch des Beklagten hat das Landgericht die einstweilige Verfügung mit Urteil vom 10. Januar 2002 bestätigt und zur Begründung ausgeführt: Die Versendung von Werbe-E-Mails greife in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Empfängers ein, weil dieser die Mail nur unter Verursachung von eigenen Kosten lesen und überhaupt als Werbung erkennen könne. Gerechtfertigt sei der Eingriff nur dann, wenn der Empfänger der Werbung zugestimmt habe oder das Einverständnis vermutet werden könne. Das habe der Beklagte jedoch nicht glaubhaft gemacht. Aus seiner eidesstattliche Versicherung, keine fremden E-Mail-Adressen in das von ihm verwendete Computerprogramm eingegeben zu haben, folge nicht, daß der Kläger um die Zusendung des Newsletter gebeten habe. Wegen des weiteren Inhalts des Urteils wird auf den Tatbestand und die Gründe der angefochtenen Entscheidung verwiesen.

Mit seiner rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung macht der Beklagte geltend: Das angegriffene Urteil verletze geltendes Recht. Das Landgericht habe verkannt, daß Störungen einen Mindestgrad individueller Beeinträchtigung aufweisen müßten, um rechtlich relevant zu sein. Dieser Grad sei vorliegend nicht erreicht. Es entspreche der normalen Verhaltensweise eines Benutzers im Internet,

jedes Mal, wenn er sein virtuelles Postfach öffne, erst einmal allen Müll zu leeren, d.h. erkennbar unerwünschte Mails oder solche von unbekanntem Absendern nicht zu öffnen, sondern anzuklicken und zu löschen. Hierdurch würden keinerlei Ressourcen verbraucht; der Zeitaufwand betrage kaum eine Sekunde. Die Postfächer verstopften heute auch nicht mehr, da der individuelle Speicherplatz pro Nutzer erheblich ausgeweitet worden sei.

Unzutreffend sei die Charakterisierung der beanstandeten Mail als Werbung. Mit der Mail sei kein Produkt angepriesen worden. Er, der Beklagte, sei lediglich seiner Pflicht gemäß § 312 e Abs. 1 Nr. 3 BGB nachgekommen, wonach ein Unternehmer dem Kunden dessen Bestellung unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen habe.

Ferner sei die Beweislastverteilung des Landgerichts unbillig. Auch wenn er erfassen würde, von welchen Computern aus auf seinen Internetseiten Bestellungen erfolgten, könnte dieses System in verschiedenster Weise unterlaufen werden. Folglich werde von ihm eine Glaubhaftmachung verlangt, die er niemals erbringen könne.

Jedenfalls aber sei die Belästigung des Klägers nicht so gravierend, als daß die Zubilligung von Eilrechtsschutz erforderlich sei.

Der Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und die einstweilige Verfügung vom 22. November 2001 - 16 O 626/01 - aufzuheben.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

### Entscheidungsgründe

A. Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Landgericht hat die beantragte einstweilige Verfügung zu Recht erlassen und im angefochtenen Urteil bestätigt.

I. 1. Dem Kläger steht aus seinem allgemeine Persönlichkeitsrecht ein Anspruch gegen den Beklagten zu, die Zusendung unverlangter E-Mail-Werbung zu unterlassen (§§ 823 Abs. 1, 1004 BGB). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfaßt die aus dem Selbstbestimmungsrecht folgende Befugnis des Einzelnen, selbst zu entscheiden, ob und inwieweit er auf seiner elektronisch Mailbox Werbung empfangen will. Wegen des zeitlichen und finanziellen Aufwands, der mit dem Abrufen und Löschen von E-Mail-Werbung verbunden ist, kann der Absender nicht annehmen, der Empfänger billige die Werbesendung oder stehe ihr zumindest indifferent gegenüber. Anders als bei gewöhnlicher Briefkastenwerbung muß er daher auch ohne ausdrücklichen Sperrvermerk davon ausgehen, daß die Zusendung von Werbung grundsätzlich unerwünscht ist. Mißachtet er dies, liegt eine rechtswidrige Beeinträchtigung der Individualsphäre des Empfängers vor, die einen Unterlassungsanspruch aus den §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB begründet (im Ergebnis ebenso: LG Augsburg NJW-CoR 1999, 52; LG Berlin MMR 2000, 571; LG Hamburg MMR 1999, 248; LG Karlsruhe MMR 2002, 402; AG Brakel NJW 1998, 3209; AG Charlottenburg MMR 2000, 775; AG Essen-Borbeck MMR 2001, 261; Staudinger-Hager, BGB, 13. Bearb. 1999, Rdn. C 237 zu § 823 BGB; Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337 <1343>; Hoeren/Oberscheidt VuR 1999, 371 <381>; Schmittmann K & R 2002, 135 <138>; im Grundsatz wohl auch LG Kiel NJW-RR 2001,

412 <413 f.>; a.A. LG Braunschweig NJW-RR 2000, 924; AG Kiel NJW-CoR 2000, 49; Vehslage GRUR 1999, 656 <659>).

Das aus den Artikeln 1 und 2 des Grundgesetzes abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt den Einzelnen in seiner Privat- und Individualsphäre. Die Rechtsprechung hat hieraus das Recht des Einzelnen abgeleitet, sich gegen eine Beeinträchtigung dieser Sphäre durch Aufdrängen unerwünschten Werbematerials zur Wehr zu setzen (BGH NJW 1989, 902 <903>; vgl. auch Staudinger-Habermann/Weick, BGB, 13. Bearb. 1995, Vorbem zu § 1 BGB). Dabei kann es im Ergebnis keinen Unterschied machen, ob die Werbung über den realen Briefkasten in den räumlich-gegenständlichen Eigenbereich des Empfängers eindringt (in welchem Fall Unterlassungsansprüche aus Besitz und Eigentum bestehen, vgl. BGH a.a.O.) oder über ein virtuelles Postfach in dessen Individualsphäre gelangt. Zwar sind in einem Fall Eigentum und Besitz, im anderen Fall hingegen „nur„ relative Werte wie Vermögen und Zeitaufwand berührt. In Wahrheit geht es aber auch dem Inhaber eines Briefkastens weniger um den Schutz des Eigentums als um die Beachtung seines Willens, den Briefkasten nicht durch den Einwurf von Werbematerial mißbraucht zu sehen (ähnlich Weise GRUR 1989, 653 <656>). Dieses Selbstbestimmungsrecht besteht unabhängig von der Beschaffenheit des Briefkastens als reale oder virtuelle Einrichtung. Maßgeblich ist vielmehr, daß die Einrichtung der geschützten Sphäre des Empfängers zuzuordnen ist, in der sein Wille den Interessen der (Werbe-) Wirtschaft vorgeht. Das ist bei einer E-Mailbox ebenso anzunehmen wie bei einem realen Briefkasten.

Bei der gewöhnlichen Briefkastenwerbung kann das werbende Unternehmen allerdings zunächst davon ausgehen, daß der Empfänger diese Art von Werbung billigt oder jedenfalls - weil sie ohne besondere Mühe und Kosten aus der Post auszusondern ist - hinnimmt. Erst wenn dem Werbenden eine entgegenstehende Willensäußerung des Empfängers bekannt wird - etwa in Form eines Aufklebers am Briefkasten („Keine Werbung„) - muß er den Einwurf unterlassen.

Bei E-Mail-Werbung hingegen kann der Werbende eine mindestens indifferente Haltung des Empfängers nicht unterstellen, denn die unverlangte elektronische Post belästigt diesen in weitaus stärkerem Maße. Das Leeren des elektronischen Briefkastens verursacht Kosten, die sich aus den Telefonkosten, den Nutzungsgebühren des Netzbetreibers und den Stromkosten des Computers zusammensetzen. Auch wenn diese pro Mail sehr gering sind (siehe allerdings die Darstellung von Schmittmann, K&R 2002, 135 ff., wonach sich selbst die Kosten einer Mail im Einzelfall auf 6 Cent belaufen können), hat der Werbende keinen Anlaß anzunehmen, daß der Adressat bereit ist, sie zu tragen. Zudem sind aus Sicht des Empfängers nicht die Gebühren für den Abruf einer einzelnen Mail maßgeblich, sondern die Kosten, die bei ihm eingehende unerbetene Werbemails insgesamt verursachen und mit zunehmender Verbreitung dieser Werbemethode künftig verursachen werden. Da Werbung per E-Mail massenhaft und wesentlich billiger als mittels Brief oder Telefax versandt werden kann, trägt diese Werbeart in besonderem Maße den „Keim zu einem immer weiteren Umsichgreifen,“. Dieser, vom Bundesgerichtshof im Rahmen von § 1 UWG berücksichtigte Umstand (NJW 1988, 1670 <1671>), fließt auch bei der Beurteilung ein, ob sich die mit der E-Mail-Werbung verbundene Belästigung nicht interessierter Empfänger noch in einem Rahmen bewegt, der den Schluß auf ihr Einverständnis mit dieser Werbemethode rechtfertigt.

