



**CyLaw-Report XXVIII: „Auskunftsanspruch gegen SMS-Spam“**  
**BGH Urt. v. 16.07.2008 - VIII ZR 348/06; BGH Urt. v. 19.07.2007 – I**  
**ZR 191/04; LG Bonn Urt. v. 19.07.2004 - 6 S 77/04; LG Berlin Urt. v.**  
**14.01.2003 - 15 O 420/02; AG Bonn Urt. v. 25.3.2004 - 14 C 591/03**

Die CyLaw-Reports I-XIX wurden im Rahmen eines vom Bundesministerium für Bildung und Forschung geförderten Projekts ([SICARI](#) (2003 – 2007)) erstellt. Mit CyLaw-Report XX folgende wird dieses Online-Legal-Casebook vom Fachgebiet Öffentliches Recht an der Technischen Universität Darmstadt (Prof. Dr. Viola Schmid, LL.M. (Harvard)) fortgeführt. Die CyLaw-Reports sind keine „Living Documents“, die ständig aktualisiert werden. Zitierungen können deswegen veraltet sein. Die Rechtfertigung für diese klassische Perspektive ist, dass den in den CyLaw-Reports präsentierten Entscheidungen der Gerichte nur die jeweils geltende Rechtslage zu Grunde gelegt werden konnte. Der Aufgabe der Aktualisierung stellt sich der Lehrstuhl in der integrierten Veranstaltung „[Recht der Informationsgesellschaft](#)“. Hier wird das Methodenwissen von Studierenden der Technikwissenschaft so gefördert, dass sie in Übungen an der notwendigen Aktualisierung selbst mitwirken können.

Der Gesetzgeber hat in den letzten Jahren das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) geändert und die unerwünschte Zusendung von Werbung als wettbewerbswidrig qualifiziert (§ 7 Abs. 2 UWG). Darüber hinaus etabliert die Rechtsprechung in immer größerem Maße einen bürgerlichrechtlichen (BGB) Schutz vor unerwünschter Werbung. Bereits die einmalige Zusendung einer E-Mail mit Werbung soll einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb („sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB) darstellen.<sup>1</sup> **Von zentraler Bedeutung für die Durchsetzung der Verbraucherrechte nach UWG wie nach BGB ist die Kenntnis der Identität des Werbenden.** Über diese Informationen verfügt regelmäßig der Provider – hier ein Mobilfunkunternehmen, über das unerwünschte SMS-Werbung versandt wurde. Die Entscheidungen unter anderem des BGH klären die durch die Einführung von § 13a S.2 Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) aufgeworfene Frage, ob ein Verbraucher einen Auskunftsanspruch gegen einen Provider hinsichtlich eines „SMS-Spammer“ auch dann geltend machen kann, wenn ein Verbraucherschutzverein oder ein Mitbewerber einen solchen ihm zustehenden Anspruch nicht geltend gemacht hat. Es stellt sich also die Frage, **ob der Einzelne sich gegen den SMS-Spammer effektiv zur Wehr setzen kann** oder ob in der Praxis nur die traditionell Klageberechtigten wie Mitbewerber oder Verbraucherschutzverbände (§ 8 Abs.3 UWG) einen Auskunftsanspruch nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) haben. Der Schutz vor SMS-Spam ist deswegen von Bedeutung, weil mobile Kommunikationsgeräte wie etwa Handys allgegenwärtig verwandt werden und es vermehrt zu unerwünschtem Empfang von Werbenachrichten kommt. Diese Werbestrategie ist für die Werbeindustrie insbesondere aufgrund der ubiquitären Erreichbarkeit vieler Rezipienten bei geringer Kostenbelastung von hohem wirtschaftlichem Interesse. Dieser Trend wird durch die Möglichkeit, SMS über das Internet kostengünstig zu versenden, verstärkt. Hinzukommt, dass der Rezipient gegenwärtig technisch

<sup>1</sup> BGH Urt. v. 11. März 2004 - Az.: I ZR 81/01.

---

nicht die Möglichkeit hat, präventiv den Empfang von SMS-Werbung zu filtern und zu blockieren - wie das etwa durch E-Mail-Spam-Filtern möglich ist. **Letztlich steht das Recht auf Anonymität des Spammers wie desjenigen, der von keiner Werbung erreicht werden will, im vorliegenden Cylaw-Report im Hintergrund.**

Teil 1: Sachverhalt.....	5
Teil 2: Auskunftsanspruch (§ 13a S. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 1, 2 UKlaG).....	6
A.    Anspruchsverpflichteter (§ 13a S. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 UKlaG) .....	7
B.    Anspruchsberechtigter (§ 13a S. 1 UKlaG) .....	7
I.    Nachweis eines Unterlassungsanspruchs oder genügt eine schriftliche Versicherung (§ 13a S. 1 UKlaG)? .....	7
II.   Unterlassungsanspruch nach allgemeinen Vorschriften (§§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog)) i.V.m. § 13a S. 1 UKlaG.....	8
1.    Beeinträchtigung des Eigentums (§ 1004 Abs. 1 S. 2 BGB) .....	9
2.    Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 1004 Abs. 1 S. 2 analog i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG) ....	10
3.    xy als Störer (§ 1004 Abs. 1 BGB) .....	11
4.    Wiederholungsgefahr .....	11
5.    Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung .....	11
a)    Eigentumsverletzung.....	12
b)    Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts .....	12
6.    Verschulden .....	13
7.    Zwischenergebnis .....	13
III.  Übermittlung unverlangter Werbung (§ 13a S.1 UKlaG) .....	14
1.    Übermittlung.....	14
2.    Werbung (Art. 2 lit. a) RL 2006/114/EG) .....	14
3.    Unverlangt (Art. 13 Abs. 1 RL 2002/58/EG) .....	14
a)    Einverständniserklärung im Rahmen des sog. „Opt-out“-Modells .....	15
b)    Einverständniserklärung im Rahmen des sog. „Opt-in“-Modells .....	15
c)    Entscheidung des BGH zur Erforderlichkeit eines Einverständnisses nach dem sog. „Opt-in“-Modell beim Empfang von Werbung durch SMS.....	15
IV.  Keine anderweitige Beschaffung (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG) .....	16
1.    Einrichten einer Fangschaltung?.....	16
2.    Auskunftsanspruch (§ 66h TKG)? .....	17
V.    Ausschluss des Anspruchs nach § 242 BGB .....	17
VI.  Ausschluss des Anspruchs (§ 13a S. 2 UKlaG)? .....	18
1.    Auskunftsanspruch (§ 13 Abs. 1 UKlaG).....	18
a)    A als Telekommunikationsdiensteanbieter.....	19
b)    Anspruchsinhaber: Qualifizierte Einrichtungen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1, 2 UKlaG) .....	19
c)    Schriftliche Versicherung (§ 13 Abs. 1 UKlaG) .....	20
d)    Zweckgebundenheit: Verbraucherschutz (§ 2 Abs. 1 UKlaG) .....	20
2.    Auskunftsanspruch (§ 8 Abs. 5 S. 1 UWG i.V.m. § 13 UKlaG).....	21

a)	Qualifizierte Einrichtungen als Berechtigte eines Unterlassungsanspruchs (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG i.V.m. § 4 Abs. 1, 2 UKlaG) .....	21
b)	Bestehen eines Unterlassungsanspruchs (§ 8 Abs. 1 UWG).....	21
aa)	geschäftliche Handlung (§ 3 Abs. 1 UWG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) .....	22
bb)	Unlautere geschäftliche Handlung (§ 3 Abs. 1 UWG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG).....	22
cc)	Nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung (§ 3 Abs. 1 UWG).....	23
c)	Zwischenergebnis .....	23
3.	Ausschluss des Anspruchs (§ 13a S. 1 UKlaG) bei einem bestehenden anderen Auskunftsanspruch (§ 13a S. 2 UKlaG) – abstrakte oder konkrete Betrachtung.....	23
C.	Ergebnis .....	25
Teil 3: Präventionsmöglichkeiten des Rufnummernmissbrauchs .....		25
Teil 4: Sanktionsmöglichkeiten gegen Spam .....		26
A.	Optionen für qualifizierte Einrichtungen und Privatleute nach UWG und BGB .....	26
B.	Optionen der Bundesnetzagentur .....	27
C.	Verschleierungsverbot und Bußgeldvorschriften im Telemediengesetz (E-Mail-Spam).....	27
D.	Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen.....	28
Teil 5: Schlussfolgerungen .....		30

## Teil 1: Sachverhalt

<sup>2</sup>A betreibt ein Mobilfunkunternehmen und ist Inhaberin des Rufnummernblocks, zu dem die Rufnummer xy gehört. B ist Privatperson und empfing am 13. Juni 2003 auf seinem privat genutzten Handy unverlangt eine Werbe-SMS von der Rufnummer xy, ohne den Absender ermitteln zu können. In ihr steht: „Jetzt bei xy einkaufen und exklusive Vorteile genießen! Nur gültig bis xx Datum!“ Lediglich die Zugehörigkeit der Rufnummer xy zu A konnte von B ermittelt werden. B hat auch nach Erhalt der SMS den Empfang von SMS gegenüber xy nicht genehmigt. B will den Absender nun zivilrechtlich wegen der unerlaubt versandten SMS (§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog)) auf Unterlassung in Anspruch nehmen.

### § 823 Abs. 1 BGB Schadensersatzpflicht

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

### § 1004 Abs. 1 BGB Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch

(1) Wird das **Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt**, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind **weitere Beeinträchtigungen** zu besorgen, so kann der Eigentümer **auf Unterlassung** klagen.

Hierzu begehrt B Auskunft von A über Namen und Anschrift des Inhabers der Rufnummer xy. Er fordert A schriftlich auf, Auskunft im o.g. Sinne zu geben und versichert ebenfalls schriftlich, dass er einen Unterlassungsanspruch gegen den Inhaber der Rufnummer xy besitzt. Als Anspruchsgrundlage beruft er sich auf § 13a S. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 1, 2 UKlaG.

### § 13 Abs. 1 UKlaG Auskunftsanspruch der anspruchsberechtigten Stellen

(1) Wer **geschäftsmäßig Post-, Telekommunikations-, Tele- oder Mediendienste erbringt** oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt, hat den **nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 3 anspruchsberechtigten Stellen** und Wettbewerbsverbänden auf deren Verlangen den Namen und die zustellungsfähige Anschrift eines am Post-, Telekommunikations-, Tele- oder Mediendiensteverkehr Beteiligten mitzuteilen, wenn die Stelle oder der Wettbewerbsverband **schriftlich versichert**, dass diese Angaben

1. **zur Durchsetzung eines Anspruchs nach § 1 oder § 2 benötigt werden** und
2. **anderweitig nicht zu beschaffen** sind.

