

Titel:

Kein Unterlassungsanspruch gegen Werbeanzeigen im Posteingang eines kostenlosen E-Mail-Postfachs („...-...de Mail Ad“)

Normenketten:

UWG § 3a, § 5a Abs. 6, § 7, § 8 Abs. 4

TMG § 6 Abs. 1 Nr. 1

RL 2002/58/EG Art. 2 S. 2 lit. h, Art. 13 Abs. 1, Abs. 3

Leitsätze:

1. Zur Rechtsmissbräuchlichkeit i.S.v. § 8 Abs. 4 UWG, wenn die Kenntnis der Klägerin von dem Wettbewerbsverstoß auf privat erlangtem Wissen des Klägervertreters beruht und der Klägervertreter sodann Eigeninitiative bei der Erlangung der Mandate entfaltet. (Rn. 21 – 35)

2. Die streitgegenständlichen Werbeanzeigen im Posteingang eines kostenlosen E-Mail-Postfachs der ... („...-...de Mail Ad“) stellen unter Berücksichtigung der Vorgaben der Datenschutzrichtlinie keine Werbung unter Verwendung elektronischer Post gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG dar. Sie sind auch keine unzumutbare Belästigung im Sinne der Generalklausel des § 7 Abs. 1 S. 1 UWG. (Rn. 47 – 121)

Schlagworte:

Datenschutzrichtlinie, Gesamteindruck, wettbewerbswidrig, elektronische Post, Belästigung, rechtsmissbräuchlich

Vorinstanz:

LG Nürnberg-Fürth, Endurteil vom 22.03.2018 – 3 HK O 4495/17

Rechtsmittelinstanzen:

BGH Karlsruhe, Aussetzungs- und Vorlagebeschluss vom 30.01.2020 – I ZR 25/19

Generalanwalt Luxemburg, Schlussantrag (EuGH) vom 24.06.2021 – C-102/20

EuGH Luxemburg, Urteil vom 25.11.2021 – C-102/20

BGH Karlsruhe, Urteil vom 13.01.2022 – I ZR 25/19

Weiterführende Hinweise:

„Revision zugelassen“

Fundstellen:

MD 2019, 394

CR 2022, 740

K & R 2019, 200

GRUR-RR 2019, 170

MMR 2019, 458

LSK 2019, 572

BeckRS 2019, 572

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 22.03.2018, Az. 3 HK O 4495/17, abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits und der Nebenintervention zu tragen.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung des erstinstanzlichen Urteils und des Berufungsurteils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

4. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 50.000,00 € festgesetzt.

Tatbestand

A.

I.

1

Die Parteien, die Mitbewerber auf dem Strommarkt sind, streiten über einen Anspruch auf Unterlassung von Werbeanzeigen in dem kostenlosen E-Mail-Postfach „... .de“ des Prozessbevollmächtigten der Klägerin. Die Klägerin wendet sich dabei dagegen, dass die Werbung der Beklagten direkt in der Liste der eingehenden E-Mails integriert ist.

2

Die Beklagte nutzt E-Mail-Accounts der Plattform ...-Online.de für Werbung für ihre Stromlieferungsangebote, indem sie die Streithelferin, die Fa. I... GmbH, mit der Schaltung von Werbebannern in Mailboxen von ...-Online-Nutzern beauftragte. Entsprechend erschien im privaten Postfach des Klägers bei ...-Online.de im „Posteingang“ am 12.12.2016, 13.01.2017 und 15.01.2017 eine Werbeanzeige der Beklagten entsprechend der Anlagen K 1, K 2 und K 3. Die Anzeige konnte durch Anklicken des „x“ weggeklickt werden; durch Klicken auf das Anzeigefeld und den in der Anzeige hinterlegten Hyperlink konnte die detaillierte Werbung der Beklagten auf der Zielseite aufgerufen werden.

3

Der Klägersvertreter mahnte die Beklagte am 20.12.2016 wegen der Werbung am 12.12.2016 im Namen eines anderen Mitbewerbers (Anlage B 5) und im Namen der Klägerin und anderer Stadtwerke und Stromlieferer mit Schreiben vom 23.06.2017 ab (Anlage K 8).

4

Im Verfahren 13 O 181/17 vor dem Landgericht Weiden verfolgt der Klägersvertreter die hier streitgegenständlichen Ansprüche gegenüber einem anderen Beklagten im eigenen Namen (Anlage STV12). Dieses Verfahren ist beim Senat unter dem Aktenzeichen 3 U 609/18 anhängig.

II.