Des weiteren steht der nicht unerhebliche zeitliche Aufwand für das Aussortieren der Werbe-E-Mails aus den übrigen Sendungen der Annahme entgegen, der Empfänger habe gegen die Übersendung von E-Mail-Werbung nichts einzuwenden. Zwar können Mitteilungen in einem Bruchteil einer Sekunde ungeöffnet gelöscht werden. Jedoch muß der Empfänger die Eingänge überprüfen, also Werbemitteilungen von „echten,“ E-Mails trennen. Das nimmt Zeit in Anspruch - zumal sich aus der Betreffzeile in der Regel nicht ersehen läßt, daß es sich um Werbung handelt - und muß wegen der Gefahr von Viren und der Möglichkeit, versehentlich erwünschte Post zu löschen, auch sorgfältig erfolgen. Wenn täglich 50 unverlangte

Werbesendungen aussortiert werden müssen, steht der Belästigungseffekt außer Frage.

Der Werbende kann auch nicht annehmen, daß der Empfänger die Belästigungen, um der Information zum Leistungsangebot seines Unternehmens willen hinnimmt. Wer einen elektronischen Briefkasten unterhält, ist in der Lage, sich im Internet mithilfe von Suchbegriffen gezielt Angebote des werbenden Unternehmens herauszusuchen, wenn solche gewünscht sind. Das schließt zwar nicht aus, daß auch eine unerbetene Werbung im Einzelfall für den Empfänger von Interesse ist, läßt jedoch das Gewicht des Informationsinteresse gegenüber den Beeinträchtigungen, die von unerbetener E-Mail-Werbung ausgehen, deutlich zurücktreten.

Eine andere Beurteilung wäre zwar denkbar, wenn der Inhaber einer E-Mail Adresse mühelos anzeigen könnte, daß er kein derartiges Werbematerial in seinem virtuellen Briefkasten wünscht. Bislang gibt es aber keine Möglichkeit, die mit dem Aufkleber „Keine Werbung,“ auf einem gewöhnlichen Briefkasten vergleichbar wäre. Auf Filterprogramme muß sich ein Nutzer schon wegen der Kosten nicht verweisen lassen; zudem sind entweder nicht geeignet, eine dem Aufkleber entsprechende Wirkung zu erzielen oder schränken die Funktionalität der Mailbox unzumutbar ein (vgl. dazu näher Fikentscher/Möller, NJW 1998, 1337 <1342 f. >). Sog. „opt-out,- Register, in die sich alle Nutzer, die die Zusendung von Werbung nicht wünschen, kostenlos eintragen können und die vom Werbenden beachtet werden müssen, sind bislang nicht eingerichtet worden.

Das Ergebnis verstößt nicht gegen Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz. Die Richtlinie enthält nur Mindestregelungen, hindert die Mitgliedstaaten also grundsätzlich nicht an einem weitergehenden Schutz der Verbraucher (BGH NJW 2000, 2677 <2678>; vgl. auch die Be-

gründung zum Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts, BT-Drucks 14/2658, S. 24).

2. Nach diesen Grundsätzen beeinträchtigte die Übersendung der E-Mail aus dem System des Beklagten eine absolut geschützte Rechtsposition des Klägers.

a) Bei der E-Mail handelte es sich um Werbung. Daß darin keine Produkte angepriesen wurden, ist unmaßgeblich, denn das Verbot unerbetener Werbung bezieht sich nicht nur auf produktbezogene, sondern auch auf unternehmensbezogene Werbung (so zutreffend Weidert, Anm. zu LG Kiel v. 20. Juni 2000 - 8 S 263/99 - , EWiR 2001, 135 <136>), also auf Maßnahmen, die dazu beitragen, ein Unternehmen beim Verbraucher bekannt zu machen. Hierzu war die beanstandete Mail, aus der sich Name und Geschäftsbereich des Betriebs („HandyNow,“), Telefon-, Telefaxnummern für Service und Bestellungen sowie die Internetadressen ergaben, geeignet.

Der Werbecharakter der Mail entfällt nicht dadurch, daß der Beklagte meinte, eine Bestätigung im Sinne des § 312 e Abs. 1 Nr. 3 BGB zu versenden. Abgesehen davon, daß auch eine solche Bestätigung im Einzelfall als unerbetene E-Mail zu qualifizieren sein kann, ist die Vorschrift nicht einschlägig. Sie regelt die Bestellung von Waren und Dienstleistungen, also Willenserklärungen, die zum Abschluß eines Vertrages führen. Demgegenüber handelt es sich bei der „Bestellung,“ des vom Beklagten angebotenen Newsletters lediglich um die unverbindliche Bitte, regelmäßig vom Angebot des Unternehmens informiert zu werden.

b) Der Beklagte hat nicht glaubhaft gemacht, daß der Kläger mit der Übersendung der E-Mail einverstanden war. Die vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen, wonach der Beklagte und seine Mitarbeiter zu keiner Zeit E-Mail-Adressen gekauft oder sonstwie erworben und in das Computerprogramm von „HandyNow,“ eingele-

sen haben, reichen hierzu nicht aus. Es bleibt die - nicht fernliegende - Möglichkeit, daß Name und E-Mail-Anschrift des Klägers ohne dessen Einwilligung von einem „Besucher„ der Internetseiten des Beklagten eingegeben wurden.

Entgegen der Ansicht des Beklagten ist es nicht unbillig, ihm die Beweis- bzw. Glaubhaftmachungslast hinsichtlich des Einverständnisses des Klägers aufzuerlegen. Wie eingangs dargelegt, muß er davon ausgehen, daß Inhaber virtueller Postfächer die Zusendung unerbetener E-Mails aus seinem Unternehmen nicht wünschen. Er muß deshalb dafür Sorge tragen, nur mit Verbrauchern in Kontakt zu treten, die hiermit einverstanden sind. Sein bisheriges System, bei dem Interessenten ihren Namen und ihre E-Mail-Anschrift auf seinen Internetseiten hinterlassen konnten, eignet sich wegen der naheliegenden Mißbrauchsgefahr dazu nicht. Da es jedermann möglich ist, beliebige Adressen einzutippen, kann der Beklagte nicht darauf vertrauen, daß die E-Mail-Adressen, an die der Newsletter geschickt werden soll, tatsächlich von ihrem Inhaber oder einem sonstigen Berechtigten in das System eingegeben worden ist. Zu bedenken ist auch, daß dem Mißbrauch seitens werbender Unternehmen Tür und Tor geöffnet wäre, wenn das vom Beklagten verwendete System genügte, um ein Einverständnis des Empfängers darzulegen. Auch das Unternehmen, welches E-Mail-Adressen gekauft und in sein System eingespeist hätte, könnte dann behaupten, die Adressen seien von Besuchern ihrer Internetseiten angegeben worden.

c) Die für einen Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr wird aufgrund der einmal erfolgten rechtswidrigen Beeinträchtigung und der Weigerung des Beklagten, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung zu unterschreiben, vermutet. Zudem räumt der Beklagte ein, daß das von ihm verwendete Computersystem selbsttätig Mails an die Adressen verschickt, die auf seiner Internetseite bei der Anmeldung für ein Newsletter-Abonnement hinterlassen werden. Da es auch künftig jedermann möglich wäre, die Adresse des Klägers einzugeben, wenn der

Beklagte sein bisheriges System beibehält, liegt die Wiederholungsgefahr auf der Hand.

d) Die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs stellt trotz der verhältnismäßig geringfügigen Belästigung, die von der Mail des Beklagten ausgegangen ist, keinen Rechtsmißbrauch des Klägers dar. Denn er kann einer Ausuferung der nicht unerheblichen Belästigungen, die von Werbemails in ihrer Gesamtheit ausgehen, nur wirksam begegnen, wenn er gegen jeden Absender einer unerwünschten Mail vorgeht. Aus diesem Grund rechtfertigt bereits eine vereinzelt unerwünschte Sendung den Abwehranspruch (ebenso BGH NJW 1989, 902 <903> und OLG Köln WRP 1992, 258 <259> für die Briefkastenwerbung).