### § 13a UKlaG Auskunftsanspruch sonstiger Betroffener

Wer von **einem anderen Unterlassung** der Lieferung unbestellter Sachen, der Erbringung unbestellter sonstiger Leistungen oder der Zusendung oder **sonstiger Übermittlung unverlangter Werbung verlangen kann**, hat den Auskunftsanspruch nach § 13 Abs. 1, 2 und 4 mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Anspruchs nach § 1 oder § 2 sein Anspruch auf Unterlassung **nach allgemeinen Vorschriften** tritt. Satz 1 ist **nicht anzuwenden, soweit nach § 13 oder nach § 8 Abs. 5 Satz 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ein Auskunftsanspruch besteht**.

<sup>2</sup> Die Schilderung des Sachverhalts erfolgt in Anlehnung an BGH Urt. vom 19.07.2007 – Az.: I ZR 191/04 .

A stellt sich auf den Standpunkt, nur gegenüber qualifizierten Einrichtungen, nicht aber gegenüber einzelnen Verbrauchern zu einer solchen Auskunft verpflichtet zu sein. Motiv von A ist, dass die Erfüllung von solchen Auskunftsbegehren Mühen und Kosten verursacht und A so wenig Auskunftsbegehren wie möglich erfüllen will. Darüber hinaus sei es effektiver, wenn B einen Antrag auf Fangschaltung stelle. Wenn er wirklich den SMS-Spammer ermitteln wolle, solle er sich an die Verbraucherschutzzentrale Hessen e.V. wenden. Deren Auskunftsanspruch werde A gegebenenfalls erfüllen. Besteht der Auskunftsanspruch des B gegen A nach dem UKlaG?

## Teil 2: Auskunftsanspruch (§ 13a S. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 1, 2 UKlaG)

B könnte einen Auskunftsanspruch (§ 13a S. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 1, 2 UKlaG) gegen A auf Nennung von Anschrift und Namen des Inhabers der Rufnummer xy haben. Dafür müsste B **Anspruchsberechtigter** sowie A **Anspruchsverpflichteter** sein (§ 13a S. 1 iVm. § 13 Abs. 1 UKlaG). Dies setzt voraus, dass

- A geschäftsmäßiger Telekommunikationsanbieter ist (§ 13a S. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 UKlaG)
- B schriftlich versichert, einen Anspruch gegen den Spammer zu haben (§ 13a S. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 S. 1 UKlaG) und
- die Auskunftsangaben nicht anderweitig beschaffbar sind (§ 13 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UKlaG)
- der Anspruch nicht ausgeschlossen ist, weil etwa eine Verbraucherschutzzentrale klagebefugt wäre (§ 13a S. 2 UKlaG).
- von As Rufnummernblock unverlangte Werbung versendet wurde.

### § 13 Abs. 1 UKlaG Auskunftsanspruch der anspruchsberechtigten Stellen

(1) Wer **geschäftsmäßig Post-, Telekommunikations-, Tele- oder Mediendienste erbringt** oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt, hat den **nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 3 anspruchsberechtigten Stellen** und Wettbewerbsverbänden auf deren Verlangen den Namen und die zustellungsfähige Anschrift eines am Post-, Telekommunikations-, Tele- oder Mediendiensteverkehr Beteiligten mitzuteilen, wenn die Stelle oder der Wettbewerbsverband **schriftlich versichert**, dass diese Angaben

1. **zur Durchsetzung eines Anspruchs nach § 1 oder § 2 benötigt** werden und
2. **anderweitig nicht zu beschaffen** sind.

### § 13a UKlaG Auskunftsanspruch sonstiger Betroffener

Wer von **einem anderen Unterlassung** der Lieferung unbestellter Sachen, der Erbringung unbestellter sonstiger Leistungen oder der Zusendung oder **sonstiger Übermittlung unverlangter Werbung verlangen kann**, hat den Auskunftsanspruch nach § 13 Abs. 1, 2 und 4 mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Anspruchs nach § 1 oder § 2 sein Anspruch auf Unterlassung **nach allgemeinen Vorschriften** tritt. Satz 1 ist **nicht anzuwenden, soweit nach § 13 oder nach § 8 Abs. 5 Satz 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ein Auskunftsanspruch besteht**.

## A. Anspruchsverpflichteter (§ 13a S. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 UKlaG)

A ist anspruchspflichtig, wenn er geschäftsmäßig tätiger Telekommunikationsanbieter ist (§ 13a S. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 UKlaG). Die Versendung von SMS ist ein Telekommunikationsdienst, den A nachhaltig und geschäftsmäßig anbietet. A ist Telekommunikationsanbieter, von dem auch die von xy verwendete Absenderrufnummer stammt.

### § 3 Nr. 6 a, 10, 24 TKG Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieses Gesetzes ist oder sind

6. "**Diensteanbieter**" jeder, der ganz oder teilweise geschäftsmäßig

a) **Telekommunikationsdienste** erbringt oder

10. "**geschäftsmäßiges** Erbringen von Telekommunikationsdiensten" das nachhaltige Angebot von Telekommunikation für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht;

24. "**Telekommunikationsdienste**" in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen;

Unstrittig wurde die Spam-SMS von einer Rufnummer des A versandt.

## B. Anspruchsberechtigter (§ 13a S. 1 UKlaG)

Anspruchsberechtigt ist, „wer von einem anderen die Unterlassung sonstiger Übermittlung unverlangter Werbung verlangen kann“ (§ 13a S. 1 UKlaG), und zwar „nach allgemeinen Vorschriften“. Damit ist der Unterlassungsanspruch aus §§ 823 Abs. 1 i.V.m. 1004 Abs. 1 S. 2 BGB – im Fall der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts: analog - gemeint.<sup>3</sup>

### I. Nachweis eines Unterlassungsanspruchs oder genügt eine schriftliche Versicherung (§ 13a S. 1 UKlaG)?

Ob ein allgemeiner Unterlassungsanspruch nach diesen allgemeinen Vorschriften tatsächlich bestehen muss, ist fraglich.

#### LG Bonn<sup>4</sup>:

„Zwar ist der Wortlaut des § 13a Satz 1 UKlaG ("Wer von einem anderen Unterlassung [...] verlangen kann...") bei einer isolierten Betrachtung so zu verstehen, dass es auf das tatsächliche Bestehen des Unterlassungsanspruchs ankommt. Die **Vorschrift muss jedoch im Zusammenhang mit der in Bezug genommenen Vorschrift des § 13 Abs. 1 UKlaG gelesen** werden, die Auskunftsansprüche zur Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen nach den §§ 1 und 2 UKlaG normiert und für die es bereits nach dem Wortlaut **ausreicht**, dass der Auskunftssuchende das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs **schriftlich versichert. Nach dem Willen des Gesetzgebers** sollte der Anspruch nach § 13a Satz 1 UKlaG inhaltlich an den Anspruch nach § 13 Abs. 1 UKlaG angelehnt werden. In den Gesetzesmaterialien (Bundestags-Drucksache 14/9353, Seite 7) heißt es:

<sup>3</sup> Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Unlauterer Wettbewerb-Gesetz, 26. Auflage 2008, § 13a, Rn.2.

<sup>4</sup> LG Bonn Urt. v. 19.07.2004, Az.: 6 S 77/04, Rn. 11 (juris).

"Inhaltlich folgt er" - gemeint ist der Anspruch nach § 13a Satz 1 UKlaG - "dem Muster des § 13 Unterlassungsklagengesetzes. Insbesondere soll der Auskunftsanspruch wie dort **nur davon abhängig sein, dass der Betroffene gegenüber dem Auskunftspflichtigen schriftlich versichert**, dass er die Angaben zur Durchsetzung seines Unterlassungsanspruchs benötigt und er sich die Angaben auch nicht anderweitig beschaffen kann. Es ist nämlich dem auskunftspflichtigen Diensteanbieter nicht zuzumuten, das Vorliegen der Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs im Einzelnen festzustellen; für die inhaltliche Richtigkeit der Versicherung muss daher der Betroffene allein verantwortlich sein."

Nach einer historischen und systematischen Auslegung der Vorschriften zeigt sich also, dass B keinen Unterlassungsanspruch nachweisen oder geltend machen muss.<sup>5</sup> Vielmehr reicht eine schriftliche Versicherung des B aus, dass die Angaben zur Durchsetzung eines Anspruchs benötigt werden und anderweitig nicht zu beschaffen sind.<sup>6</sup>

#### **LG Bonn<sup>7</sup>:**

„Denn der Auskunftsanspruch aus § 13a Satz 1 UKlaG ist nicht davon abhängig, dass ein Unterlassungsanspruch nach den allgemeinen Vorschriften tatsächlich besteht. **Es reicht vielmehr aus, dass der Auskunftssuchende das Bestehen eines solchen Unterlassungsanspruchs schriftlich versichert.**“

Hier hat B laut Sachverhalt gegenüber A schriftlich einen Unterlassungsanspruch gegenüber xy versichert, so dass dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt ist. B muss im Prozess also nur die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs „**schlüssig**“ darlegen, so dass für A hinreichend klar erkennbar ist, zu welchem Zweck der B die begehrte Auskunft benötigte und dass die begehrte Auskunft aus seiner Sicht anderweitig nicht zu beschaffen war.<sup>8</sup> **Hierbei muss allein eine evidente Unrichtigkeit der dargelegten Anspruchsvoraussetzungen ausgeschlossen werden.**<sup>9</sup>

#### **FEX: Schlüssigkeit**

Im Folgenden soll die Schlüssigkeit der geltend gemachten Anspruchsvoraussetzungen des §§ 823 Abs. 1 i.V.m. 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog geprüft werden. Es ist also auszuschließen, dass B eine offensichtlich unrichtige Versicherung abgegeben hat.

## **II. Unterlassungsanspruch nach allgemeinen Vorschriften (§§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog)) i.V.m. § 13a S. 1 UKlaG**

Der Unterlassungsanspruch kann

- entweder auf die Verletzung des Eigentums gestützt werden (dann Anspruchgrundlage § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB)

<sup>5</sup> LG Bonn Urte. v. 19.07.2004, Az.: 6 S 77/04, Rn. 11 (juris).

<sup>6</sup> LG Bonn Urte. v. 19.07.2004, Az.: 6 S 77/04, Rn. 11 (juris).

<sup>7</sup> LG Bonn Urte. v. 19.07.2004, Az.: 6 S 77/04, Rn. 11 (juris).

<sup>8</sup> LG Bonn Urte. v. 19.07.2004, Az.: 6 S 77/04, Rn. 11 (juris).

<sup>9</sup> AG Bonn Urte. v. 25.3.2004, Az.: 14 C 591/03, Rn 20 (juris).

- oder auf die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (dann Anspruchsgrundlage § 823 Abs. 1 i.Vm. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog).

## 1. Beeinträchtigung des Eigentums (§ 1004 Abs. 1 S. 2 BGB)

### § 1004 BGB Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch

(1) Wird das **Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt**, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen.