5

Am 22.03.2018 erließ das Landgericht Nürnberg-Fürth das nachfolgende Endurteil:

I. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer an ihrem Geschäftsführer zu vollziehenden Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Werbung über das E-Mail-account „...-Online.de“ zu betreiben im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Strom an Letztverbraucher, wenn dies so geschieht wie folgt Es folgt die Einblendung von Anlage K 3

II. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.531,90 € nebst Zinsen i.H.v. 5%-punkten über dem Basiszinssatz ab 15.08.2017 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

6

Zur Begründung führte das Landgericht aus, dass eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung des streitgegenständlichen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs durch die Klägerin gemäß § 8 Abs. 4 S. 1 UWG zu verneinen sei. Auch wenn die Kenntnis der Klägerin von dem streitgegenständlichen Wettbewerbsverstoß auf privat im Zusammenhang mit der Nutzung des eigenen ...-Online-E-Mail-Accounts erlangtem Wissen des Klägersvertreters beruhe und der Klägersvertreter Eigeninitiative bei den beiden Abmahnungen der Beklagten entfaltet habe, diene die Rechtsverfolgung nicht dem Interesse des Klägersvertreters an der Erzielung von Einnahmen aus Abmahnungstätigkeit, da die anderen Unternehmen, die auf seinem ...-Online-Postfach Werbung schalten, nicht mit Abmahnungen überzogen worden seien. Es

würden auch keine rechtsmissbräuchlichen Mehrfachabmahnungen durch den Klägervertreter aus eigener Initiative vorliegen, da der Klägervertreter ohne eigenes Zutun mit der Werbung in seinem Postfach konfrontiert worden sei.

7

Es seien auch die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruchs gemäß §§ 8 Abs. 1, 7 Abs. 2 UWG gegeben. Die beanstandete Werbeanzeige sei als elektronische Post zu qualifizieren. Dafür spreche ihr Erscheinen innerhalb des Posteingangs ("inbox"), eingereicht unter die neu eingegangenen E-Mails. Auch das Erfordernis, dass die Nachricht im Netz oder im Endgerät des Empfängers gespeichert werden kann, bis sie von ihm abgerufen wird, sei erfüllt. Die Speicherung im Werbeanzeigenpool auf dem Ad-Server anstatt wie bei einer E-Mail auf den E-Mail-Servern des Absenders und des Empfängers oder dem vom Dienstleister verwendeten Webserver stelle eine Speicherung i.S.d. Datenschutzrichtlinie dar. Die Werbeanzeige werde auch verbreitet, ohne dass eine wirksame Einwilligung für den konkreten Fall der Werbung i.S.v. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG vorliege.

8

Die beanstandete Werbung verstoße darüber hinaus gegen § 7 Abs. 1 UWG, da sie eine geschäftliche Handlung darstelle, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt werde.

9

Wegen des weiteren Inhalts wird auf das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth Bezug genommen.

III.

10

Gegen dieses Urteil legte die Beklagte Berufung ein. Die Beklagte und die Streithelferin der Beklagten beantragen, unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Nürnberg-Fürth die Klage abzuweisen.

11

Zur Begründung führen sie u.a. aus, dass die Klage bereits wegen Rechtsmissbräuchlichkeit unzulässig sei. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin habe die Abmahnung im Namen von 16 Parteien ausgesprochen und einen Gegenstandswert von insgesamt 800.000,00 € veranschlagt. Außerdem beruhe die Abmahnung auf einer vom Klägervertreter festgestellten Werbung in seinem privaten E-Mail-Postfach. Aus den Vollmachten, die mit der Überschrift „Rückantwortbogen“ versehen seien, ergebe sich, dass der Klägervertreter die ihm aus anderen Mandaten bekannten Mitbewerber initiativ auf den angeblichen Wettbewerbsverstoß hinwies. Hierfür spreche auch der Hinweis, dass die Vollmacht bis spätestens 21.06.2017 einzusenden sei.

12

Es liege keine elektronische Post i.S.v. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG vor. Auch eine unzumutbare Belästigung eines - einen kostenlosen, werbefinanzierten Dienst in Anspruch nehmenden - Marktteilnehmers sei nicht gegeben.

13

Wegen des weiteren Inhalts wird auf die Schriftsätze der Beklagten und der Streithelferin der Beklagten Bezug genommen.

IV.

14

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil und beantragt die Zurückweisung der Berufung.

15

Ein Rechtsmissbrauch liege nicht vor, da der Klägervertreter nicht aktiv nach Wettbewerbsverstößen gesucht habe, sondern als Privatperson mehrfach persönliches Opfer der unlauteren Werbung geworden sei. Ein Gegenstandswert von 50.000,00 € pro Unterlassungsgläubiger sei äußerst kostenschonend bemessen. Den einzelnen Mandanten seien Kostennoten entsprechend Anlagenkonvolut K 17 gestellt worden. Den Stadtwerken sei die streitgegenständliche Werbung unabhängig von der Information des Prozessbevollmächtigten des Klägers bekannt gewesen.