Die Rechtsverfolgung des Klägers ist auch unter den anderen vom Beklagten genannten Gesichtspunkten nicht rechtsmißbräuchlich. Weder ist es zu mißbilligen, daß sich der Kläger von seinem Lebensgefährten vertreten läßt und auch weitere Versender unerbetener E-Mails auf Unterlassung in Anspruch nimmt, noch führt die „Nonsens-Mail,, die der Beklagte Ende November 2001 vom Kläger erhalten hat, zu einer Verwirkung des Unterlassungsanspruchs. Dabei kann dahinstehen, ob die Mail auf einen technischen Fehler bzw. einen Virus zurückgeht. Selbst wenn der Kläger die Mail bewußt an den Beklagten geschickt hätte, wäre er nicht gehindert, das vorliegende Verfahren weiter zu betreiben. Die „Nonsens-Mail,, berechtigt den Beklagten allenfalls, seinerseits Unterlassung zu verlangen.

II. Der Kläger kann seinen Unterlassungsanspruch im einstweiligen Verfügungsverfahren durchsetzen. Ein Verfügungsgrund im Sinne der §§ 935, 940 ZPO ist gegeben, weil andernfalls ein effektiver Rechtsschutz nicht gewährleistet, die Verwirklichung des Individualanspruch mithin gefährdet wäre. Der Kläger muß mit weiteren Rechtsverletzungen durch den Beklagten rechnen. Diese sind geeignet, zu unzumutbaren Belästigungen zu führen und können deshalb im Eilverfahren abgewehrt werden.

Die von dem Beklagten ausgehende Gefahr künftiger Belästigungen ist nicht so gering, als daß ihre Abwehr im Eilrechtsschutz unverhältnismäßig wäre. Dabei kommt es entgegen der Auffassung des LG Karlsruhe (MMR 2002, 402) nicht darauf an, ob die Belästigung, die von der Zusendung einer einzelnen Nachricht ausgeht, so gering ist, daß sie isoliert gesehen keine Inanspruchnahme von Eilrechtsschutz rechtfertigt. Die drohende Beeinträchtigung der Rechtsposition des Klägers, die er nicht bis zum Abschluß eines Hauptsacheverfahrens hinzunehmen braucht, liegt angesichts der Ausweitung von Werbe-E-Mails in der Gefahr, täglich eine Unzahl solcher Mitteilungen zu erhalten. Jeder Werbende, der eine unerbetene Mail an den Kläger geschickt hat, trägt zu dieser Gefahr bei. Bei Berücksichtigung der Belästigungen, die für den Kläger entstehen können, wenn ihm jedermann unaufgefordert E-Mail-Werbung zusenden dürfte, kann sich der einzelne Absender nicht darauf berufen, von ihm sei nur eine unwesentliche Beeinträchtigung ausgegangen bzw. künftig zu erwarten. Er ist für die drohende unzumutbare Belästigung des Klägers durch massenhafte Werbe-E-Mail mitverantwortlich und kann deshalb - Wiederholungsgefahr vorausgesetzt - auch nach Zusendung nur einer E-Mail per einstweiliger Verfügung auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

Berücksichtigung findet der Grad der Belästigung, der von dem einzelnen Werbenden ausgeht, allerdings bei der Festsetzung des Streitwerts; er ist außerhalb des Wettbewerbsrechts im einstweiligen Verfügungsverfahren im Regelfall, und so auch hier, mit 1.000.- EUR zu bemessen.

B. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Das Urteil ist ohne weiteres vollstreckbar, da eine Revision nicht stattfindet (542 Abs. 2 Satz 1 n.F. ZPO).

Neuhaus

Richter am Kammergericht  
Sieveking befindet sich in Urlaub  
und kann deshalb nicht unter-  
schreiben.  
Neuhaus

Stresemann



# KAMMERGERICHT

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:

10 U 54/02  
16 O 626/01 LG Berlin

Verkündet am:

20. Juni 2002  
Misek,  
Justizobersekretärin

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

des Kaufmanns C. G.  
D. Straße E.

- Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte H. D.  
und S. T.,  
F. B. -

g e g e n

den Journalisten A. Z.,  
A. B.,

- Verfahrensbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt L. K.,  
G. B. -

**Verfügungsbeklagten  
und Berufungsklägers,**

Verfügungskläger  
und Berufungsbeklagten,

hat der 10. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juni 2002 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters am Kammergericht Neuhaus, des Richters am Kammergericht Sieveking und der Richterin am Kammergericht Dr. Stresemann für **R e c h t** erkannt:

- I. Die Berufung des Verfügungsbeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 10. Januar 2002 - 16 O 626/02 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.
- II. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

#### Tatbestand

Der Verfügungskläger (nachfolgend: Kläger) macht gegen den Verfügungsbeklagten (nachfolgend: Beklagter), der im Internet Mobiltelefone nebst Zubehör vertreibt, einen Unterlassungsanspruch wegen unerbetener E-Mail-Werbung geltend.

Die Internet-Seiten des Beklagten sind unter „www.handynow.de“, abrufbar. Auf eine der Seiten wurde auf ein E-Mail-Newsletter hingewiesen; nach dem Anklicken der dazugehörigen Schaltfläche ging ein Fenster auf, in das unter dem Hinweis „Newsletter Abonnement - Anmelden - Ja, ich möchte 1-2 mal pro Monat über Produktinformationen, aktuelle Angebote und Neuigkeiten per eMail informiert werden, Name und E-Mail-Anschrift des Interessenten eingetragen werden konnten. Nachfolgend versandte das Computerprogramm selbsttätig eine E-Mail an die angegebene Adresse mit der Aufforderung, die Newsletter-Anmeldung durch Anklicken eines Links zu bestätigen.

An die – auch privat genutzte - E-Mail-Anschrift des Klägers gelangte im Oktober 2001 eine solche Nachricht des Beklagten mit der Aufforderung, seine (des Klägers) Newsletter-Anmeldung zu bestätigen.

Der Kläger, der behauptet, auf den Internetseiten des Beklagten keinen „Newsletter,“ bestellt und hiermit auch keinen Dritten beauftragt zu haben, hat im November 2001 eine einstweilige Verfügung erwirkt, mit der dem Beklagten bei Vermeidung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt worden ist, im Wege der E-Mail-Werbung an den Kläger unter der Adresse [REDACTED] heranzutreten, es sei denn, der Kläger habe der jeweiligen Sendung zuvor zugestimmt oder das Einverständnis könne vermutet werden.

Auf den Widerspruch des Beklagten hat das Landgericht die einstweilige Verfügung mit Urteil vom 10. Januar 2002 bestätigt und zur Begründung ausgeführt: Die Versendung von Werbe-E-Mails greife in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Empfängers ein, weil dieser die Mail nur unter Verursachung von eigenen Kosten lesen und überhaupt als Werbung erkennen könne. Gerechtfertigt sei der Eingriff nur dann, wenn der Empfänger der Werbung zugestimmt habe oder das Einverständnis vermutet werden könne. Das habe der Beklagte jedoch nicht glaubhaft gemacht. Aus seiner eidesstattliche Versicherung, keine fremden E-Mail-Adressen in das von ihm verwendete Computerprogramm eingegeben zu haben, folge nicht, daß der Kläger um die Zusendung des Newsletter gebeten habe. Wegen des weiteren Inhalts des Urteils wird auf den Tatbestand und die Gründe der angefochtenen Entscheidung verwiesen.

Mit seiner rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung macht der Beklagte geltend: Das angegriffene Urteil verletze geltendes Recht. Das Landgericht habe verkannt, daß Störungen einen Mindestgrad individueller Beeinträchtigung aufweisen müßten, um rechtlich relevant zu sein. Dieser Grad sei vorliegend nicht erreicht. Es entspreche der normalen Verhaltensweise eines Benutzers im Internet,

jedes Mal, wenn er sein virtuelles Postfach öffne, erst einmal allen Müll zu leeren, d.h. erkennbar unerwünschte Mails oder solche von unbekanntem Absendern nicht zu öffnen, sondern anzuklicken und zu löschen. Hierdurch würden keinerlei Ressourcen verbraucht; der Zeitaufwand betrage kaum eine Sekunde. Die Postfächer verstopften heute auch nicht mehr, da der individuelle Speicherplatz pro Nutzer erheblich ausgeweitet worden sei.