Zu prüfen ist, ob die Übermittlung unverlangter SMS-Werbung als Eigentumsbeeinträchtigung qualifiziert werden kann.

### § 903 S. 1 BGB Befugnisse des Eigentümers

„Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.“

Durch den ungewollten Empfang von SMS-Spam wird die Speicherkapazität für SMS-Mitteilungen auf dem Mobiltelefon beschränkt. SMS-Spam beeinflussen die Speicherkapazität deswegen noch weitgehender als E-Mail-Spam die Speicherkapazität der Mailbox. Die Gefahr des „Überlaufens“ der SMS-Box mit der Folge, dass erwünschte SMS-Nachrichten nicht empfangen werden können, ist deshalb nicht unerheblich. Der Eigentümer kann nicht mehr mit der Sache nach Belieben verfahren und ist in seiner tatsächlichen Herrschaftsmacht über das Gerät eingeschränkt ist.

### LG Bonn<sup>10</sup>:

„Nach der Rechtsprechung des LG Berlin, der die Kammer folgt, ist die Versendung unverlangter SMS-Werbung als **rechtswidrige Eigentumsbeeinträchtigung** anzusehen, wenn nicht der Empfänger sein Einverständnis ausdrücklich erklärt hat oder dieses im geschäftlichen Verkehr ausnahmsweise zu vermuten ist. [...]

Zwar weist die Beklagte zu Recht darauf hin, dass der Empfang einer SMS - anders als der Empfang einer E-Mail - für den Empfänger in der Regel nicht mit zusätzlichen Kosten verbunden ist. Stattdessen ist die SMS-Werbung für den Empfänger jedoch mit sonstigen **Unzulänglichkeiten** verbunden, die - anders als etwa bei der Briefwerbung - der Annahme seines **stillschweigenden Einverständnisses entgegenstehen** und die die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs auch bei einer nur einmaligen Beeinträchtigung nicht als treuwidrig erscheinen lassen (§ 242 BGB).“

Eine Eigentumsbeeinträchtigung liegt deswegen vor.

<sup>10</sup> LG Bonn Urt. v. 19.07.2004, Az.: 6 S 77/04, Rn. 9 (juris).

## 2. Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (§ 1004 Abs. 1 S. 2 analog i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG)

### Art 1 Abs. 1 GG

(1) <sup>1</sup>Die Würde des Menschen ist unantastbar.[ ...]

### Art 2 Abs. 1 GG

(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

### FEX: Analoge Anwendung von § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB

Aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG konkretisiert die Rechtsprechung den Schutz des „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“. Diese „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ wird als „sonstiges Recht“ in § 823 Abs. 1 BGB geschützt.

### § 823 Abs. 1 BGB Schadensersatzpflicht

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder **ein sonstiges Recht** eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Das BGB enthält in grammatischer Auslegung (§ 1004 Abs. 1 S. 2 BGB) nur einen Unterlassungsanspruch hinsichtlich Eigentumsbeeinträchtigungen. In einer analogen Anwendung<sup>11</sup> erstreckt die Rechtsprechung den Unterlassungsanspruch (§ 1004 Abs. 1 S. 2 BGB) aber auch auf den Schutz „sonstiger Rechte“ in § 823 Abs. 1 BGB.

Die analoge Anwendung von Rechtsnormen dient der Ausfüllung von Gesetzeslücken. Sie kommt immer dann in Betracht, wenn

- eine planwidrige Regelungslücke vorliegt und
- eine vergleichbare Interessenlage besteht.

(Vergleiche zur analogen Anwendung der Grundsätze der Störerhaftung zum Schutz anderer Rechtsgüter als des in § 1004 BGB genannten „Eigentums“: [CyLaw Report XI.](#))

Mit der Übermittlung ungewollter SMS-Spam ist ein Eindringen in die Privatsphäre verbunden,<sup>12</sup> „...die vor dem wirtschaftlichen Gewinnstreben Dritter Schutz verdient.“<sup>13</sup> Folglich wurde auch eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hinreichend dargelegt.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Bassenge, in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage, § 1004, Rn. 4 mit weiteren Nachweisen.

<sup>12</sup> BGHZ 60, 296, 300 - Briefwerbung; BGHZ 54, 188, 191 - Telefonwerbung.

<sup>13</sup> BGHZ 54, 188, 191, Rn. 8 (juris).

<sup>14</sup> So auch LG Berlin, MMR 2003 Heft 6, 419; AG Rstk, NJW-RR 03, 1282 (für das unerwünschte Versenden von E-Cards).

### LG Berlin<sup>15</sup>:

„Die Übersendung nicht verlangter Werbung mittels SMS an seine Mobilfunknummer ... stellte einen **rechtswidrigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht** des Klägers dar.“

Somit ist eine Beeinträchtigung im Sinne von § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog dargelegt.

### FEX: Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Nach hier vertretener Ansicht wäre in einer dogmatischen Auslegung auch zu prüfen, ob nicht vorrangig das Recht auf informationelle Selbstbestimmung beeinträchtigt ist. Nach FÖR-Ansicht schützt dies nämlich nicht nur davor, dass Daten der Bestimmungsmacht des Betroffenen<sup>16</sup> entzogen werden, sondern auch in den Herrschaftsbereich des Betroffenen Daten gelangen, die er nicht erhalten will. Dies überzeugt umso mehr, als die ungewollten Daten unter Ausnutzung eines personenbezogenen Datums – nämlich der Handynummer des B – zugesandt wurden. **Im Ergebnis** besteht aber zur Bejahung der Eröffnung des Geltungsbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kein Unterschied.

### 3. xy als Störer (§ 1004 Abs. 1 BGB)

Unmittelbarer Störer ist derjenige, der durch seine Handlung oder Unterlassung die Beeinträchtigung bewirkt.<sup>17</sup> Vorliegend hat der Inhaber der Rufnummer xy die Werbe-SMS unverlangt an B versandt und damit durch positives Handeln die Beeinträchtigung bewirkt.

### 4. Wiederholungsgefahr

Die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr (§ 1004 Abs. 1 S. 2 BGB („zu besorgen ist“)) ist auf Grund der ersten Beeinträchtigung und der zu erwartenden weiteren SMS-Spam-Nachrichten dargelegt.

### 5. Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung

Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal müsste B die Rechtswidrigkeit darlegen. Die Rechtswidrigkeit von SMS-Spam richtet sich nach den gleichen Grundsätzen wie die von E-Mail-Spam. Die Werbung ist rechtswidrig,

- wenn nicht der Empfänger sein **Einverständnis** ausdrücklich erklärt hat oder
- dieses **im geschäftlichen Verkehr** ausnahmsweise zu vermuten ist.<sup>18</sup> Mit diesem Kriterium wird zwischen Werbung gegenüber Geschäfts- und Privatleuten unterschieden.

<sup>15</sup> LG Berlin Ur. v. 14.01.2003, Az.: 15 O 420/02, Rn. 24 (juris).

<sup>16</sup> Die Verwendung männlicher Sprache negiert nicht die Existenz weiblicher Kompetenz.

<sup>17</sup> Spindler/Weber in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 1. Auflage 2008, § 1004, Rn. 8.

## a) Eigentumsverletzung

Die Rechtswidrigkeit ist zunächst aufgrund der Eigentumsverletzung indiziert. Es liegt weder eine Einwilligung noch eine Genehmigung durch B vor – also kein Einverständnis. B hat das Handy auch als Privatmann genutzt – es kann nicht vermutet werden, dass er als Geschäftsmann an der Werbung interessiert war.

## b) Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Bei sogenannten „Rahmenrechten“ wie dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ist die Rechtswidrigkeit nicht durch die Rechtsverletzung indiziert (dogmatische Auslegung). Vielmehr ist unter Berücksichtigung aller Umstände abzuwägen, ob der Eingriff rechtmäßig ist.<sup>19</sup> Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung stellt das Eindringen in die Privat- oder Geschäftssphäre durch Direktwerbung im Falle unzumutbarer Belästigung des Empfängers eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar.<sup>20</sup> Kennzeichnend für diese Rechtsprechung ist, dass

- von der grundsätzlichen Rechtmäßigkeit von unverlangter Briefwerbung und
- von der grundsätzlichen Rechtswidrigkeit von unverlangter E-Mail-Werbung

ausgegangen wird.

Grund für diese unterschiedliche Bewertung sollen die Zeit, Mühe und auch Kosten, die der Empfänger zur Sichtung und Löschung der Werbe-E-Mails aufwenden muss, sein.

### FEX: Rechtmäßigkeit von Brief-Spam

Diese klassische Unterscheidung und Privilegierung der Real-World-Post überzeugt unter dem Aspekt des negativen Rezipienteninteresses nicht. Auch die Gefahr des „Überquellens“ des Briefkastens, die Mühe der Kenntnisnahme und die Organisation der Entsorgung sind bei Briefen nach FÖR-Ansicht erheblich.

#### LG Berlin<sup>21</sup>:

„**SMS-Werbung** ist mit der **grds. zulässigen Brief- und Wurfsendungswerbung** nicht vergleichbar, sondern vielmehr **ebenso belästigend wie die grds. unzulässige E-Mail-Werbung**. Zuzugeben ist den Bekl. allerdings, dass der Erhalt einer SMS für den Empfänger ebenso wenig mit Kosten verbunden ist wie der Erhalt eines Briefs und dass sich darin beide Werbeformen von der E-Mail-Werbung unterscheiden. **Die Belastung mit Kosten ist jedoch nicht allein ausschlaggebend**, sondern nur eines von mehreren Elementen,

<sup>18</sup> LG Berlin, MMR 2003, 419, 420; i.E. auch Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., § 1 UWG Rn. 70 c.

<sup>19</sup> Sprau, in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl., § 823 Rn. 184.

<sup>20</sup> BGH Urt. v. 30.04.1992, Az.: I ZR 287/90 - Briefwerbung; BGH GRUR 1970, 523, 524 – Telefonwerbung I; BGH GRUR 1989, 753, 754 - Telefonwerbung II; BGH GRUR 1990, 280, 281 - Telefonwerbung III; BGH GRUR 1991, 764, 765 - Telefonwerbung IV; BGH GRUR 1995, 220 - Telefonwerbung V; BGH GRUR 2000, 818, 819 - Telefonwerbung VI; BGH GRUR 1994, 380, 382 - Lexikothek; BGH Urt. v. 5.12.1991 - I ZR 53/90 – Postwurfsendung; BGH GRUR 2004, 520, 521 - Telefonwerbung für Zusatzeintrag.