16

Die von der Beklagten benutzte „Inbox-Ad“-Werbung sei als Versendung elektronischer Post i.S.v. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG zu qualifizieren. Die Vermüllung des E-Mail-Accounts durch derartige unerwünschte Werbung direkt im Eingangspostfach stelle außerdem eine unzumutbare Belästigung des Empfängers dar.

17

Wegen des weiteren Inhalts wird auf die Schriftsätze der Klägerin Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

B.

18

Die zulässige Berufung ist begründet. Denn die Klage ist zwar zulässig (siehe unter Ziffer I.), aber unbegründet (siehe unter Ziffer II.).

I.

19

Der Senat geht von einer Zulässigkeit der Klage aus. Insbesondere ist die Klageerhebung unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände - trotz einiger erheblich dafür sprechender Indizien - nicht als rechtsmissbräuchlich gemäß § 8 Abs. 4 UWG anzusehen.

20

1. Folgender Rechtsrahmen ist für den Senat streitentscheidend.

21

a) Nach § 8 Abs. 4 UWG ist die Geltendmachung der in § 8 Abs. 1 UWG bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung wegen einer unzulässigen geschäftlichen Handlung unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen.

22

Das Vorliegen eines Missbrauchs ist jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu beurteilen. Dies erfordert eine sorgfältige Prüfung und Abwägung. Maßgebend sind die Motive und Zwecke der Geltendmachung des Anspruchs, die sich aber in der Regel nur aus äußeren Umständen erschließen lassen. Dazu gehören: Art und Umfang des Wettbewerbsverstoßes; Verhalten des Anspruchsberechtigten bei der Verfolgung dieses oder anderer Verstöße; Art und Schwere des Verstoßes und Verhalten des Schuldners nach dem Verstoß (OLG Nürnberg, Urteil vom 03. Dezember 2013 - 3 U 410/13, Rn. 7 - Facebook-Abmahnwelle). Bei der Prüfung und Abwägung der maßgeblichen Einzelumstände ist vor allem auf das Verhalten des Gläubigers bei der Verfolgung dieses und anderer Verstöße abzustellen (BGH, Urteil vom 15. Dezember 2011 - I ZR 174/10, Rn. 15 - Bauheizgerät).

23

Von einem Missbrauch i. S. von § 8 Abs. 4 UWG ist auszugehen, wenn das beherrschende Motiv des Gläubigers bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs sachfremde Ziele sind. Diese müssen allerdings nicht das alleinige Motiv des Gläubigers sein. Ausreichend ist, dass die sachfremden Ziele überwiegen (BGH, Urteil vom 06. Oktober 2011 - I ZR 42/10, Rn. 13 - Falsche Suchrubrik).

24

Dabei ist eine missbräuchliche außergerichtliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs ausreichend, damit der Unterlassungsanspruch nicht mehr gerichtlich geltend gemacht werden kann. Denn ist eine vorgerichtliche Abmahnung rechtsmissbräuchlich i.S.d. § 8 Abs. 4 UWG erfolgt, so sind nachfolgende gerichtliche Anträge unzulässig (BGH, Urteil vom 03. März 2016 - I ZR 110/15, Rn. 15, 18 - Herstellerpreisempfehlung bei Amazon).

25

Grundsätzlich ist es Sache der Beklagtenpartei, Tatsachen für das Vorliegen eines Missbrauchs darzulegen und dafür Beweis zu erbringen. Ist allerdings durch entsprechenden Tatsachenvortrag die für die Prozessführungsbefugnis (bzw. Anspruchsberechtigung) sprechende Vermutung erschüttert, so muss die

Klagepartei substantiiert die Gründe darlegen, die gegen einen Missbrauch sprechen (Köhler/Feddersen, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 8 Rn. 4.25).

26

b) Für einen Missbrauch spricht, wenn der Berechtigte einen deutlich überhöhten Streitwert ansetzt und dadurch hohe Abmahnkosten geltend macht (KG Berlin, Urteil vom 15. Mai 2012 - 5 U 148/11, Rn. 11).

27

Ferner ist es ein Indiz für einen Missbrauch, wenn der beauftragte Anwalt das Abmahngeschäft „in eigener Regie“ betreibt, insbesondere selbst Wettbewerbsverstöße erst ermittelt (Köhler/Feddersen, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl. 2018, § 8 Rn. 4.12b; BGH, Urteil vom 6. Oktober 2011 - I ZR 42/10, Rn. 16 - Falsche Suchrubrik).

28

Das Fehlen einer ordnungsgemäßen Bevollmächtigung spricht für die Missbräuchlichkeit der Abmahnung, was anzunehmen ist, wenn nur eine Blankovollmacht unterschrieben wurde. Dann liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass die ausgesprochene Abmahnung nicht auf einen einzelnen individuellen Auftrag der Klagepartei zurückzuführen ist, sondern auf Eigeninitiative ihres Prozessbevollmächtigten beruht (LG Bielefeld, Urteil vom 30. November 2011 - 3 O 357/11, Rn. 21).