Unzutreffend sei die Charakterisierung der beanstandeten Mail als Werbung. Mit der Mail sei kein Produkt angepriesen worden. Er, der Beklagte, sei lediglich seiner Pflicht gemäß § 312 e Abs. 1 Nr. 3 BGB nachgekommen, wonach ein Unternehmer dem Kunden dessen Bestellung unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen habe.

Ferner sei die Beweislastverteilung des Landgerichts unbillig. Auch wenn er erfassen würde, von welchen Computern aus auf seinen Internetseiten Bestellungen erfolgten, könnte dieses System in verschiedenster Weise unterlaufen werden. Folglich werde von ihm eine Glaubhaftmachung verlangt, die er niemals erbringen könne.

Jedenfalls aber sei die Belästigung des Klägers nicht so gravierend, als daß die Zubilligung von Eilrechtsschutz erforderlich sei.

Der Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und die einstweilige Verfügung vom 22. November 2001 - 16 O 626/01 - aufzuheben.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

### Entscheidungsgründe

A. Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Landgericht hat die beantragte einstweilige Verfügung zu Recht erlassen und im angefochtenen Urteil bestätigt.

I. 1. Dem Kläger steht aus seinem allgemeine Persönlichkeitsrecht ein Anspruch gegen den Beklagten zu, die Zusendung unverlangter E-Mail-Werbung zu unterlassen (§§ 823 Abs. 1, 1004 BGB). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfaßt die aus dem Selbstbestimmungsrecht folgende Befugnis des Einzelnen, selbst zu entscheiden, ob und inwieweit er auf seiner elektronisch Mailbox Werbung empfangen will. Wegen des zeitlichen und finanziellen Aufwands, der mit dem Abrufen und Löschen von E-Mail-Werbung verbunden ist, kann der Absender nicht annehmen, der Empfänger billige die Werbesendung oder stehe ihr zumindest indifferent gegenüber. Anders als bei gewöhnlicher Briefkastenwerbung muß er daher auch ohne ausdrücklichen Sperrvermerk davon ausgehen, daß die Zusendung von Werbung grundsätzlich unerwünscht ist. Mißachtet er dies, liegt eine rechtswidrige Beeinträchtigung der Individualsphäre des Empfängers vor, die einen Unterlassungsanspruch aus den §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB begründet (im Ergebnis ebenso: LG Augsburg NJW-CoR 1999, 52; LG Berlin MMR 2000, 571; LG Hamburg MMR 1999, 248; LG Karlsruhe MMR 2002, 402; AG Brakel NJW 1998, 3209; AG Charlottenburg MMR 2000, 775; AG Essen-Borbeck MMR 2001, 261; Staudinger-Hager, BGB, 13. Bearb. 1999, Rdn. C 237 zu § 823 BGB; Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337 <1343>; Hoeren/Oberscheidt VuR 1999, 371 <381>; Schmittmann K & R 2002, 135 <138>; im Grundsatz wohl auch LG Kiel NJW-RR 2001,

412 <413 f.>; a.A. LG Braunschweig NJW-RR 2000, 924; AG Kiel NJW-CoR 2000, 49; Vehslage GRUR 1999, 656 <659>).

Das aus den Artikeln 1 und 2 des Grundgesetzes abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt den Einzelnen in seiner Privat- und Individualsphäre. Die Rechtsprechung hat hieraus das Recht des Einzelnen abgeleitet, sich gegen eine Beeinträchtigung dieser Sphäre durch Aufdrängen unerwünschten Werbematerials zur Wehr zu setzen (BGH NJW 1989, 902 <903>; vgl. auch Staudinger-Habermann/Weick, BGB, 13. Bearb. 1995, Vorbem zu § 1 BGB). Dabei kann es im Ergebnis keinen Unterschied machen, ob die Werbung über den realen Briefkasten in den räumlich-gegenständlichen Eigenbereich des Empfängers eindringt (in welchem Fall Unterlassungsansprüche aus Besitz und Eigentum bestehen, vgl. BGH a.a.O.) oder über ein virtuelles Postfach in dessen Individualsphäre gelangt. Zwar sind in einem Fall Eigentum und Besitz, im anderen Fall hingegen „nur„ relative Werte wie Vermögen und Zeitaufwand berührt. In Wahrheit geht es aber auch dem Inhaber eines Briefkastens weniger um den Schutz des Eigentums als um die Beachtung seines Willens, den Briefkasten nicht durch den Einwurf von Werbematerial mißbraucht zu sehen (ähnlich Weise GRUR 1989, 653 <656>). Dieses Selbstbestimmungsrecht besteht unabhängig von der Beschaffenheit des Briefkastens als reale oder virtuelle Einrichtung. Maßgeblich ist vielmehr, daß die Einrichtung der geschützten Sphäre des Empfängers zuzuordnen ist, in der sein Wille den Interessen der (Werbe-) Wirtschaft vorgeht. Das ist bei einer E-Mailbox ebenso anzunehmen wie bei einem realen Briefkasten.

Bei der gewöhnlichen Briefkastenwerbung kann das werbende Unternehmen allerdings zunächst davon ausgehen, daß der Empfänger diese Art von Werbung billigt oder jedenfalls - weil sie ohne besondere Mühe und Kosten aus der Post auszusondern ist - hinnimmt. Erst wenn dem Werbenden eine entgegenstehende Willensäußerung des Empfängers bekannt wird - etwa in Form eines Aufklebers am Briefkasten („Keine Werbung„) - muß er den Einwurf unterlassen.

Bei E-Mail-Werbung hingegen kann der Werbende eine mindestens indifferente Haltung des Empfängers nicht unterstellen, denn die unverlangte elektronische Post belästigt diesen in weitaus stärkerem Maße. Das Leeren des elektronischen Briefkastens verursacht Kosten, die sich aus den Telefonkosten, den Nutzungsgebühren des Netzbetreibers und den Stromkosten des Computers zusammensetzen. Auch wenn diese pro Mail sehr gering sind (siehe allerdings die Darstellung von Schmittmann, K&R 2002, 135 ff., wonach sich selbst die Kosten einer Mail im Einzelfall auf 6 Cent belaufen können), hat der Werbende keinen Anlaß anzunehmen, daß der Adressat bereit ist, sie zu tragen. Zudem sind aus Sicht des Empfängers nicht die Gebühren für den Abruf einer einzelnen Mail maßgeblich, sondern die Kosten, die bei ihm eingehende unerbetene Werbemails insgesamt verursachen und mit zunehmender Verbreitung dieser Werbemethode künftig verursachen werden. Da Werbung per E-Mail massenhaft und wesentlich billiger als mittels Brief oder Telefax versandt werden kann, trägt diese Werbeart in besonderem Maße den „Keim zu einem immer weiteren Umsichgreifen,“. Dieser, vom Bundesgerichtshof im Rahmen von § 1 UWG berücksichtigte Umstand (NJW 1988, 1670 <1671>), fließt auch bei der Beurteilung ein, ob sich die mit der E-Mail-Werbung verbundene Belästigung nicht interessierter Empfänger noch in einem Rahmen bewegt, der den Schluß auf ihr Einverständnis mit dieser Werbemethode rechtfertigt.

Des weiteren steht der nicht unerhebliche zeitliche Aufwand für das Aussortieren der Werbe-E-Mails aus den übrigen Sendungen der Annahme entgegen, der Empfänger habe gegen die Übersendung von E-Mail-Werbung nichts einzuwenden. Zwar können Mitteilungen in einem Bruchteil einer Sekunde ungeöffnet gelöscht werden. Jedoch muß der Empfänger die Eingänge überprüfen, also Werbemitteilungen von „echten,“ E-Mails trennen. Das nimmt Zeit in Anspruch - zumal sich aus der Betreffzeile in der Regel nicht ersehen läßt, daß es sich um Werbung handelt - und muß wegen der Gefahr von Viren und der Möglichkeit, versehentlich erwünschte Post zu löschen, auch sorgfältig erfolgen. Wenn täglich 50 unverlangte

Werbesendungen aussortiert werden müssen, steht der Belästigungseffekt außer Frage.

Der Werbende kann auch nicht annehmen, daß der Empfänger die Belästigungen, um der Information zum Leistungsangebot seines Unternehmens willen hinnimmt. Wer einen elektronischen Briefkasten unterhält, ist in der Lage, sich im Internet mithilfe von Suchbegriffen gezielt Angebote des werbenden Unternehmens herauszusuchen, wenn solche gewünscht sind. Das schließt zwar nicht aus, daß auch eine unerbetene Werbung im Einzelfall für den Empfänger von Interesse ist, läßt jedoch das Gewicht des Informationsinteresse gegenüber den Beeinträchtigungen, die von unerbetener E-Mail-Werbung ausgehen, deutlich zurücktreten.