<sup>21</sup> LG Berlin Urt. v. 14.01.2003, Az.: 15 O 420/02, Rn. 28 (juris).

die - ggf. in ihrem Zusammenwirken - eine Belästigung begründen können. Dass es nicht allein oder auch nur primär auf den Aspekt der Kostenlast ankommen kann, zeigt bereits, dass unaufgeforderte Telefonwerbung ebenfalls nicht mit Kosten für den Angerufenen verbunden ist und es sich bei ihr um einen klassischen und eindeutigen Fall von grds. unzulässiger Direktwerbung handelt. Auch der SMS-Werbung sind **Unzuträglichkeiten** für den Empfänger immanent, die der Annahme seines stillschweigenden Einverständnisses mit dieser Werbeart entgegenstehen. Ist das Mobiltelefon eingeschaltet, etwa weil sein Besitzer für private Anrufe und etwa auch private SMS-Mitteilungen erreichbar sein will, so ertönt bei Eingang einer SMS ein - je nach individueller Einstellung - kürzerer oder längerer Signalton. Bereits darin liegt ein **aktives Eindringen in die Privatsphäre**, die insoweit mit einem Telefonanruf vergleichbar ist und die SMS-Werbung von der Brief- und der E-Mail-Werbung unterscheidet. Anders als bei einer eingehenden E-Mail **erkennt der Empfänger anhand des zugleich erscheinenden Briefsymbols nicht den Absender der SMS**, sondern er gelangt je nach Menü des Mobiltelefons nach Drücken einer Taste sofort in den Text der SMS oder in den Ordner „Posteingang“. Eine Betreff- oder Absenderzeile wie bei einer E-Mail im Posteingangsordner der Mailbox gibt es nicht. Die Absenderdaten wie Name, Mobilfunknummer, Sendedatum stehen regelmäßig am Ende des Texts einer SMS, sodass der Empfänger **grds. zu deren Lektüre gezwungen** ist; eine Möglichkeit, sie von vornherein klar und unzweideutig als Werbung zu erkennen und auszusondern, besteht nicht. Darüber hinaus ist die **Speicherkapazität** für eingehende SMS-Mitteilungen auf dem Mobiltelefon weitaus beschränkter als die der Mailbox für E-Mails, sodass die **Gefahr des „Überlaufens“ der SMS-Box weitaus höher** ist mit der Folge, dass erwünschte SMS-Nachrichten nicht empfangen werden können. Dies alles spricht dafür, die Werbung per SMS für unzulässig zu halten, sofern nicht der Empfänger sich mit dieser Werbeform einverstanden erklärt hat.“

Somit ist aufgrund der fehlenden Einwilligung bzw. Genehmigung des B und der nicht geschäftlichen Nutzung des Handys die Rechtswidrigkeit aufgrund der Unzumutbarkeit von SMS-Spam schlüssig dargelegt.

## 6. Verschulden

Der Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog) ist verschuldensunabhängig.<sup>22</sup>

## 7. Zwischenergebnis

Somit ist der Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog) schlüssig dargelegt. Es kommt jetzt darauf an, ob die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen von § 13a S. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG vorliegen.

### § 13 Abs. 1 UKlaG Auskunftsanspruch der anspruchsberechtigten Stellen

(1) Wer **geschäftsmäßig Post-, Telekommunikations-, Tele- oder Mediendienste erbringt** oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt, hat den **nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 3 anspruchsberechtigten Stellen** und Wettbewerbsverbänden auf deren Verlangen den Namen und die zustellungsfähige Anschrift eines am Post-, Telekommunikations-, Tele- oder Mediendiensteverkehr Beteiligten mitzuteilen, wenn die Stelle oder der Wettbewerbsverband **schriftlich versichert**, dass diese Angaben

1. zur Durchsetzung eines Anspruchs nach § 1 oder § 2 benötigt werden und

<sup>22</sup> Bassenge, in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage, § 1004, Rn. 13.

2. **anderweitig nicht zu beschaffen** sind.

### **§ 13a UKlaG Auskunftsanspruch sonstiger Betroffener**

Wer von **einem anderen Unterlassung** der Lieferung unbestellter Sachen, der Erbringung unbestellter sonstiger Leistungen oder der Zusendung oder **sonstiger Übermittlung unverlangter Werbung verlangen kann**, hat den Auskunftsanspruch nach § 13 Abs. 1, 2 und 4 mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Anspruchs nach § 1 oder § 2 sein Anspruch auf Unterlassung **nach allgemeinen Vorschriften** tritt. Satz 1 ist **nicht anzuwenden, soweit nach § 13 oder nach § 8 Abs. 5 Satz 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ein Auskunftsanspruch besteht**.

## **III. Übermittlung unverlangter Werbung (§ 13a S.1 UKlaG)**

### **1. Übermittlung**

In dem Versand und Empfang der SMS von xy über A an B liegt eine Übermittlung vor (§ 13a S. 1 UKlaG).

### **2. Werbung (Art. 2 lit. a) RL 2006/114/EG)**

Die SMS müsste unverlangte Werbung (§ 13a S. 1 UKlaG) sein. Werbung wird verbindlich im Europarecht (Art. 2 lit. a) in der europäischen Richtlinie zur irreführenden und vergleichenden Werbung) definiert. Eine Definition im deutschen Recht fehlt.

#### **Art. 2 lit. a) RL 2006/114/EG**

Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet

a) „**Werbung**“ jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern;[...]

#### **Artikel 249 EG [Verordnung, Richtlinie, Entscheidung, Empfehlung und Stellungnahme]**

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben und nach Maßgabe dieses Vertrags erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemeinsam, der Rat und die Kommission Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen, sprechen Empfehlungen aus oder geben Stellungnahmen ab. [...]

Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden **Zieles verbindlich**, überlässt jedoch den **innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel**.

In der vorliegenden SMS bewirbt A seine Waren, um Kunden zu gewinnen, so dass eine Äußerung des A bei der Ausübung seines Gewerbes mit dem Ziel der Absatzförderung und damit Werbung (Art. 2 lit. a) RL 2006/114/EG) vorliegt.

### **3. Unverlangt (Art. 13 Abs. 1 RL 2002/58/EG)**

Die SMS als elektronische Post müsste weiterhin unverlangt sein. Art. 13 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation besagt, dass das Versenden von elektronischer Post nur mit vorheriger Einwilligung des Empfängers rechtmäßig ist.

#### Artikel 13 Abs. 1 RL 2002/58/EG

Unerbetene Nachrichten

(1) Die **Verwendung** von automatischen Anrufsystemen ohne menschlichen Eingriff (automatische Anrufmaschinen), Faxgeräten oder **elektronischer Post** für die Zwecke der Direktwerbung **darf nur bei vorheriger Einwilligung** der Teilnehmer gestattet werden.

Bei Einverständniserklärungen zu Werbung ist zwischen dem sog. „Opt-out“ und „Opt-in“-Verfahren zu unterscheiden.

#### a) Einverständniserklärung im Rahmen des sog. „Opt-out“-Modells

Im Rahmen des sog. „Opt-out“-Modells wird auf eine aktive Zustimmung des Empfängers verzichtet. Die Einverständniserklärung wird gemeinsam mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt, insbesondere durch Klauseln in sogenannten allgemeinen Geschäftsbedingungen. Durch das **passive** Verhalten des Empfängers, der nicht ausdrücklich erklärt, Werbung nicht erhalten zu wollen, wird das Einverständnis erteilt. Dies ermöglicht Einwilligungsklauseln, die so gestaltet sind, dass der Kunde tätig werden und ein Kästchen **ankreuzen muss**, wenn er seine Einwilligung in die Zusendung von **Werbung** unter Verwendung von elektronischer Post **nicht** erteilen will.

#### b) Einverständniserklärung im Rahmen des sog. „Opt-in“-Modells

Beim „Opt-in“-Modell muss hingegen **aktiv** das Einverständnis des Empfängers erteilt werden, etwa durch **Ankreuzen** entsprechender AGB-Klauseln. Ein lediglich passives Verhalten genügt nunmehr nicht.

#### c) Entscheidung des BGH zur Erforderlichkeit eines Einverständnisses nach dem sog. „Opt-in“-Modell beim Empfang von Werbung durch SMS

Der BGH hat judiziert, dass es bei Empfang von Werbung, die durch Telefon, Fax, SMS oder E-Mail erfolgt, einer ausdrücklichen Einverständniserklärung der Verbraucher nach dem „Opt-in“-Verfahren bedarf.<sup>23</sup> Das Erfordernis einer gesonderten Erklärung ergebe sich aus der EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (2002/58/EG), die der deutsche Gesetzgeber mit der Regelung des § 7 UWG umsetzen wollte.

#### § 7 Abs. 1 und 2 UWG Unzumutbare Belästigungen

(1) Eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, ist unzulässig. Dies gilt insbesondere für Werbung, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht.

(2) Eine **unzumutbare Belästigung** ist stets anzunehmen

1. bei Werbung unter Verwendung eines in den Nummern 2 und 3 nicht aufgeführten, für den Fernabsatz geeigneten Mittels der kommerziellen Kommunikation, durch die ein Verbraucher hartnäckig angesprochen wird, obwohl er dies erkennbar nicht wünscht;

<sup>23</sup> BGH Urt. v. 16.07.2008, Az.: VIII ZR 348/06, Rn. 27 (juris).

2. bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen Einwilligung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung;
3. bei **Werbung unter Verwendung** einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder **elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt**, oder
4. bei Werbung mit einer Nachricht, bei der die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder bei der keine gültige Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

Nach dieser Richtlinie kann die Einwilligung in jeder geeigneten Weise gegeben werden, durch die der Wunsch des Nutzers in einer "spezifischen Angabe" zum Ausdruck kommt. Diese Formulierung mache deutlich, dass eine gesonderte, nur auf die Einwilligung in die Zusendung von Werbung mittels elektronischer Post bezogene Zustimmungserklärung des Betroffenen erforderlich ist.

#### **BGH<sup>24</sup>:**

„Einwilligungsklauseln, die so gestaltet sind, dass der Kunde tätig werden und ein Kästchen ankreuzen muss, wenn er seine Einwilligung in die Zusendung von Werbung unter Verwendung von elektronischer Post nicht erteilen will ("Opt-out"-Erklärung), sind von dieser Vorschrift nicht gedeckt. **§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG verlangt vielmehr, dass die Einwilligung mittels einer gesonderten Erklärung erteilt wird ("Opt-in"-Erklärung).**[...]

Dem werden Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht gerecht, wenn die Einwilligung in Textpassagen enthalten ist, die auch andere Erklärungen oder Hinweise enthalten. Es fehlt bei derart vorformulierten Erklärungen an der geforderten **spezifischen** Einwilligungserklärung, wenn der Kunde weder ein bestimmtes Kästchen anzukreuzen hat noch sonst eine vergleichbar eindeutige Erklärung seiner Zustimmung abzugeben braucht. Eine solche Erklärung liegt insbesondere nicht allein schon in der Unterschrift, mit der der Kunde das auf Rabattgewährung gerichtete Vertragsangebot annimmt. Die geforderte **spezifische Angabe verlangt vielmehr eine gesonderte Erklärung durch zusätzliche Unterschrift oder individuelles Markieren eines entsprechenden Feldes ("Opt-in"-Erklärung).**“

Vorliegend liegt keine Einverständniserklärung des B vor, so dass das Zusenden der Werbe-SMS eine unverlangte Werbung darstellt.