29

Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs kann auch dann gerechtfertigt sein, wenn die Klagepartei mit ihrem Prozessbevollmächtigten in der Weise kollusiv zusammenwirkt, dass der Klägervertreter den Kläger vollständig oder zum größten Teil von den mit der Führung dieser Verfahren verbundenen Kostenrisiken freistellt; in diesem Fall würden die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche nur oder vorwiegend im Gebührenerzielungsinteresse des Klägervertreters verfolgt (OLG Frankfurt, Urteil vom 12. März 2015 - 6 U 218/14, Rn. 5).

30

2. Unter Berücksichtigung dieses rechtlichen Maßstabs geht der Senat im vorliegenden Fall bei Gesamtwürdigung aller Umstände (gerade so) nicht von Rechtsmissbräuchlichkeit aus.

31

a) Der Klägervertreter mahnte die Beklagte am 20.12.2016 wegen einer inhaltsgleichen Werbung vom 12.12.2016 aus dem privaten ...-Online-Postfach des Klägervertreters im Namen eines anderen Mitbewerbers ab (Anlage B 5). Darin nahm der Klägervertreter einen Gesamtgegenstandswert in Höhe von 97.000,00 € an. Die Beklagte wies den geltend gemachten Anspruch mit Schreiben vom 04.01.2017 zurück (Anlage BB 2). Eine weitere Abmahnung wegen inhaltsgleicher Werbungen erfolgte durch den Klägervertreter im Namen der Klägerin und 15 anderer Stadtwerke und Stromlieferer mit Schreiben vom 23.06.2017 (Anlage K 8). Darin wurde ein Gesamtgegenstandswert von 800.000,00 € (16 x 50.000,00 €) angegeben.

32

Dieser Gegenstandswert ist zwar deutlich übersetzt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass - gehen mehrere Unterlassungsgläubiger mit Abmahnungen gegen einen Verletzer vor - zwar grundsätzlich eine gemeinsame Abmahnung zulässig ist. Dies wird jedoch damit begründet, dass sich dadurch die Kosten nur unwesentlich erhöhen (Köhler/Feddersen, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 8 Rn. 4.19). Denn bei einer gemeinsamen Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs verdoppeln sich die Anwaltskosten nicht, sondern erhöhen sich nur in verhältnismäßig geringem Umfang (BGH, Urteil vom 17. Januar 2002 - I ZR 241/99, Rn. 28 - Mißbräuchliche Mehrfachabmahnung). Diesen Grundsätzen genügt die vorliegende Abmahnung, welche den Gegenstandswert mit der Anzahl der Unterlassungsgläubiger multipliziert, nicht.

33

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass bei der Bestimmung des Streitwerts eines Unterlassungsanspruchs nicht unerhebliche Spielräume bestehen, so dass ein überhöhter Streitwert nur dann ein Indiz für einen Missbrauch darstellen kann, wenn die Annahme schlicht unhaltbar ist. Dies ist von der Beklagten vorliegend weder dargetan noch unter Beweis gestellt.

34

b) Die Kenntnis der Klägerin von dem streitgegenständlichen Wettbewerbsverstoß beruht auf privat im Zusammenhang mit der Nutzung des eigenen E-Mail-Postfachs bei ...-Online erlangten Wissen des Klägervertreters. Der Klägervertreter entfaltete sodann - nachdem er diese Werbung feststellte - Eigeninitiative bei der Erlangung der Mandate. Dies steht aufgrund der nicht angegriffenen Feststellungen des Erstgerichts für das Berufungsverfahren bindend fest. Aus den vorgelegten und für alle Unterlassungsgläubiger gleichlautenden „Rückantwortbögen“ (Anlage K 10) ergibt sich darüber hinaus, dass der Klägervertreter proaktiv die Vollmachten für das Mandatsverhältnis einholte. Darin werden die Stadt- und Elektrizitätswerke aufgefordert, die Mandatierung, um gegen „Inbox-Ad-Werbung von Wettbewerbern im Zusammenhang mit Stromprodukten vorzugehen, sofern diese gegen das UWG verstößt“, bis 21.06.2017 - zwei Tage von der streitgegenständlichen Abmahnung - zurückzusenden. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass der Klägervertreter persönlich wegen einer vergleichbaren Werbung auf der Grundlage eines deliktischen Anspruchs gegenüber dem Unternehmen O... GmbH & Co KG ebenfalls einen Unterlassungsanspruch geltend macht.