Eine andere Beurteilung wäre zwar denkbar, wenn der Inhaber einer E-Mail Adresse mühelos anzeigen könnte, daß er kein derartiges Werbematerial in seinem virtuellen Briefkasten wünscht. Bislang gibt es aber keine Möglichkeit, die mit dem Aufkleber „Keine Werbung,“ auf einem gewöhnlichen Briefkasten vergleichbar wäre. Auf Filterprogramme muß sich ein Nutzer schon wegen der Kosten nicht verweisen lassen; zudem sind entweder nicht geeignet, eine dem Aufkleber entsprechende Wirkung zu erzielen oder schränken die Funktionalität der Mailbox unzumutbar ein (vgl. dazu näher Fikentscher/Möller, NJW 1998, 1337 <1342 f. >). Sog. „opt-out,- Register, in die sich alle Nutzer, die die Zusendung von Werbung nicht wünschen, kostenlos eintragen können und die vom Werbenden beachtet werden müssen, sind bislang nicht eingerichtet worden.

Das Ergebnis verstößt nicht gegen Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz. Die Richtlinie enthält nur Mindestregelungen, hindert die Mitgliedstaaten also grundsätzlich nicht an einem weitergehenden Schutz der Verbraucher (BGH NJW 2000, 2677 <2678>; vgl. auch die Be-

gründung zum Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts, BT-Drucks 14/2658, S. 24).

2. Nach diesen Grundsätzen beeinträchtigte die Übersendung der E-Mail aus dem System des Beklagten eine absolut geschützte Rechtsposition des Klägers.

a) Bei der E-Mail handelte es sich um Werbung. Daß darin keine Produkte angesprochen wurden, ist unmaßgeblich, denn das Verbot unerbetener Werbung bezieht sich nicht nur auf produktbezogene, sondern auch auf unternehmensbezogene Werbung (so zutreffend Weidert, Anm. zu LG Kiel v. 20. Juni 2000 - 8 S 263/99 - , EWiR 2001, 135 <136>), also auf Maßnahmen, die dazu beitragen, ein Unternehmen beim Verbraucher bekannt zu machen. Hierzu war die beanstandete Mail, aus der sich Name und Geschäftsbereich des Betriebs („HandyNow,“), Telefon-, Telefaxnummern für Service und Bestellungen sowie die Internetadressen ergaben, geeignet.

Der Werbecharakter der Mail entfällt nicht dadurch, daß der Beklagte meinte, eine Bestätigung im Sinne des § 312 e Abs. 1 Nr. 3 BGB zu versenden. Abgesehen davon, daß auch eine solche Bestätigung im Einzelfall als unerbetene E-Mail zu qualifizieren sein kann, ist die Vorschrift nicht einschlägig. Sie regelt die Bestellung von Waren und Dienstleistungen, also Willenserklärungen, die zum Abschluß eines Vertrages führen. Demgegenüber handelt es sich bei der „Bestellung,“ des vom Beklagten angebotenen Newsletters lediglich um die unverbindliche Bitte, regelmäßig vom Angebot des Unternehmens informiert zu werden.

b) Der Beklagte hat nicht glaubhaft gemacht, daß der Kläger mit der Übersendung der E-Mail einverstanden war. Die vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen, wonach der Beklagte und seine Mitarbeiter zu keiner Zeit E-Mail-Adressen gekauft oder sonstwie erworben und in das Computerprogramm von „HandyNow,“ eingele-

sen haben, reichen hierzu nicht aus. Es bleibt die - nicht fernliegende - Möglichkeit, daß Name und E-Mail-Anschrift des Klägers ohne dessen Einwilligung von einem „Besucher„ der Internetseiten des Beklagten eingegeben wurden.

Entgegen der Ansicht des Beklagten ist es nicht unbillig, ihm die Beweis- bzw. Glaubhaftmachungslast hinsichtlich des Einverständnisses des Klägers aufzuerlegen. Wie eingangs dargelegt, muß er davon ausgehen, daß Inhaber virtueller Postfächer die Zusendung unerbetener E-Mails aus seinem Unternehmen nicht wünschen. Er muß deshalb dafür Sorge tragen, nur mit Verbrauchern in Kontakt zu treten, die hiermit einverstanden sind. Sein bisheriges System, bei dem Interessenten ihren Namen und ihre E-Mail-Anschrift auf seinen Internetseiten hinterlassen konnten, eignet sich wegen der naheliegenden Mißbrauchsgefahr dazu nicht. Da es jedermann möglich ist, beliebige Adressen einzutippen, kann der Beklagte nicht darauf vertrauen, daß die E-Mail-Adressen, an die der Newsletter geschickt werden soll, tatsächlich von ihrem Inhaber oder einem sonstigen Berechtigten in das System eingegeben worden ist. Zu bedenken ist auch, daß dem Mißbrauch seitens werbender Unternehmen Tür und Tor geöffnet wäre, wenn das vom Beklagten verwendete System genügte, um ein Einverständnis des Empfängers darzulegen. Auch das Unternehmen, welches E-Mail-Adressen gekauft und in sein System eingespeist hätte, könnte dann behaupten, die Adressen seien von Besuchern ihrer Internetseiten angegeben worden.

c) Die für einen Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr wird aufgrund der einmal erfolgten rechtswidrigen Beeinträchtigung und der Weigerung des Beklagten, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung zu unterschreiben, vermutet. Zudem räumt der Beklagte ein, daß das von ihm verwendete Computersystem selbsttätig Mails an die Adressen verschickt, die auf seiner Internetseite bei der Anmeldung für ein Newsletter-Abonnement hinterlassen werden. Da es auch künftig jedermann möglich wäre, die Adresse des Klägers einzugeben, wenn der

Beklagte sein bisheriges System beibehält, liegt die Wiederholungsgefahr auf der Hand.

d) Die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs stellt trotz der verhältnismäßig geringfügigen Belästigung, die von der Mail des Beklagten ausgegangen ist, keinen Rechtsmißbrauch des Klägers dar. Denn er kann einer Ausuferung der nicht unerheblichen Belästigungen, die von Werbemails in ihrer Gesamtheit ausgehen, nur wirksam begegnen, wenn er gegen jeden Absender einer unerwünschten Mail vorgeht. Aus diesem Grund rechtfertigt bereits eine vereinzelt unerwünschte Sendung den Abwehranspruch (ebenso BGH NJW 1989, 902 <903> und OLG Köln WRP 1992, 258 <259> für die Briefkastenwerbung).

Die Rechtsverfolgung des Klägers ist auch unter den anderen vom Beklagten genannten Gesichtspunkten nicht rechtsmißbräuchlich. Weder ist es zu mißbilligen, daß sich der Kläger von seinem Lebensgefährten vertreten läßt und auch weitere Versender unerbetener E-Mails auf Unterlassung in Anspruch nimmt, noch führt die „Nonsens-Mail,, die der Beklagte Ende November 2001 vom Kläger erhalten hat, zu einer Verwirkung des Unterlassungsanspruchs. Dabei kann dahinstehen, ob die Mail auf einen technischen Fehler bzw. einen Virus zurückgeht. Selbst wenn der Kläger die Mail bewußt an den Beklagten geschickt hätte, wäre er nicht gehindert, das vorliegende Verfahren weiter zu betreiben. Die „Nonsens-Mail,, berechtigt den Beklagten allenfalls, seinerseits Unterlassung zu verlangen.

II. Der Kläger kann seinen Unterlassungsanspruch im einstweiligen Verfügungsverfahren durchsetzen. Ein Verfügungsgrund im Sinne der §§ 935, 940 ZPO ist gegeben, weil andernfalls ein effektiver Rechtsschutz nicht gewährleistet, die Verwirklichung des Individualanspruch mithin gefährdet wäre. Der Kläger muß mit weiteren Rechtsverletzungen durch den Beklagten rechnen. Diese sind geeignet, zu unzumutbaren Belästigungen zu führen und können deshalb im Eilverfahren abgewehrt werden.