#### **IV. Keine anderweitige Beschaffung (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG)**

Die personenbezogenen Daten des xy dürften für B nicht anderweitig beschaffbar gewesen sein (§ 13 Abs. 1, Nr. 2 UKlaG).

##### **1. Einrichten einer Fangschaltung?**

Hier wurde von A der Antrag auf Einrichtung einer Fangschaltung vorgeschlagen. Dazu führt das AG Bonn aus:

<sup>24</sup> BGH Urt. v. 16.07.2008, Az.: VIII ZR 348/06, Rn. 27 (juris).

### AG Bonn<sup>25</sup>:

„Die Beklagte hat zwar dem Kläger die Einrichtung einer Fangschaltung angeboten, jedoch lässt dieses Verfahren **nicht das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers entfallen**. Denn sein Klageziel wird damit **nicht auf einfachere Art und Weise** erreicht. Der Zweck einer Fangschaltung setzt voraus, daß der Kläger auf eine neue SMS wartet, um dann die begehrte Information über den Absender erhalten zu können. Jedoch möchte der Kläger genau dies verhindern. Die Klage zielt darauf ab, den Erhalt jeglicher weiterer unerwünschter SMS des Absenders zu unterbinden.“

Da eine Fangschaltung dem Zweck der Unterlassungsklage entgegensteht und den erneuten Empfang einer rechtswidrigen SMS erfordert, ist sie kein geeignetes Mittel, um die begehrten Daten anderweitig zu beschaffen.

## 2. Auskunftsanspruch (§ 66h TKG)?

Weiterhin wäre ein Auskunftersuchen denkbar, wenn der Absender der Werbe-SMS xy eine 0190er oder 0900er Rufnummer verwendet hat (§ 66h TKG).

### § 66h Abs. 1 TKG Auskunftsanspruch, Datenbank für (0)900er Rufnummern

(1) Jedermann kann in Schriftform von der Bundesnetzagentur Auskunft über den Namen und die ladungsfähige Anschrift desjenigen verlangen, der über eine **(0)190er Rufnummer** Dienstleistungen anbietet. Die Auskunft soll innerhalb von zehn Werktagen erteilt werden. Die Bundesnetzagentur kann von ihren Zuteilungsnehmern oder von demjenigen, in dessen Netz die (0)190er Rufnummer geschaltet ist oder war, Auskunft über die in Satz 1 genannten Angaben verlangen. Diese Auskunft muss innerhalb von fünf Werktagen nach Eingang einer Anfrage der Bundesnetzagentur erteilt werden. Die Verpflichteten nach Satz 2 haben die Angaben erforderlichenfalls bei ihren Kunden zu erheben und aktuell zu halten. Jeder, der die entsprechende (0)190er Rufnummer weitergegeben hat oder nutzt, ist zur Auskunft gegenüber dem Zuteilungsnehmer und gegenüber der Bundesnetzagentur verpflichtet.

Vorliegend kommt ein solcher Anspruch nicht in Betracht, da xy keine 0190er oder 0900er Rufnummer verwendet hat.

## V. Ausschluss des Anspruchs nach § 242 BGB

Voraussetzung eines begründeten Auskunftsverlangens (§§ 13a, 13 UKlaG) ist nach der Literatur zusätzlich ein "sachlicher Zusammenhang" zwischen der jeweiligen unverlangten Werbung und der Telefonnummer (bzw. Faxnummer, E-Mail-Adresse), deretwegen Auskunft verlangt wird. Dieser muss schlüssig dargelegt werden. Sonst steht dem Auskunftsanspruch der Rechtsmissbrauchseinwand aus § 242 BGB entgegen.<sup>26</sup> B hat hier schlüssig dargelegt, dass die unverlangte Werbung von xy zum Rufnummernblock des A gehört. Der „sachliche Zusammenhang“ liegt damit vor.

<sup>25</sup> AG Bonn Urt. v. 25.03.2004, Az.: 14 C 591/03, Rn. 15 (juris).

<sup>26</sup> Nikolaus Konstantin Rehart/Sebastian Eckhardt: Auskunftsanspruch und (k)ein Ende?, WRP 2008, 1286, 1293.

## § 242 BGB Leistung nach Treu und Glauben

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

## VI. Ausschluss des Anspruchs (§ 13a S. 2 UKlaG)?

§ 13 S. 1 UKlaG ist nicht anzuwenden, soweit

- nach § 13 UKlaG oder
- nach § 8 Abs. 5 S. 1 UWG

ein Auskunftsanspruch besteht (§ 13a S. 2 UKlaG).

## § 13a UKlaG Auskunftsanspruch sonstiger Betroffener

Wer **von einem anderen Unterlassung** der Lieferung unbestellter Sachen, der Erbringung unbestellter sonstiger Leistungen oder der **Zusendung** oder sonstiger Übermittlung **unverlangter Werbung verlangen kann**, hat den Auskunftsanspruch nach § 13 Abs. 1, 2 und 4 mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Anspruchs nach § 1 oder § 2 **sein Anspruch auf Unterlassung nach allgemeinen Vorschriften** tritt. **Satz 1 ist nicht anzuwenden, soweit nach § 13 oder nach § 8 Abs. 5 Satz 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ein Auskunftsanspruch besteht.**

### 1. Auskunftsanspruch (§ 13 Abs. 1 UKlaG)

Es könnte ein Auskunftsanspruch einer anspruchsberechtigten Stelle (§ 3 Abs. 1 UKlaG) vorliegen. Hier könnte demnach - wie von A vorgetragen - ein Auskunftsanspruch der Verbraucher-Zentrale Hessen e.V. bestehen, wenn A Telekommunikationsdienste erbringt und die Verbraucher-Zentrale Hessen e.V. schriftlich versichert, dass sie den Namen und die zustellungsfähige Anschrift des xy zur Durchsetzung eines Anspruchs nach § 2 UKlaG benötigt (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG) oder nicht anderweitig beschaffen kann (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG). Dieser Auskunftsanspruch müsste auch zweckgebunden sein (§ 2 Abs. 1 UKlaG).

## § 2 UKlaG Unterlassungsanspruch bei verbraucherschutzgesetzwidrigen Praktiken

(1) Wer in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen **Vorschriften zuwiderhandelt, die dem Schutz der Verbraucher dienen** (Verbraucherschutzgesetz), kann **im Interesse des Verbraucherschutzes** auf **Unterlassung** in Anspruch genommen werden. Werden die Zuwiderhandlungen in einem geschäftlichen Betrieb von einem Angestellten oder einem Beauftragten begangen, so ist der Unterlassungsanspruch auch gegen den Inhaber des Betriebs begründet.

(2) **Verbraucherschutzgesetz** im Sinne dieser Vorschrift sind insbesondere

1. die **Vorschriften des Bürgerlichen Rechts**, die für Verbrauchsgüterkäufe, Haustürgeschäfte, Fernabsatzverträge, Teilzeit-Wohnrechteverträge, Reiseverträge, Verbraucherdarlehensverträge sowie für Finanzierungshilfen, Ratenlieferungsverträge, Darlehensvermittlungsverträge und Zahlungsdienste zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher gelten, [...]

### § 3 Abs. 1 UKlaG Anspruchsberechtigte Stellen

(1) Die in den §§ 1 und 2 bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung und auf Widerruf stehen zu:

1. **qualifizierten Einrichtungen**, die nachweisen, dass sie in die **Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4** oder in dem Verzeichnis der Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach Artikel 4 der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. EG Nr. L 166 S. 51) in der jeweils geltenden Fassung eingetragen sind, [...].

2.rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsgemäßen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen, und, bei Klagen nach § 2, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben und der Anspruch eine Handlung betrifft, die die Interessen ihrer Mitglieder berührt und die geeignet ist, den Wettbewerb nicht unerheblich zu verfälschen;

3.den Industrie- und Handelskammern oder den Handwerkskammern.

#### **§ 13 Abs. 1 UKlaG Auskunftsanspruch der anspruchsberechtigten Stellen**

(1) Wer **geschäftsmäßig Post-, Telekommunikations-, Tele- oder Mediendienste erbringt** oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt, hat den **nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 3 anspruchsberechtigten Stellen** und Wettbewerbsverbänden auf deren Verlangen den Namen und die zustellungsfähige Anschrift eines am Post-, Telekommunikations-, Tele- oder Mediendiensteverkehr Beteiligten mitzuteilen, wenn die Stelle oder der Wettbewerbsverband **schriftlich versichert**, dass diese Angaben

1. **zur Durchsetzung eines Anspruchs nach § 1 oder § 2 benötigt** werden und
2. **anderweitig nicht zu beschaffen** sind.

#### **a) A als Telekommunikationsdiensteanbieter**

Da A ein Telekommunikationsunternehmen ist, erbringt er geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste (§ 3 Nr. 24 TKG; siehe bereits oben unter A).

#### **§ 3 Abs. 1 Nr. 24 TKG Begriffsbestimmungen**

Im Sinne dieses Gesetzes ist oder sind

24. **"Telekommunikationsdienste"** in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen;

#### **b) Anspruchsinhaber: Qualifizierte Einrichtungen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1, 2 UKlaG)**

Die Verbraucher-Zentrale Hessen e.V.<sup>27</sup> stellt einen tauglichen Anspruchsinhaber dar, da sie in der Liste qualifizierter Einrichtungen des Bundesamts für Justiz (Nr. 60) steht (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1, 2 UKlaG). Es wird unwiderleglich vermutet, dass sie als Verbraucherzentrale diese Voraussetzungen erfüllt (§ 4 Abs. 2 S. 2 UKlaG).<sup>28</sup>

#### **§ 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG Anspruchsberechtigte Stellen**

(1) Die in den §§ 1 und 2 bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung und auf Widerruf stehen zu:

<sup>27</sup> Die Internetseite der Verbraucher-Zentrale Hessen e.V. lautet: [www.verbraucher.de](http://www.verbraucher.de)

<sup>28</sup> Auch ohne Rekurs auf die Vermutungsregel (§ 4 Abs. 2 S. 2 UKlaG) liegen die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 S. 1 UKlaG vor: Ihre Aufgabe als rechtsfähiger Verband ist die auf Dauer angelegte nicht gewerbsmäßige Wahrnehmung der Verbraucherinteressen ist, sie hat in diesem Aufgabenbereich tätige Verbände als Mitglieder, besteht seit 1959 und bietet auf Grund ihrer bisherigen Tätigkeit Gewähr für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung bieten.

1. **qualifizierten Einrichtungen**, die nachweisen, dass sie in die **Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4** oder in dem Verzeichnis der Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach Artikel 4 der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. EG Nr. L 166 S. 51) in der jeweils geltenden Fassung eingetragen sind, [...].