35

Trotz dieser Umstände schließt sich der Senat der Rechtsauffassung des Erstgerichts an, wonach nicht angenommen werden kann, dass die Rechtsverfolgung dem Interesse des Klägervertreters an der Erzielung von Einnahmen aus der Abmahntätigkeit dient. Auch wenn sich der Klägervertreter ersichtlich durch die werbemäßige Nutzung seines E-Mail-Fachs belästigt fühlt und dies ein Motiv für die Abmahnung und Klageerhebung darstellt, zielt die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs nicht vorrangig auf die Wahrnehmung seiner eigenen persönlichen Interessen ab, sondern dient dem wirtschaftlichen Interesse der Klägerin an der Unterbindung der Abwerbung ihrer Kunden durch die beanstandete Werbemaßnahme der Beklagten.

II.

36

Die Klage ist unbegründet, da der geltend gemachte Unterlassungsanspruch - und damit auch der Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten - der Klägerin gegenüber der Beklagten unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zusteht. Es fehlt an einer unzulässigen geschäftlichen Handlung im Sinne von § 8 Abs. 1 UWG, weshalb die von der Klagepartei problematisierte Frage der Passivlegitimation offenbleiben kann.

37

1. Die streitgegenständlichen Werbeanzeigen sind nicht aufgrund einer Marktverhaltensvorschrift gemäß § 3a UWG unlauter.

38

a) Die Marktverhaltensvorschrift des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG (vgl. zu § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG: BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 - I ZR 238/14, Rn. 10 - Mehrwertdienstenummer) richtet sich vorliegend weder an die Beklagte noch ist sie verletzt.

39

aa) Die Vorschrift des § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG wendet sich an Diensteanbieter. Nach § 1 S. 1 Nr. 1 TMG ist Diensteanbieter jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt. Regelmäßig ist nur der Homepage-Inhaber Diensteanbieter, sodass zunächst das für die Website insgesamt verantwortliche Unternehmen Diensteanbieter ist (OLG Düsseldorf, Urteil vom 18. Dezember 2007 - I-20 U 17/07 Rn. 20). Im vorliegenden Fall wendet sich die Klägerin gegen die Darstellung von Werbung im E-Mail-Postfach des Klägervertreters. Es handelt sich dabei um eine Homepage, für die unstreitig die Beklagte nicht die Betreiberin ist. Sie ist damit kein Diensteanbieter im Sinne von § 7 Abs. 1 TMG. Damit scheidet eine täterschaftlichen Haftung aus, weil derjenige, der nicht selbst Adressat einer Verbotsnorm ist, nach den im allgemeinen Deliktsrecht und im Lauterkeitsrecht entsprechend geltenden strafrechtlichen Bestimmungen allenfalls als Teilnehmer haften kann (BGH, Urteil vom 12. März 2015 - I ZR 84/14, Rn. 16 - TV-Wartezimmer).

40

Die Voraussetzungen der Haftung der Beklagten als Teilnehmerin sind nicht dargetan. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Beihilfe - wenigstens in groben Zügen - den jeweiligen Willen der einzelnen Beteiligten verlangt, die Tat als fremde Tat zu fördern. In objektiver Hinsicht muss eine Beteiligung an der

Ausführung der Tat hinzukommen, die in irgendeiner Form deren Begehung fördert und für diese relevant ist. Für den einzelnen Teilnehmer muss ein Verhalten festgestellt werden können, das den rechtswidrigen Eingriff in ein fremdes Rechtsgut unterstützt hat und das von der Kenntnis der Tatumstände und dem auf die Rechtsgutverletzung gerichteten Willen getragen war (BGH, Urteil vom 12. Oktober 2010 - XI ZR 394/08, Rn. 44). Eine neutrale bzw. berufstypische Handlung ist nur dann als Beihilfe zu werten, wenn das Handeln des Haupttäters ausschließlich auf die Begehung einer strafbaren Handlung abzielt und der Hilfeleistende Kenntnis hiervon hat (BGH, Urteil vom 08. Februar 2011 - XI ZR 168/08, Rn. 42).

41

bb) Nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG muss die kommerzielle Kommunikation des Diensteanbieters als solche erkennbar sein. Gemäß der Legaldefinition des § 2 Nr. 5 TMG ist die kommerzielle Kommunikation nicht nur „Werbung“ im herkömmlichen Sinne, sondern jede Form der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren, Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer sonstigen Organisation oder einer natürlichen Person dient, die eine Tätigkeit im Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen freien Beruf ausübt. Eine klare Erkennbarkeit bedeutet, dass Werbung und sonstige kommerzielle Kommunikation in ihrem Charakter als kommerzielle Kommunikation von anderen Inhalten bzw. Informationen abgehoben sein müssen. Dies wird durch ein Trennungsgebot, nach dem kommerzielle Kommunikation stets vom restlichen Inhalt getrennt werden muss, und ein Kennzeichnungsgebot, nach dem kommerzielle Kommunikation auch als solche zu kennzeichnen ist, realisiert.