Die von dem Beklagten ausgehende Gefahr künftiger Belästigungen ist nicht so gering, als daß ihre Abwehr im Eilrechtsschutz unverhältnismäßig wäre. Dabei kommt es entgegen der Auffassung des LG Karlsruhe (MMR 2002, 402) nicht darauf an, ob die Belästigung, die von der Zusendung einer einzelnen Nachricht ausgeht, so gering ist, daß sie isoliert gesehen keine Inanspruchnahme von Eilrechtsschutz rechtfertigt. Die drohende Beeinträchtigung der Rechtsposition des Klägers, die er nicht bis zum Abschluß eines Hauptsacheverfahrens hinzunehmen braucht, liegt angesichts der Ausweitung von Werbe-E-Mails in der Gefahr, täglich eine Unzahl solcher Mitteilungen zu erhalten. Jeder Werbende, der eine unerbetene Mail an den Kläger geschickt hat, trägt zu dieser Gefahr bei. Bei Berücksichtigung der Belästigungen, die für den Kläger entstehen können, wenn ihm jedermann unaufgefordert E-Mail-Werbung zusenden dürfte, kann sich der einzelne Absender nicht darauf berufen, von ihm sei nur eine unwesentliche Beeinträchtigung ausgegangen bzw. künftig zu erwarten. Er ist für die drohende unzumutbare Belästigung des Klägers durch massenhafte Werbe-E-Mail mitverantwortlich und kann deshalb - Wiederholungsgefahr vorausgesetzt - auch nach Zusendung nur einer E-Mail per einstweiliger Verfügung auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

Berücksichtigung findet der Grad der Belästigung, der von dem einzelnen Werbenden ausgeht, allerdings bei der Festsetzung des Streitwerts; er ist außerhalb des Wettbewerbsrechts im einstweiligen Verfügungsverfahren im Regelfall, und so auch hier, mit 1.000.- EUR zu bemessen.

B. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Das Urteil ist ohne weiteres vollstreckbar, da eine Revision nicht stattfindet (542 Abs. 2 Satz 1 n.F. ZPO).

Neuhaus

Richter am Kammergericht  
Sieveking befindet sich in Urlaub  
und kann deshalb nicht unter-  
schreiben.  
Neuhaus

Stresemann



# KAMMERGERICHT

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:

10 U 54/02  
16 O 626/01 LG Berlin

Verkündet am:

20. Juni 2002  
Misek,  
Justizobersekretärin

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

des Kaufmanns C. G.  
D. Straße E.

- Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte H. D.  
und S. T.,  
F. B. -

g e g e n

den Journalisten A. Z.,  
A. B.,

- Verfahrensbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt L. K.,  
G. B. -

**Verfügungsbeklagten  
und Berufungsklägers,**

Verfügungskläger  
und Berufungsbeklagten,

hat der 10. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juni 2002 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters am Kammergericht Neuhaus, des Richters am Kammergericht Sieveking und der Richterin am Kammergericht Dr. Stresemann für **R e c h t** erkannt:

- I. Die Berufung des Verfügungsbeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 10. Januar 2002 - 16 O 626/02 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.
- II. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

#### Tatbestand

Der Verfügungskläger (nachfolgend: Kläger) macht gegen den Verfügungsbeklagten (nachfolgend: Beklagter), der im Internet Mobiltelefone nebst Zubehör vertreibt, einen Unterlassungsanspruch wegen unerbetener E-Mail-Werbung geltend.

Die Internet-Seiten des Beklagten sind unter „www.handynow.de“, abrufbar. Auf eine der Seiten wurde auf ein E-Mail-Newsletter hingewiesen; nach dem Anklicken der dazugehörigen Schaltfläche ging ein Fenster auf, in das unter dem Hinweis „Newsletter Abonnement - Anmelden - Ja, ich möchte 1-2 mal pro Monat über Produktinformationen, aktuelle Angebote und Neuigkeiten per eMail informiert werden, Name und E-Mail-Anschrift des Interessenten eingetragen werden konnten. Nachfolgend versandte das Computerprogramm selbsttätig eine E-Mail an die angegebene Adresse mit der Aufforderung, die Newsletter-Anmeldung durch Anklicken eines Links zu bestätigen.

An die – auch privat genutzte - E-Mail-Anschrift des Klägers gelangte im Oktober 2001 eine solche Nachricht des Beklagten mit der Aufforderung, seine (des Klägers) Newsletter-Anmeldung zu bestätigen.

Der Kläger, der behauptet, auf den Internetseiten des Beklagten keinen „Newsletter,“ bestellt und hiermit auch keinen Dritten beauftragt zu haben, hat im November 2001 eine einstweilige Verfügung erwirkt, mit der dem Beklagten bei Vermeidung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt worden ist, im Wege der E-Mail-Werbung an den Kläger unter der Adresse [REDACTED] heranzutreten, es sei denn, der Kläger habe der jeweiligen Sendung zuvor zugestimmt oder das Einverständnis könne vermutet werden.

Auf den Widerspruch des Beklagten hat das Landgericht die einstweilige Verfügung mit Urteil vom 10. Januar 2002 bestätigt und zur Begründung ausgeführt: Die Versendung von Werbe-E-Mails greife in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Empfängers ein, weil dieser die Mail nur unter Verursachung von eigenen Kosten lesen und überhaupt als Werbung erkennen könne. Gerechtfertigt sei der Eingriff nur dann, wenn der Empfänger der Werbung zugestimmt habe oder das Einverständnis vermutet werden könne. Das habe der Beklagte jedoch nicht glaubhaft gemacht. Aus seiner eidesstattliche Versicherung, keine fremden E-Mail-Adressen in das von ihm verwendete Computerprogramm eingegeben zu haben, folge nicht, daß der Kläger um die Zusendung des Newsletter gebeten habe. Wegen des weiteren Inhalts des Urteils wird auf den Tatbestand und die Gründe der angefochtenen Entscheidung verwiesen.

Mit seiner rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung macht der Beklagte geltend: Das angegriffene Urteil verletze geltendes Recht. Das Landgericht habe verkannt, daß Störungen einen Mindestgrad individueller Beeinträchtigung aufweisen müßten, um rechtlich relevant zu sein. Dieser Grad sei vorliegend nicht erreicht. Es entspreche der normalen Verhaltensweise eines Benutzers im Internet,

jedes Mal, wenn er sein virtuelles Postfach öffne, erst einmal allen Müll zu leeren, d.h. erkennbar unerwünschte Mails oder solche von unbekanntem Absendern nicht zu öffnen, sondern anzuklicken und zu löschen. Hierdurch würden keinerlei Ressourcen verbraucht; der Zeitaufwand betrage kaum eine Sekunde. Die Postfächer verstopften heute auch nicht mehr, da der individuelle Speicherplatz pro Nutzer erheblich ausgeweitet worden sei.

Unzutreffend sei die Charakterisierung der beanstandeten Mail als Werbung. Mit der Mail sei kein Produkt angepriesen worden. Er, der Beklagte, sei lediglich seiner Pflicht gemäß § 312 e Abs. 1 Nr. 3 BGB nachgekommen, wonach ein Unternehmer dem Kunden dessen Bestellung unverzüglich auf elektronischem Wege zu bestätigen habe.

Ferner sei die Beweislastverteilung des Landgerichts unbillig. Auch wenn er erfassen würde, von welchen Computern aus auf seinen Internetseiten Bestellungen erfolgten, könnte dieses System in verschiedenster Weise unterlaufen werden. Folglich werde von ihm eine Glaubhaftmachung verlangt, die er niemals erbringen könne.

Jedenfalls aber sei die Belästigung des Klägers nicht so gravierend, als daß die Zubilligung von Eilrechtsschutz erforderlich sei.

Der Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und die einstweilige Verfügung vom 22. November 2001 - 16 O 626/01 - aufzuheben.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

### Entscheidungsgründe

A. Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Landgericht hat die beantragte einstweilige Verfügung zu Recht erlassen und im angefochtenen Urteil bestätigt.