#### **§ 4 Abs. 1, 2 UKlaG Qualifizierte Einrichtungen**

(1) Das **Bundesamt für Justiz führt eine Liste qualifizierter Einrichtungen**. Diese Liste wird mit dem Stand zum 1. Januar eines jeden Jahres im Bundesanzeiger bekannt gemacht und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften unter Hinweis auf Artikel 4 Abs. 2 der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. EG Nr. L 166 S. 51) zugeleitet.

(2) In die Liste werden auf Antrag **rechtsfähige Verbände eingetragen, zu deren satzungsmäßigen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung nicht gewerbsmäßig und nicht nur vorübergehend wahrzunehmen**, wenn sie in diesem Aufgabenbereich tätige Verbände oder mindestens 75 natürliche Personen als Mitglieder haben, seit mindestens einem Jahr bestehen und auf Grund ihrer bisherigen Tätigkeit Gewähr für eine sachgerechte Aufgabenerfüllung bieten. **Es wird unwiderleglich vermutet, dass Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, diese Voraussetzungen erfüllen.**

#### **c) Schriftliche Versicherung (§ 13 Abs. 1 UKlaG)**

Die Verbraucher-Zentrale Hessen e.V. könnte noch schriftlich versichern, dass sie den Namen und die zustellungsfähige Anschrift des xy zur Durchsetzung eines Anspruchs nach § 2 UKlaG benötigt (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG) und nicht anderweitig beschaffen kann (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG). Im Übrigen steht ihr auch der Anspruch materiell-rechtlich zu (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 UKlaG), da xy Vorschriften zuwiderhandelt – namentlich unter Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und Eigentumsrechts den B mit SMS-Spam „belästigt“ und damit gegen § 823 Abs. 2 BGB (Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht), § 903 BGB (Eigentumsrecht) verstößt -, die Verbraucherschutzgesetze sind (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 UKlaG).

#### **d) Zweckgebundenheit: Verbraucherschutz (§ 2 Abs. 1 UKlaG)**

Der Anspruch des B auf Unterlassung ist zur Durchsetzung des Anspruchs auf Auskunft auch zweckgebunden (§ 2 Abs. 1 UKlaG).

#### **§ 2 Abs. 1 UKlaG Unterlassungsanspruch bei verbraucherschutzgesetzwidrigen Praktiken**

(1) <sup>1</sup>Wer in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vorschriften zuwiderhandelt, die dem Schutz der Verbraucher dienen (Verbraucherschutzgesetze), kann **im Interesse des Verbraucherschutzes auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.**<sup>2</sup> Werden die Zuwiderhandlungen in einem geschäftlichen Betrieb von einem Angestellten oder einem Beauftragten begangen, so ist der Unterlassungsanspruch auch gegen den Inhaber des Betriebs begründet.

## 2. Auskunftsanspruch (§ 8 Abs. 5 S. 1 UWG i.V.m. § 13 UKlaG)

Es könnte ferner ein weiterer Auskunftsanspruch bestehen (§ 8 Abs. 5 S. 1 UWG i.V.m. § 13 UKlaG). Dafür müsste ein Unterlassungsanspruch (§ 8 Abs. 1 UWG) für einen Berechtigten (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 und Nr. 4 UWG) vorliegen.

### § 8 Abs. 5 UWG Beseitigung und Unterlassung

(5) § 13 des Unterlassungsklagengesetzes und die darin enthaltene Verordnungsermächtigung gelten mit der Maßgabe entsprechend, dass an die Stelle der Klageberechtigten nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 3 des Unterlassungsklagengesetzes die **gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 und 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten**, an die Stelle der Klageberechtigten nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 des Unterlassungsklagengesetzes die gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten und an die Stelle der in den §§ 1 und 2 des Unterlassungsklagengesetzes geregelten Unterlassungsansprüche die in § 8 bestimmten Unterlassungsansprüche treten. Im Übrigen findet das Unterlassungsklagengesetz keine Anwendung, es sei denn, es liegt ein Fall des § 4a des Unterlassungsklagengesetzes vor.

### § 8 UWG Beseitigung und Unterlassung

(1) Wer eine **nach § 3** oder § 7 **unzulässige geschäftliche Handlung** vornimmt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf **Unterlassung** in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine derartige Zuwiderhandlung gegen § 3 oder § 7 droht.

[...]

(3) Die Ansprüche aus Absatz 1 stehen zu:

[...]

3. **qualifizierten Einrichtungen**, die nachweisen, dass sie in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes oder in dem Verzeichnis der Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach Artikel 4 der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. EG Nr. L 166 S. 51) eingetragen sind;

4. den Industrie- und Handelskammern oder den Handwerkskammern.

### a) Qualifizierte Einrichtungen als Berechtigte eines Unterlassungsanspruchs (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG i.V.m. § 4 Abs. 1, 2 UKlaG)

Hier kommen v.a. die „qualifizierten Einrichtungen“ (§ 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG i.V.m. § 4 Abs. 1, 2 UKlaG) in Betracht, die sich für die Interessen der Verbraucher einsetzen. Hierzu gehören auch die Verbraucherverbände wie etwa die Verbraucher-Zentrale Hessen e.V., s.o..

### b) Bestehen eines Unterlassungsanspruchs (§ 8 Abs. 1 UWG)

Der Unterlassungsanspruch (§ 8 Abs. 1 UWG) und entsprechend ein Auskunftsanspruch (§ 8 Abs. 5 UWG i.V.m. § 13 UKlaG) besteht dann, wenn ein Wettbewerber (§ 8 Abs. 1 UWG) dem § 3 UWG zuwiderhandelt und Wiederholungsgefahr droht.

### § 8 Abs. 1 UWG Beseitigung und Unterlassung

(1) Wer eine **nach § 3** oder § 7 **unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt**, kann auf Beseitigung und bei **Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden**. Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine derartige Zuwiderhandlung gegen § 3 oder § 7 droht.

### § 3 Abs. 1 UWG Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind **unzulässig**, wenn sie **geeignet** sind, die **Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen**.

Es sind solche geschäftliche Handlungen verboten, die den Wettbewerb zum Nachteil von Mitbewerbern beeinträchtigen (§ 3 UWG).

#### aa) geschäftliche Handlung (§ 3 Abs. 1 UWG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)

Eine geschäftliche Handlung (§ 3 Abs. 1 UWG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) liegt hier im Versuch, durch die Werbe-SMS den Absatz von Waren zu fördern.

### § 2 Abs. 1 Nr.1 UWG Definitionen

(1) Im Sinne dieses Gesetzes bedeutet

1. **„geschäftliche Handlung“** jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen;

#### bb) Unlautere geschäftliche Handlung (§ 3 Abs. 1 UWG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG)

Da die Werbe-SMS ohne das Einverständnis des B und Offenlegung der Identität oder Adresse des Absenders übermittelt wurde, liegt auch eine unzumutbare Belästigung (§ 7 Abs. 2 Nr. 3, 4 UWG) und damit eine unlautere Wettbewerbshandlung vor (§ 7 Abs. 1 UWG).

### § 7 Abs. 1 und 2 UWG Unzumutbare Belästigungen

(1) Eine **geschäftliche Handlung**, durch die ein Marktteilnehmer **in unzumutbarer Weise belästigt** wird, ist **unzulässig**. Dies gilt **insbesondere für Werbung**, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht.

(2) Eine unzumutbare Belästigung ist stets anzunehmen

[...]

3. bei Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post, ohne **dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung** des Adressaten vorliegt, oder

4. bei **Werbung mit einer Nachricht**, bei der die **Identität des Absenders**, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, **verschleiert oder verheimlicht** wird oder bei der **keine gültige Adresse vorhanden ist**, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

### cc) Nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung (§ 3 Abs. 1 UWG)

Die Beeinträchtigung des Wettbewerbs müsste überdies spürbar sein (§ 3 Abs. 1 UWG).

#### § 3 Abs. 1 UWG Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern **spürbar zu beeinträchtigen**.

Vorliegend ist aufgrund der allgemein gehaltenen Formulierung und der Umstände des Einzelfalls davon auszugehen, dass der Versender diese „Spam-Nachricht“ an eine Vielzahl von Empfänger versendet hat, so dass eine nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, die spürbar ist (§ 3 Abs. 1 UWG).

### c) Zwischenergebnis

Somit hätte eine Verbraucherzentrale einen Unterlassungsanspruch gegen A (§ 8 Abs. 1, 3 Nr. 3 UWG) und damit einen Auskunftsanspruch (§ 8 Abs. 5 S. 1 UWG i.V.m. § 13 UKlaG). Weil etwa der Verbraucherzentrale ein Anspruch zusteht (§ 2 Abs. 2 S. 1 UKlaG; § 8 UWG) und demzufolge der Auskunftsanspruch nach § 13 Abs. 1 UKlaG besteht, stellt sich die Frage, ob der Auskunftsanspruch des B nach ausgeschlossen ist (§ 13a S. 2 UKlaG). B könnte also dann, wenn theoretisch und abstrakt andere Anspruchsinhaber einen Auskunftsanspruch erheben könnten, keinen eigenen Auskunftsanspruch erheben.

### 3. Ausschluss des Anspruchs (§ 13a S. 1 UKlaG) bei einem bestehenden anderen Auskunftsanspruch (§ 13a S. 2 UKlaG) – abstrakte oder konkrete Betrachtung

Der Wortlaut des § 13a S. 2 UKlaG lässt offen, ob der Individualanspruch nach § 13a S. 1 UKlaG - wie A geltend macht - bereits dann ausscheidet,

- wenn überhaupt ein Auskunftsanspruch (aus § 13 Abs. 1 UKlaG oder aus § 8 Abs. 5 S. 1 UWG i.V.m. § 13 Abs. 1 UKlaG, s.o.) gegen den Auskunftspflichtigen besteht (**abstrakte** Betrachtung),
- oder ob der Anspruch (§ 13a S. 1 UKlaG) nur dann zurücktreten soll, wenn der Auskunftsanspruch bereits von einer anspruchsberechtigten Stelle oder Einrichtung (§ 3 Abs. 1 UKlaG, § 8 Abs. 5 S. 1 UWG) **geltend gemacht worden ist**<sup>29</sup> (**konkrete Betrachtung**).

#### § 13a UKlaG Auskunftsanspruch sonstiger Betroffener

Wer von einem anderen Unterlassung der Lieferung unbestellter Sachen, der Erbringung unbestellter sonstiger Leistungen oder der Zusendung oder sonstiger Übermittlung unverlangter Werbung verlangen kann, hat den Auskunftsanspruch nach § 13 Abs. 1, 2 und 4 mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Anspruchs nach § 1 oder § 2 sein Anspruch auf Unterlassung nach allgemeinen Vor-

<sup>29</sup> so Mews, MMR 2004, 768, 769.

schriften tritt. **Satz 1 ist nicht anzuwenden, soweit nach § 13 oder nach § 8 Abs. 5 Satz 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ein Auskunftsanspruch besteht.**

Einerseits könnte man vertreten, dass der Anspruch nur dann zurücktritt, wenn bereits eine anspruchsberechtigte Stelle oder Einrichtung Auskunft verlangt hat. Dies könnte man auf den Willen des Gesetzgebers (historisch-teleologische Auslegung) stützen, der die Stellung des individuell berechtigten Anspruchsinhaber sowie damit einhergehend den Verbraucherschutz stärken wollte.