42

Im vorliegenden Fall genügt die Werbung den Anforderungen des Trennungsgebots. Denn die Werbeanzeige ist - anders als die „normalen“ E-Mails im Postfach - grau unterlegt und mit dem deutlichen Hinweis „Anzeige“ versehen.

43

b) Eine - von der Klagepartei pauschal behauptete - Unlauterkeit nach § 3a UWG i.V.m. der DS-GVO ist weder dargetan noch ersichtlich.

44

2. Die Unlauterkeit ergibt sich auch nicht aus dem Irreführungstatbestand des § 5a Abs. 6 UWG.

45

Nach § 5a Abs. 6 UWG handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt. Eine dafür erforderliche Verschleierung des Werbecharakters liegt vor, wenn das äußere Erscheinungsbild der geschäftlichen Handlung so gestaltet wird, dass die Verbraucher den geschäftlichen Charakter nicht klar und eindeutig erkennen. Dabei ist in erster Linie der optische Gesamteindruck der jeweiligen Internetseite entscheidend. Im Hinblick darauf kann eine Werbung gegebenenfalls schon auf Grund ihrer Anordnung und Gestaltung für den Nutzer als selbstständiger, vom redaktionellen Inhalt abgegrenzter Teil erkennbar sein. Etwas anderes gilt, wenn die Werbung infolge ihrer Einbindung in eine redaktionell gestaltete Internetseite oder von ihrem Erscheinungsbild her als solche nicht sofort erkennbar ist (OLG Köln, Urteil vom 12. April 2013 - I-6 U 132/12 Rn. 13 f. - SpielAffe). Die Vorschrift des § 5a Abs. 6 UWG setzt weiter voraus, dass „das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“. Dazu gehört die Entscheidung für einen Vertragsschluss, etwa zum Kauf des getarnt beworbenen Produkts, oder die Entscheidung, an einer getarnten Verkaufsveranstaltung teilzunehmen (Köhler, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 5a Rn. 7.28).

46

Es ist vorliegend nicht dargetan, dass die beanstandete Werbeanzeige ihren Werbecharakter verschleiert. Wie bereits im Zusammenhang mit dem Trennungsgebot unter Ziffer B. II. 1. a) bb) ausgeführt, unterscheidet sich die streitgegenständliche Werbeanzeige - obwohl sie im Posteingang erscheint - aufgrund ihrer Gestaltung hinreichend deutlich von einer E-Mail. Auch ist sie ausdrücklich als Anzeige gekennzeichnet.

47

3. Es liegt auch keine unzumutbare Belästigung nach § 7 UWG vor.

48

a) Es handelt sich bei den streitgegenständlichen Anzeigen nicht um Werbung unter Verwendung elektronischer Post im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG.

49

aa) Folgender Rechtsrahmen ist für den Senat streitentscheidend.

50

(1) Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist eine unzumutbare Belästigung bei Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt, anzunehmen.

51

Mit § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG wurde Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.07.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (im Folgenden: Datenschutzrichtlinie) umgesetzt. Aufgrund des Gebots richtlinienkonformer Auslegung sind daher die Bestimmungen der Datenschutzrichtlinie auch für § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG maßgeblich (BGH, Urteil vom 01. Februar 2018 - III ZR 196/17, Rn. 19 - mehrere Werbekanäle).

52

Nach Art. 13 Abs. 1 Datenschutzrichtlinie darf die Verwendung von automatischen Anrufsystemen ohne menschlichen Eingriff (automatische Anrufmaschinen), Faxgeräten oder elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer gestattet werden. Dabei ist nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 S. 2 lit. h Datenschutzrichtlinie elektronische Post „jede über ein öffentliches Kommunikationsnetz verschickte Text-, Sprach-, Ton- oder Bildnachricht, die im Netz oder im Endgerät des Empfängers gespeichert werden kann, bis sie von diesem abgerufen wird.“

53

Die Erwägungsgründe einer Richtlinie haben für die am Richtlinienzweck ausgerichtete Auslegung einer Richtlinienvorschrift eine gleich hohe Bedeutung wie die betreffende Vorschrift selbst (vgl. Jaeger, in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, Band 3, Rn. 201). Maßgeblich sind hier insbesondere Erwägungsgrund 27, der auszugsweise wie folgt lautet: „Bei der elektronischen Post ist die Übermittlung dann abgeschlossen, wenn der Adressat die Nachricht - üblicherweise vom Server seines Diensteanbieters - abrufen.“ Darüber hinaus ist Erwägungsgrund 44 - der auszugsweise wie folgt lautet: „Bei einigen elektronischen Postsystemen können die Teilnehmer Absender und Betreffzeile einer elektronischen Post sehen und darüber hinaus diese Post löschen, ohne die gesamte Post oder deren Anlagen herunterladen zu müssen“ - für die Auslegung heranzuziehen.