I. 1. Dem Kläger steht aus seinem allgemeine Persönlichkeitsrecht ein Anspruch gegen den Beklagten zu, die Zusendung unverlangter E-Mail-Werbung zu unterlassen (§§ 823 Abs. 1, 1004 BGB). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfaßt die aus dem Selbstbestimmungsrecht folgende Befugnis des Einzelnen, selbst zu entscheiden, ob und inwieweit er auf seiner elektronisch Mailbox Werbung empfangen will. Wegen des zeitlichen und finanziellen Aufwands, der mit dem Abrufen und Löschen von E-Mail-Werbung verbunden ist, kann der Absender nicht annehmen, der Empfänger billige die Werbesendung oder stehe ihr zumindest indifferent gegenüber. Anders als bei gewöhnlicher Briefkastenwerbung muß er daher auch ohne ausdrücklichen Sperrvermerk davon ausgehen, daß die Zusendung von Werbung grundsätzlich unerwünscht ist. Mißachtet er dies, liegt eine rechtswidrige Beeinträchtigung der Individualsphäre des Empfängers vor, die einen Unterlassungsanspruch aus den §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB begründet (im Ergebnis ebenso: LG Augsburg NJW-CoR 1999, 52; LG Berlin MMR 2000, 571; LG Hamburg MMR 1999, 248; LG Karlsruhe MMR 2002, 402; AG Brakel NJW 1998, 3209; AG Charlottenburg MMR 2000, 775; AG Essen-Borbeck MMR 2001, 261; Staudinger-Hager, BGB, 13. Bearb. 1999, Rdn. C 237 zu § 823 BGB; Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337 <1343>; Hoeren/Oberscheidt VuR 1999, 371 <381>; Schmittmann K & R 2002, 135 <138>; im Grundsatz wohl auch LG Kiel NJW-RR 2001,

412 <413 f.>; a.A. LG Braunschweig NJW-RR 2000, 924; AG Kiel NJW-CoR 2000, 49; Vehslage GRUR 1999, 656 <659>).

Das aus den Artikeln 1 und 2 des Grundgesetzes abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt den Einzelnen in seiner Privat- und Individualsphäre. Die Rechtsprechung hat hieraus das Recht des Einzelnen abgeleitet, sich gegen eine Beeinträchtigung dieser Sphäre durch Aufdrängen unerwünschten Werbematerials zur Wehr zu setzen (BGH NJW 1989, 902 <903>; vgl. auch Staudinger-Habermann/Weick, BGB, 13. Bearb. 1995, Vorbem zu § 1 BGB). Dabei kann es im Ergebnis keinen Unterschied machen, ob die Werbung über den realen Briefkasten in den räumlich-gegenständlichen Eigenbereich des Empfängers eindringt (in welchem Fall Unterlassungsansprüche aus Besitz und Eigentum bestehen, vgl. BGH a.a.O.) oder über ein virtuelles Postfach in dessen Individualsphäre gelangt. Zwar sind in einem Fall Eigentum und Besitz, im anderen Fall hingegen „nur„ relative Werte wie Vermögen und Zeitaufwand berührt. In Wahrheit geht es aber auch dem Inhaber eines Briefkastens weniger um den Schutz des Eigentums als um die Beachtung seines Willens, den Briefkasten nicht durch den Einwurf von Werbematerial mißbraucht zu sehen (ähnlich Weise GRUR 1989, 653 <656>). Dieses Selbstbestimmungsrecht besteht unabhängig von der Beschaffenheit des Briefkastens als reale oder virtuelle Einrichtung. Maßgeblich ist vielmehr, daß die Einrichtung der geschützten Sphäre des Empfängers zuzuordnen ist, in der sein Wille den Interessen der (Werbe-) Wirtschaft vorgeht. Das ist bei einer E-Mailbox ebenso anzunehmen wie bei einem realen Briefkasten.

Bei der gewöhnlichen Briefkastenwerbung kann das werbende Unternehmen allerdings zunächst davon ausgehen, daß der Empfänger diese Art von Werbung billigt oder jedenfalls - weil sie ohne besondere Mühe und Kosten aus der Post auszusondern ist - hinnimmt. Erst wenn dem Werbenden eine entgegenstehende Willensäußerung des Empfängers bekannt wird - etwa in Form eines Aufklebers am Briefkasten („Keine Werbung„) - muß er den Einwurf unterlassen.

Bei E-Mail-Werbung hingegen kann der Werbende eine mindestens indifferente Haltung des Empfängers nicht unterstellen, denn die unverlangte elektronische Post belästigt diesen in weitaus stärkerem Maße. Das Leeren des elektronischen Briefkastens verursacht Kosten, die sich aus den Telefonkosten, den Nutzungsgebühren des Netzbetreibers und den Stromkosten des Computers zusammensetzen. Auch wenn diese pro Mail sehr gering sind (siehe allerdings die Darstellung von Schmittmann, K&R 2002, 135 ff., wonach sich selbst die Kosten einer Mail im Einzelfall auf 6 Cent belaufen können), hat der Werbende keinen Anlaß anzunehmen, daß der Adressat bereit ist, sie zu tragen. Zudem sind aus Sicht des Empfängers nicht die Gebühren für den Abruf einer einzelnen Mail maßgeblich, sondern die Kosten, die bei ihm eingehende unerbetene Werbemails insgesamt verursachen und mit zunehmender Verbreitung dieser Werbemethode künftig verursachen werden. Da Werbung per E-Mail massenhaft und wesentlich billiger als mittels Brief oder Telefax versandt werden kann, trägt diese Werbeart in besonderem Maße den „Keim zu einem immer weiteren Umsichgreifen,“. Dieser, vom Bundesgerichtshof im Rahmen von § 1 UWG berücksichtigte Umstand (NJW 1988, 1670 <1671>), fließt auch bei der Beurteilung ein, ob sich die mit der E-Mail-Werbung verbundene Belästigung nicht interessierter Empfänger noch in einem Rahmen bewegt, der den Schluß auf ihr Einverständnis mit dieser Werbemethode rechtfertigt.

Des weiteren steht der nicht unerhebliche zeitliche Aufwand für das Aussortieren der Werbe-E-Mails aus den übrigen Sendungen der Annahme entgegen, der Empfänger habe gegen die Übersendung von E-Mail-Werbung nichts einzuwenden. Zwar können Mitteilungen in einem Bruchteil einer Sekunde ungeöffnet gelöscht werden. Jedoch muß der Empfänger die Eingänge überprüfen, also Werbemitteilungen von „echten,“ E-Mails trennen. Das nimmt Zeit in Anspruch - zumal sich aus der Betreffzeile in der Regel nicht ersehen läßt, daß es sich um Werbung handelt - und muß wegen der Gefahr von Viren und der Möglichkeit, versehentlich erwünschte Post zu löschen, auch sorgfältig erfolgen. Wenn täglich 50 unverlangte

Werbesendungen aussortiert werden müssen, steht der Belästigungseffekt außer Frage.

Der Werbende kann auch nicht annehmen, daß der Empfänger die Belästigungen, um der Information zum Leistungsangebot seines Unternehmens willen hinnimmt. Wer einen elektronischen Briefkasten unterhält, ist in der Lage, sich im Internet mithilfe von Suchbegriffen gezielt Angebote des werbenden Unternehmens herauszusuchen, wenn solche gewünscht sind. Das schließt zwar nicht aus, daß auch eine unerbetene Werbung im Einzelfall für den Empfänger von Interesse ist, läßt jedoch das Gewicht des Informationsinteresse gegenüber den Beeinträchtigungen, die von unerbetener E-Mail-Werbung ausgehen, deutlich zurücktreten.

Eine andere Beurteilung wäre zwar denkbar, wenn der Inhaber einer E-Mail Adresse mühelos anzeigen könnte, daß er kein derartiges Werbematerial in seinem virtuellen Briefkasten wünscht. Bislang gibt es aber keine Möglichkeit, die mit dem Aufkleber „Keine Werbung,“ auf einem gewöhnlichen Briefkasten vergleichbar wäre. Auf Filterprogramme muß sich ein Nutzer schon wegen der Kosten nicht verweisen lassen; zudem sind entweder nicht geeignet, eine dem Aufkleber entsprechende Wirkung zu erzielen oder schränken die Funktionalität der Mailbox unzumutbar ein (vgl. dazu näher Fikentscher/Möller, NJW 1998, 1337 <1342 f. >). Sog. „opt-out,- Register, in die sich alle Nutzer, die die Zusendung von Werbung nicht wünschen, kostenlos eintragen können und die vom Werbenden beachtet werden müssen, sind bislang nicht eingerichtet worden.

Das Ergebnis verstößt nicht gegen Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz. Die Richtlinie enthält nur Mindestregelungen, hindert die Mitgliedstaaten also grundsätzlich nicht an einem weitergehenden Schutz der Verbraucher (BGH NJW 2000, 2677 <2678>; vgl. auch die Be-

gründung zum Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts, BT-Drucks 14/2658, S. 24).