**BGH<sup>30</sup>:**

„Im Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf des Zuständigkeitsanpassungsgesetzes, mit dem die Regelung des § 13a in das Unterlassungsklagengesetz eingefügt worden ist, wird davon ausgegangen, dass die **Individualansprüche der Betroffenen neben den Ansprüchen der Verbände bestehen** (BT-Drucks. 14/9353, S. 7). Durch die Änderung des Gesetzes sollte gerade die **Stellung der individuell berechtigten Anspruchsinhaber gestärkt** werden. Dieser **Wille des Gesetzgebers würde in sein Gegenteil verkehrt**, wenn § 13a Satz 2 UKlaG dahin ausgelegt würde, dass ein Auskunftsanspruch individuell berechtigter Anspruchsinhaber immer schon dann ausscheidet, wenn einem Verband ein entsprechender Anspruch zusteht. Denn ein solcher Anspruch ist stets auch gegeben, wenn Auskunftsansprüche individuell berechtigter Anspruchsinhaber in Betracht kommen. Dafür streitet auch die **verbraucherschützende Intention des UKlaG.**“

**LG Bonn<sup>31</sup>:**

„Auch der Gesetzgeber ist demzufolge davon ausgegangen, dass in den Fällen des § 13a Satz 1 UKlaG regelmäßig auch Ansprüche nach den §§ 1, 13 Abs. 2 UWG oder Unterlassungsklageansprüche nach § 2 UKlaG bestehen, die von den dazu befugten Stellen mit den Auskunftsansprüchen aus § 13 Abs. 7 UWG und aus § 13 Abs. 1 UKlaG durchgesetzt werden können. Er verfolgte gleichwohl das **Anliegen, privaten Bürgern und Unternehmern einen eigenständigen Auskunftsanspruch zu geben.**“

Andererseits könnte man mit A vertreten, dass ein potentiell bestehender Anspruch einer anspruchsberechtigten Stelle den Individualanspruch des B verdrängt. Dafür spräche eine streng am Wortlaut orientierte Auslegung (grammatische Auslegung). Hiergegen bringt der BGH aber Bedenken vor:

**BGH<sup>32</sup>:**

(Dies würde aber dazu führen [Anm. d. Verf.], „ ... dass ein Auskunftsanspruch individuell berechtigter Anspruchsinhaber immer schon dann ausschiede, wenn zugunsten eines Verbandes ein entsprechender Anspruch bestünde. Denn ein solcher Anspruch ist stets auch gegeben, wenn Auskunftsansprüche individuell berechtigter Anspruchsinhaber in Betracht kommen. **Die Gegenansicht würde daher dazu führen, dass der dem individuell Berechtigten in § 13a Satz 1 UKlaG gewährte Anspruch mit der Subsidiaritätsklausel des § 13a Satz 2 UKlaG wieder genommen würde.** Daraus ist zu schließen, dass der in Rede stehende Auskunftsanspruch gemäß § 13a Satz 1 UKlaG nach der Vorstellung des

<sup>30</sup> BGH Urt. v. 19.07.2007, Az.: I ZR 191/04, Rn. 11 (juris).

<sup>31</sup> LG Bonn Urt. V. 19.07.2004, Az.: 6 S 77/04, Rn. 22 (juris).

<sup>32</sup> BGH Urt. v. 19.07.2007, Az.: I ZR 191/04, Rn. 11 (juris).

Gesetzgebers **nicht immer schon dann ausscheiden sollte, wenn einem Dritten gemäß § 13 UKlaG oder nach § 8 Abs. 5 Satz 1 UWG (§ 13 Abs. 7 UWG a.F.) ein Auskunftsanspruch zusteht** (vgl. Mews, MMR 2004, 768, 769; Altermann aaO S. 211; MünchKomm.UWG/Ottofülling, § 8 Rdn. 486).“

Entscheidend ist nach dem BGH somit Sinn und Zweck der Regelung des § 13a UKlaG (teleologische Auslegung). Danach soll den Personen, die durch Übermittlung unverlangter Werbung beeinträchtigt wurden, gerade ein eigener Auskunftsanspruch gegenüber den Diensteanbieter eingeräumt werden, um effektiv ihre Unterlassungsansprüche durchsetzen zu können. Dieser Anspruch soll ihnen gerade nicht wieder über die Subsidiaritätsklausel des § 13a S. 2 UKlaG genommen werden.

**BGH<sup>33</sup>:**

„**Mit Recht ist das Berufungsgericht unter diesen Umständen davon ausgegangen, dass die von der Beklagten vertretene Auffassung Sinn und Zweck der Regelung des § 13a UKlaG widerspricht.** Diese Bestimmung räumt Personen, die durch das Liefern unbestellter Produkte oder durch die Übermittlung unverlangter Werbung beeinträchtigt worden sind, zur Durchsetzung ihrer deswegen bestehenden Unterlassungsansprüche einen eigenen Auskunftsanspruch gegenüber dem Diensteanbieter ein, um ihnen die anderenfalls schon im Blick auf § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ausgeschlossene Durchsetzung ihrer Unterlassungsansprüche zu ermöglichen (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl., § 13a UKlaG Rdn. 1).“

Somit ist § 13a S. 1 UKlaG vorliegend nicht durch § 13a S. 2 UKlaG gesperrt. Der Auskunftsanspruch wäre nur dann ausgeschlossen, wenn ein Verband den entsprechenden Auskunftsanspruch bereits geltend gemacht hat, was hier nicht der Fall ist.

## C. Ergebnis

B hat damit einen Auskunftsanspruch (§ 13a S.1 UKlaG) auf Nennung von Anschrift und Namen des Inhabers der Rufnummer xy gegen A.

## Teil 3: Präventionsmöglichkeiten des Rufnummernmissbrauchs

**FEX:** Zum Thema Präventions- und Selbsthilfemöglichkeiten gegen Spam gibt die Bundesnetzagentur folgenden Rat:

„Worauf sollten Sie zur Vermeidung des Erhalts von Rufnummern-Spam im Vorfeld achten:

- Gehen Sie sorgfältig mit Ihren persönlichen Daten und Ihrer Telefonnummer um.
- Geben Sie Ihre Telefonnummer nur gezielt im Bedarfsfall an seriöse Vertragspartner und Firmen weiter.

<sup>33</sup> BGH Urt. v. 19.07.2007, Az.: I ZR 191/04, Rn. 12 (juris).

- Achten Sie auf mögliche Verwertungsklauseln (Verwendung der angegebenen Rufnummer zu Werbezwecken) etwa in Preisausschreiben und wägen Sie die Angabe der Rufnummer im Einzelfall sorgfältig ab.
- Fragen Sie im Einzelfall nach, zu welchem Zweck Ihre Rufnummer von einem Unternehmen genutzt werden soll.

Sind Sie selbst Empfänger einer belästigenden Werbung geworden, so sollten Sie folgende Punkte beachten:

- Achten und hören Sie genau auf ggf. versteckte Preishinweise und Hinweise zu Vertragsschlüssen etwa zu Abonnementdiensten.
- Rufen Sie die beworbene Rufnummer am besten nicht zurück.
- Schützen Sie sich durch eingerichtete Rufnummernsperrern vor übereiltem und ungewünschtem Rückruf.
- Informieren Sie Ihr Umfeld, Ihre Familie, Kinder, Großeltern und Freunde über die Risiken eines Rückrufs zu einer rechtswidrig beworbenen Rufnummer.“

Quelle:

[http://www.bundesnetzagentur.de/enid/8d9d76b347725a35cdea298546db92eb,0/Ma\\_nahme\\_n\\_gegen\\_Rufnummernmissbrauch\\_Dialer\\_und\\_Sprachtelefonie/Ma\\_nahmen\\_gegen\\_Rufnummernmissbrauch\\_1ch.html#Rechtslage\\_in\\_Deutschland](http://www.bundesnetzagentur.de/enid/8d9d76b347725a35cdea298546db92eb,0/Ma_nahme_n_gegen_Rufnummernmissbrauch_Dialer_und_Sprachtelefonie/Ma_nahmen_gegen_Rufnummernmissbrauch_1ch.html#Rechtslage_in_Deutschland) (11.09.2009).

## Teil 4: Sanktionsmöglichkeiten gegen Spam

### A. Optionen für qualifizierte Einrichtungen und Privatleute nach UWG und BGB

Grundsätzlich gilt, dass Werbung unter Verwendung von Anrufmaschinen, Faxgeräten oder elektronischer Post rechtswidrig ist, wenn nicht eine Einwilligung des Adressaten vorliegt. Ebenso ist Werbung mittels Telefonanrufen ohne Einwilligung des Verbrauchers bzw. gegenüber sonstigen Marktteilnehmern ohne deren zumindest mutmaßliche Einwilligung rechtswidrig. Entsprechende Werbung stellt daher in der Regel einen Verstoß gegen die §§ 1, 3 und 7 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) dar. Den Betroffenen stehen daher Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung (§ 8 UWG) sowie Schadenersatz (§ 9 UWG) zu. Nach dem UWG sind jedoch nur Mitbewerber, rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger Interessen, qualifizierte Einrichtungen nach § 4 UKlaG und Industrie- und Handelskammern berechtigt, ihre Ansprüche geltend zu machen. Auch Privatpersonen sind nicht schutzlos gestellt. Sie können nach § 1004 Abs. 1, S. 2 BGB (analog) Unterlassung und nach § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs.1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1) Schadenersatz verlangen. Nach § 13a UKlaG kann nach dieser BGH-Entscheidung auch der Privatmann Auskunft vom Provider verlangen, sofern die qualifiziert Klagebefugten den Anspruch nicht geltend machen.