54

(2) Nach der Kommentarliteratur umfasst der Begriff der Werbung unter Verwendung elektronischer Post folgende Dienste:

55

Von der Definition der elektronischen Post in Art. 2 S. 2 lit. h Datenschutzrichtlinie werden sowohl E-Mails (Electronic Mails) als auch Dienste wie SMS (Short Message Service) oder MMS (Mobile Message Service) erfasst. Bei der Kommunikation mittels E-Mail versendet der Absender einen elektronischen Datensatz von seinem elektronischen Briefkasten, der auf dem Server seines Diensteanbieters gespeichert ist, über diesen und meist noch verschiedene andere Server an den elektronischen Briefkasten des Empfängers. Der Empfänger kann die dann auf dem Server seines Diensteanbieters gespeicherten E-Mails verwalten, sie also z.B. löschen, abrufen oder auf seinem Rechner speichern (Leible, in MüKoUWG, 2. Aufl. 2014, § 7 UWG Rn. 157, 158). Voraussetzung für das Vorliegen von E-Mail-, Telefon- oder Faxwerbung ist, dass eine dem Empfänger dauerhaft zugeordnete individuelle Kontaktadresse mit Werbung beliefert wird (Leible, a.a.O., § 7 UWG Rn. 280).

56

Bekannter als der Begriff der elektronischen Post ist der gleichbedeutende Begriff der E-Mail (= Electronic Mail), der im Folgenden ebenfalls verwendet werden soll. Allerdings fällt auch die sog SMS (short message service) und die MMS (multimedia messaging service) unter den Begriff der elektronischen Post (Köhler, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 7 Rn. 196). Dabei findet der elektronische

Datenaustausch über einen Diensteanbieter (Provider) statt. Die Teilnehmer benötigen einen mit individueller Adresse ausgestatteten elektronischen Briefkasten (Mailbox), der ihnen von einem Diensteanbieter zur Verfügung gestellt wird. Dieser Diensteanbieter unterhält einen ständig erreichbaren Mail-Server. Der Absender einer Botschaft übermittelt sie elektronisch an seinen Anbieter. Dieser leitet sie an den Anbieter des Adressaten weiter. Bei ihm wird die Botschaft gespeichert. Der Adressat kann die ihm zugeordnete Mailbox unter Verwendung eines Geheimcodes abfragen und die eingegangenen, zunächst nur mit Absender und Betreff gekennzeichneten Mitteilungen entweder löschen oder auf seinen Rechner übertragen (Köhler, a.a.O., § 7 Rn. 197).

57

Mit dem Begriff der Werbung unter Verwendung elektronischer Post ist jede Form der elektronischen Kommunikation gemeint, bei der die Nachricht in ein Postfach des Empfängers gelangt und dort von diesem - gegebenenfalls zeitversetzt - abgerufen werden kann. Damit fallen insbesondere auch Nachrichten in Online-Plattformen wie X... oder F... unter die Vorschrift. Nicht erfasst sind dagegen Echtzeitkommunikationen, etwa in Chats, bei denen die Nachricht nicht in einem Endgerät des Empfängers oder einem ihm zugeordneten Postfach gespeichert wird (Micklitz/Schirnbacher, in Spindler/Schuster, Elektron. Medien, 3. Aufl. 2015, § 7 UWG Rn. 94). Unter Verwendung elektronischer Post meint, dass die elektronische Post für die Kommunikation zum Einsatz kommen muss (Micklitz/Schirnbacher, a.a.O., § 7 UWG Rn. 96).

58

Neben E-Mails fallen unter den Begriff der elektronischen Post auch SMS (short message service) und MMS (multimedia messaging service) sowie elektronische Nachrichten innerhalb von sozialen Netzwerken. Da die elektronische Post den Empfänger direkt und individuell erreicht, ist ihr Werbepotential um einiges höher als eine allgemeine Publikumswerbung (Schöler, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 7 Rn. 288, 289).

59

Unter elektronischer Post ist die asynchrone Übermittlung von Nachrichten zu verstehen, bei der Nachrichten gespeichert werden, bis der Empfänger sie abrufen. Neben E-Mails fallen hierunter auch Nachrichten über soziale Netzwerke, SMS und Instant Messaging (Lotze/Heinson, in Hasselblatt, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Aufl. 2017, § 30 Rn. 110; Solmecke, in Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, 46. EL Januar 2018, Teil 21.1 Rn. 54). In der Sache geht es um Werbung mit über das Internet versandter E-Mail (Electronic Mail) oder mit Hilfe eines (Mobil-)Telefons abrufbarer SMS-Nachricht (Short Message Service) bzw. der in technischen Entwicklung fortgeschrittenen MMS-Nachricht (Multimedia Messaging Service), die hier eine Bild- und Tonübermittlung erlaubt (Habermeier/Ludyga, in Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016, § 43 Rn. 29). Beispiele sind neben E-Mails, SMS und MMS sämtliche Nachrichten über Social Media-Dienste wie Xing, Facebook, LinkedIn oder WhatsApp (Ziegenaus, in Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 1. Aufl. 2017, 2. Teil, Kapitel B. Rn. 5).