2. Nach diesen Grundsätzen beeinträchtigte die Übersendung der E-Mail aus dem System des Beklagten eine absolut geschützte Rechtsposition des Klägers.

a) Bei der E-Mail handelte es sich um Werbung. Daß darin keine Produkte angesprochen wurden, ist unmaßgeblich, denn das Verbot unerbetener Werbung bezieht sich nicht nur auf produktbezogene, sondern auch auf unternehmensbezogene Werbung (so zutreffend Weidert, Anm. zu LG Kiel v. 20. Juni 2000 - 8 S 263/99 - , EWiR 2001, 135 <136>), also auf Maßnahmen, die dazu beitragen, ein Unternehmen beim Verbraucher bekannt zu machen. Hierzu war die beanstandete Mail, aus der sich Name und Geschäftsbereich des Betriebs („HandyNow,“), Telefon-, Telefaxnummern für Service und Bestellungen sowie die Internetadressen ergaben, geeignet.

Der Werbecharakter der Mail entfällt nicht dadurch, daß der Beklagte meinte, eine Bestätigung im Sinne des § 312 e Abs. 1 Nr. 3 BGB zu versenden. Abgesehen davon, daß auch eine solche Bestätigung im Einzelfall als unerbetene E-Mail zu qualifizieren sein kann, ist die Vorschrift nicht einschlägig. Sie regelt die Bestellung von Waren und Dienstleistungen, also Willenserklärungen, die zum Abschluß eines Vertrages führen. Demgegenüber handelt es sich bei der „Bestellung,“ des vom Beklagten angebotenen Newsletters lediglich um die unverbindliche Bitte, regelmäßig vom Angebot des Unternehmens informiert zu werden.

b) Der Beklagte hat nicht glaubhaft gemacht, daß der Kläger mit der Übersendung der E-Mail einverstanden war. Die vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen, wonach der Beklagte und seine Mitarbeiter zu keiner Zeit E-Mail-Adressen gekauft oder sonstwie erworben und in das Computerprogramm von „HandyNow,“ eingele-

sen haben, reichen hierzu nicht aus. Es bleibt die - nicht fernliegende - Möglichkeit, daß Name und E-Mail-Anschrift des Klägers ohne dessen Einwilligung von einem „Besucher„ der Internetseiten des Beklagten eingegeben wurden.

Entgegen der Ansicht des Beklagten ist es nicht unbillig, ihm die Beweis- bzw. Glaubhaftmachungslast hinsichtlich des Einverständnisses des Klägers aufzuerlegen. Wie eingangs dargelegt, muß er davon ausgehen, daß Inhaber virtueller Postfächer die Zusendung unerbetener E-Mails aus seinem Unternehmen nicht wünschen. Er muß deshalb dafür Sorge tragen, nur mit Verbrauchern in Kontakt zu treten, die hiermit einverstanden sind. Sein bisheriges System, bei dem Interessenten ihren Namen und ihre E-Mail-Anschrift auf seinen Internetseiten hinterlassen konnten, eignet sich wegen der naheliegenden Mißbrauchsgefahr dazu nicht. Da es jedermann möglich ist, beliebige Adressen einzutippen, kann der Beklagte nicht darauf vertrauen, daß die E-Mail-Adressen, an die der Newsletter geschickt werden soll, tatsächlich von ihrem Inhaber oder einem sonstigen Berechtigten in das System eingegeben worden ist. Zu bedenken ist auch, daß dem Mißbrauch seitens werbender Unternehmen Tür und Tor geöffnet wäre, wenn das vom Beklagten verwendete System genügte, um ein Einverständnis des Empfängers darzulegen. Auch das Unternehmen, welches E-Mail-Adressen gekauft und in sein System eingespeist hätte, könnte dann behaupten, die Adressen seien von Besuchern ihrer Internetseiten angegeben worden.

c) Die für einen Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr wird aufgrund der einmal erfolgten rechtswidrigen Beeinträchtigung und der Weigerung des Beklagten, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung zu unterschreiben, vermutet. Zudem räumt der Beklagte ein, daß das von ihm verwendete Computersystem selbsttätig Mails an die Adressen verschickt, die auf seiner Internetseite bei der Anmeldung für ein Newsletter-Abonnement hinterlassen werden. Da es auch künftig jedermann möglich wäre, die Adresse des Klägers einzugeben, wenn der

Beklagte sein bisheriges System beibehält, liegt die Wiederholungsgefahr auf der Hand.

d) Die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs stellt trotz der verhältnismäßig geringfügigen Belästigung, die von der Mail des Beklagten ausgegangen ist, keinen Rechtsmißbrauch des Klägers dar. Denn er kann einer Ausuferung der nicht unerheblichen Belästigungen, die von Werbemails in ihrer Gesamtheit ausgehen, nur wirksam begegnen, wenn er gegen jeden Absender einer unerwünschten Mail vorgeht. Aus diesem Grund rechtfertigt bereits eine vereinzelt unerwünschte Sendung den Abwehranspruch (ebenso BGH NJW 1989, 902 <903> und OLG Köln WRP 1992, 258 <259> für die Briefkastenwerbung).

Die Rechtsverfolgung des Klägers ist auch unter den anderen vom Beklagten genannten Gesichtspunkten nicht rechtsmißbräuchlich. Weder ist es zu mißbilligen, daß sich der Kläger von seinem Lebensgefährten vertreten läßt und auch weitere Versender unerbetener E-Mails auf Unterlassung in Anspruch nimmt, noch führt die „Nonsens-Mail,, die der Beklagte Ende November 2001 vom Kläger erhalten hat, zu einer Verwirkung des Unterlassungsanspruchs. Dabei kann dahinstehen, ob die Mail auf einen technischen Fehler bzw. einen Virus zurückgeht. Selbst wenn der Kläger die Mail bewußt an den Beklagten geschickt hätte, wäre er nicht gehindert, das vorliegende Verfahren weiter zu betreiben. Die „Nonsens-Mail,, berechtigt den Beklagten allenfalls, seinerseits Unterlassung zu verlangen.

II. Der Kläger kann seinen Unterlassungsanspruch im einstweiligen Verfügungsverfahren durchsetzen. Ein Verfügungsgrund im Sinne der §§ 935, 940 ZPO ist gegeben, weil andernfalls ein effektiver Rechtsschutz nicht gewährleistet, die Verwirklichung des Individualanspruch mithin gefährdet wäre. Der Kläger muß mit weiteren Rechtsverletzungen durch den Beklagten rechnen. Diese sind geeignet, zu unzumutbaren Belästigungen zu führen und können deshalb im Eilverfahren abgewehrt werden.

Die von dem Beklagten ausgehende Gefahr künftiger Belästigungen ist nicht so gering, als daß ihre Abwehr im Eilrechtsschutz unverhältnismäßig wäre. Dabei kommt es entgegen der Auffassung des LG Karlsruhe (MMR 2002, 402) nicht darauf an, ob die Belästigung, die von der Zusendung einer einzelnen Nachricht ausgeht, so gering ist, daß sie isoliert gesehen keine Inanspruchnahme von Eilrechtsschutz rechtfertigt. Die drohende Beeinträchtigung der Rechtsposition des Klägers, die er nicht bis zum Abschluß eines Hauptsacheverfahrens hinzunehmen braucht, liegt angesichts der Ausweitung von Werbe-E-Mails in der Gefahr, täglich eine Unzahl solcher Mitteilungen zu erhalten. Jeder Werbende, der eine unerbetene Mail an den Kläger geschickt hat, trägt zu dieser Gefahr bei. Bei Berücksichtigung der Belästigungen, die für den Kläger entstehen können, wenn ihm jedermann unaufgefordert E-Mail-Werbung zusenden dürfte, kann sich der einzelne Absender nicht darauf berufen, von ihm sei nur eine unwesentliche Beeinträchtigung ausgegangen bzw. künftig zu erwarten. Er ist für die drohende unzumutbare Belästigung des Klägers durch massenhafte Werbe-E-Mail mitverantwortlich und kann deshalb - Wiederholungsgefahr vorausgesetzt - auch nach Zusendung nur einer E-Mail per einstweiliger Verfügung auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

Berücksichtigung findet der Grad der Belästigung, der von dem einzelnen Werbenden ausgeht, allerdings bei der Festsetzung des Streitwerts; er ist außerhalb des Wettbewerbsrechts im einstweiligen Verfügungsverfahren im Regelfall, und so auch hier, mit 1.000.- EUR zu bemessen.

B. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Das Urteil ist ohne weiteres vollstreckbar, da eine Revision nicht stattfindet (542 Abs. 2 Satz 1 n.F. ZPO).

Neuhaus

Richter am Kammergericht  
Sieveking befindet sich in Urlaub  
und kann deshalb nicht unter-  
schreiben.  
Neuhaus

Stresemann