## B. Optionen der Bundesnetzagentur

Die Bundesnetzagentur hat zudem in § 67 TKG weitreichende Befugnisse bekommen, die vom Rufnummernentzug bis zur Abschaltung der Rufnummer reichen:

### § 67 Abs. 1, 4 TKG Befugnisse der Bundesnetzagentur

(1) Die Bundesnetzagentur kann im Rahmen der Nummernverwaltung Anordnungen und andere geeignete **Maßnahmen treffen**, um die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften und der von ihr erteilten Bedingungen über die Zuteilung von Nummern sicherzustellen. Die Bundesnetzagentur kann die Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und die Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit verpflichten, Auskünfte zu personenbezogenen Daten wie Name und ladungsfähige Anschrift von Nummerninhabern und Nummernnutzern zu erteilen, die für den Vollzug dieses Gesetzes, auf Grund dieses Gesetzes ergangener Verordnungen sowie der erteilten Bedingungen erforderlich sind, soweit die Daten den Unternehmen bekannt sind; die Bundesnetzagentur kann insbesondere **Auskünfte zu personenbezogenen Daten verlangen, die erforderlich sind für die einzelfallbezogene Überprüfung von Verpflichtungen**, wenn der Bundesnetzagentur eine Beschwerde vorliegt oder sie aus anderen Gründen eine Verletzung von Pflichten annimmt oder sie von sich aus Ermittlungen durchführt. Andere Regelungen bleiben von der Auskunftspflicht nach Satz 2 unberührt. Insbesondere kann die Bundesnetzagentur bei Nichterfüllung von gesetzlichen oder behördlich auferlegten Verpflichtungen die **rechtswidrig genutzte Nummer entziehen**. Sie soll ferner im Falle der gesicherten Kenntnis von der rechtswidrigen Nutzung einer Rufnummer gegenüber dem Netzbetreiber, in dessen Netz die Nummer geschaltet ist, die **Abschaltung der Rufnummer anordnen**. Die Bundesnetzagentur kann den Rechnungsersteller bei gesicherter Kenntnis einer rechtswidrigen Nutzung **auffordern, für diese Nummer keine Rechnungslegung vorzunehmen**. Die Bundesnetzagentur kann in begründeten Ausnahmefällen Kategorien von Dialern verbieten; Einzelheiten des Verbotsverfahrens regelt die Bundesnetzagentur.

(4) Die Bundesnetzagentur **teilt Tatsachen, die den Verdacht einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit begründen, der Staatsanwaltschaft** oder der Verwaltungsbehörde mit.

## C. Verschleierungsverbot und Bußgeldvorschriften im Telemediengesetz (E-Mail-Spam)

SMS-Spam fällt als Telekommunikations“dienst“ (§ 3 Nr. 24 TKG, s.o.) nicht in den Geltungsbereich des Telemediengesetzes (TMG).

### § 1 TMG Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz gilt für **alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste**, soweit sie **nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes**, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 des Telekommunikationsgesetzes oder Rundfunk nach **§ 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind (Telemedien)**. Dieses Gesetz gilt für alle Anbieter einschließlich der öffentlichen Stellen unabhängig davon, ob für die Nutzung ein Entgelt erhoben wird.

Soweit E-Mail-Verkehr durch einen Telemedienanbieter<sup>34</sup> eröffnet wird, schützt das TMG inzwischen vor dem Verschleiern oder Verheimlichen des Absenders (§ 6 Abs. 2 TMG) bei E-

<sup>34</sup> Zur Herausforderung der Unterscheidung von „reinen“ Telekommunikationsdiensteanbietern und anderen: Schmitz in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 1. Aufl. 2008, § 1, Rn. 15 ff..

Mail- Spam. Der Verstoß gegen das Verbot wird als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld geahndet (§ 16 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 2 TMG).

#### **§ 6 TMG Besondere Informationspflichten bei kommerziellen Kommunikationen**

(1) Diensteanbieter haben bei kommerziellen Kommunikationen, die Telemedien oder Bestandteile von Telemedien sind, mindestens die folgenden Voraussetzungen zu beachten:

1. Kommerzielle Kommunikationen müssen klar als solche zu erkennen sein.
2. Die natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag kommerzielle Kommunikationen erfolgen, muss klar identifizierbar sein.
3. Angebote zur Verkaufsförderung wie Preisnachlässe, Zugaben und Geschenke müssen klar als solche erkennbar sein, und die Bedingungen für ihre Inanspruchnahme müssen leicht zugänglich sein sowie klar und unzweideutig angegeben werden.
4. Preisausschreiben oder Gewinnspiele mit Werbecharakter müssen klar als solche erkennbar und die Teilnahmebedingungen leicht zugänglich sein sowie klar und unzweideutig angegeben werden.

(2) Werden **kommerzielle Kommunikationen per elektronischer Post versandt**, darf in der **Kopf- und Betreffzeile weder der Absender noch der kommerzielle Charakter der Nachricht verschleiert oder verheimlicht werden**. Ein Verschleiern oder Verheimlichen liegt dann vor, wenn die Kopf- und Betreffzeile absichtlich so gestaltet sind, dass der Empfänger vor Einsichtnahme in den Inhalt der Kommunikation keine oder irreführende Informationen über die tatsächliche Identität des Absenders oder den kommerziellen Charakter der Nachricht erhält.

(3) Die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bleiben unberührt.

#### **§ 16 Abs. 1, 3 TMG Bußgeldvorschriften**

(1) Ordnungswidrig handelt, wer absichtlich entgegen **§ 6 Abs. 2 Satz 1 den Absender oder den kommerziellen Charakter der Nachricht verschleiert oder verheimlicht**.

(3) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro geahndet werden.

### **D. Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen**

Mit dem neuen Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen<sup>35</sup> hat der Gesetzgeber den Verbraucherschutz gestärkt, indem das UWG, BGB und TKG an bestimmten Stellen geändert wurden. Damit hat die Bundesnetzagentur Mittel bekommen, um Verstöße gegen die Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher und des Wettbewerbs vor „Cold Calls“<sup>36</sup> zu ahnden. Seit dem 29.07.09 handelt ordnungswidrig (§ 7 Abs. 2 S. 2 UWG), wer gegenüber einem Verbraucher Telefonwerbung betreibt, ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung, s.o.. Der Verstoß ist mit Bußgeld bis zu 50.000 € bedroht (§ 20 Abs. 2 UWG). Für die Verfolgung zuständig ist die Bundesnetzagentur (§ 20 Abs. 3 UWG).

<sup>35</sup> BGBl. I 2009, 2413.

<sup>36</sup> „Als unerwünschte telefonische Werbung gelten so genannte Initiativ-Anrufe durch Unternehmen gegenüber Privatpersonen, die in der Fachsprache als „**Cold Calls**“, Kaltanrufe oder Kaltakquise bezeichnet werden.“

Quelle: [http://de.wikipedia.org/wiki/Unerw%C3%BCnschte\\_telefonische\\_Werbung](http://de.wikipedia.org/wiki/Unerw%C3%BCnschte_telefonische_Werbung)

### § 20 UWG Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 7 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 2 gegenüber einem Verbraucher **ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung** mit einem Telefonanruf wirbt.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer **Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro** geahndet werden.

(3) Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist die **Bundesnetzagentur** für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen.

Hierfür ist sie auf die Mitteilung solcher Anrufe von Seiten der Verbraucher abhängig. Zu empfehlen ist, dass der Betroffene hierzu Uhrzeit des Anrufs, den Namen des Anrufers und dessen Rufnummer, den Namen des Unternehmens, in dessen Auftrag der Anruf erfolgt ist, und den Grund des "Cold Calls" erfragt und der Bundesnetzagentur mitteilt.<sup>37</sup>

### § 102 Abs. 1 und 2 TKG Rufnummernanzeige und -unterdrückung

(1) Bietet der Diensteanbieter die Anzeige der Rufnummer der Anrufenden an, so müssen Anrufende und Angerufene die Möglichkeit haben, die Rufnummernanzeige dauernd oder für jeden Anruf einzeln auf einfache Weise und unentgeltlich zu unterdrücken. Angerufene müssen die Möglichkeit haben, eingehende Anrufe, bei denen die Rufnummernanzeige durch den Anrufenden unterdrückt wurde, auf einfache Weise und unentgeltlich abzuweisen.

(2) Abweichend von Absatz 1 Satz 1 dürfen **Anrufende bei Werbung mit einem Telefonanruf ihre Rufnummernanzeige nicht unterdrücken** oder bei dem Diensteanbieter veranlassen, dass diese unterdrückt wird.

Laut dem neu gefassten § 102 Telekommunikationsgesetzes darf ein Werbeanrufer seine Rufnummer künftig auch nicht mehr unterdrücken, um seine Identität zu verschleiern und die Nachverfolgung zu erschweren. Bei einem Verstoß gegen dieses Verbot kann die Regulierungsbehörde Bußgelder von bis zu 10.000 Euro auferlegen.

Anrufer können sich zudem nicht mehr auf Zustimmungserklärungen berufen, die der Verbraucher in einem völlig anderen Zusammenhang etwa durch die Teilnahme an Gewinnspielen oder nachträglich erteilt hat. Diese neuen Vorschriften regelt gleichwohl nur sog. „Cold Calls“. Damit sind nur Werbeanrufe (das Gesetz spricht stets von "Telefonanrufen") **und keine SMS-Mitteilungen** - wie die im Cylaw Report in Rede stehenden - erfasst. Dafür spricht auch, dass SMS unter "elektronische Post" (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG) subsumiert werden<sup>38</sup> und nicht unter den Begriff des "Telefonanrufs" in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG.

<sup>37</sup> Quelle: <http://www.heise.de/newsticker/Bundesnetzagentur-will-mithilfe-der-Verbraucher-gegen-Telefonspam-vorgehen--/meldung/142966>

<sup>38</sup> siehe allein Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Unlauterer Wettbewerb-Gesetz, 27. Auflage 2009, § 7, Rn. 128, 196.

## Teil 5: Schlussfolgerungen

- Ein Auskunftsanspruch des individuell berechtigten Anspruchsinhabers (§ 13a S.1 UKlaG) gegen Diensteanbieter, die unerwünscht SMS-Werbung verschicken, scheidet nicht allein schon dann aus, wenn ein entsprechender Auskunftsanspruch eines Verbandes (§ 13 UKlaG oder § 8 Abs. 5 S.1 UWG) geltend gemacht werden könnte.
- Der Bundesgerichtshof hat die Bestimmung des § 13a S. 2 UKlaG in der Weise also restriktiv ausgelegt, dass der Auskunftsanspruch des individuellen Verbrauchers nur dann ausscheidet, wenn ein Verband den entsprechenden Auskunftsanspruch bereits tatsächlich geltend gemacht hat. Es besteht demnach ein Auskunftsanspruch Privater bzw. von Verbrauchern.
- Die zum E-Mail-Spam entwickelten Grundsätze gelten auch für SMS-Spam.<sup>39</sup> Das bedeutet, dass die Werbung rechtswidrig ist, wenn nicht der Empfänger sein Einverständnis ausdrücklich erklärt hat (Opt-in).
- SMS-Werbung ist mit der nach der Rechtsprechung grundsätzlich rechtmäßigen Brief- und Wurfsendungswerbung nicht vergleichbar. SMS-Werbung wird als genauso belästigend wie die grundsätzlich rechtswidrige E-Mail-Werbung qualifiziert.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> LG Berlin, MMR 2003, Heft 6, 419, 420.

<sup>40</sup> LG Berlin, MMR 2003, Heft 6, 419, 420.