60

(3) Nach der Rechtsprechung fallen jedenfalls E-Mails unter § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2016 - I ZR 65/14, Rn. 29 - Freunde finden). Darüber hinaus umfasst elektronische Post die Kommunikationswege E-Mail, SMS und MMS (BGH, Urteil vom 01. Februar 2018 - III ZR 196/17, Rn. 19 - mehrere Werbekanäle).

61

bb) Der Senat geht von folgender - zwischen den Parteien in der Berufung nicht (mehr) im Streit stehender - Funktionsweise und Gestaltung der streitgegenständlichen Werbeanzeigen aus.

62

(1) Bei den von der Klägerin beanstandeten Werbeanzeigen handelt es sich um eine spezielle Werbefläche im Postfach des E-Mail-Dienstes der ... Deutschland GmbH, die als „...-Online.de Mail Ad“ bezeichnet wird. Werbekunden können die Schaltung von Werbung auf dieser Werbefläche in den kostenlosen E-Mail-Postfächern des E-Mail-Dienstes der ... buchen.

63

Statt der direkten Einbindung eines Werbebanners und dem direkten Link auf die Internetpräsenz des Werbenden, wird bei einem Adserver an der entsprechenden Stelle der Internetseite ein JavaScript-Code

des Adservers - auch TAG genannt - eingebunden. Hierdurch wird durch das Öffnen einer Seite eine Anfrage (Adrequest) an den Adserver geschickt, ein Werbebanner aus dem Pool, ggf. mit entsprechendem Targeting (s. u.), einzublenden. Der Adserver schickt dann die entsprechenden Parameter an den Browser des Benutzers, wodurch ein Werbebanner eingeblendet wird, und protokolliert diese Einblendung. Klickt der Anwender auf das Banner, wird er zunächst an den Adserver weitergeleitet, der den Klick protokolliert und den Browser schließlich auf die Seite des Werbenden weiterleitet. Der Anwender merkt von diesem Vorgang in der Regel nichts (vgl. Wikipedia-Ausdruck in Anlage B 3).

64

Werbebanner sind mit herkömmlichen Werbeanzeigen in Printmedien vergleichbare Werbeflächen auf einer Website. Sie können bei mannigfaltiger graphischer Gestaltung selbst eine Werbeaussage enthalten und zudem mittels eines Hyperlinks mit einer anderen Website verknüpft sein, so dass sie den Benutzer nach dem Anklicken des Banners beispielsweise zu weiteren Werbeaussagen oder der Website des Werbenden führen (vgl. Hoeren/Sieber/Ho/znage, Multimedia-Recht Handbuch, Teil 11, Rn. 78).

65

(2) Die streitgegenständliche Werbeanzeige ist - anders als die „normalen“ E-Mails im Postfach - grau unterlegt und mit dem Hinweis „Anzeige“ versehen, die durch die daneben enthaltene Einblendung „x“ weggeklickt werden kann. Sie enthält keine Datumsanzeige, keinen Absender und keine Optionen zur Bearbeitung, wie z.B. die Archivierung, oder zur Beantwortung oder Weiterleitung. Auch wird sie nicht in die Anzahl der ungelesenen E-Mails des jeweiligen Kunden eingerechnet.

66

cc) Unter Berücksichtigung dieses rechtlichen und technischen Rahmens sind im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für das Vorliegen von elektronischer Post i.S.v. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG i.V.m. Art. 2 S. 2 lit. h Datenschutzrichtlinie nicht erfüllt.

67

(1) Dagegen spricht bereits der Wortlaut von Art. 2 S. 2 lit. h Datenschutzrichtlinie unter Berücksichtigung der Erwägungsgründe.

68

(a) Aus der Gesamtschau der in der Definition von Art. 2 S. 2 lit. h Datenschutzrichtlinie verwendeten Begriffe „Post“, „Kommunikationsnetz“ und „Verschicken“ ergibt sich, dass elektronische Post nur bei der Versendung einer Nachricht von einem Nutzer an einen anderen Nutzer durch ein Dienstleistungsunternehmen (wie beispielsweise ein E-Mail-Provider), welches die elektronische Beförderung an die elektronische „Anschrift“ (wie beispielsweise eine E-Mail-Adresse) des zweiten Nutzers übernimmt, vorliegt. Diese Bedeutung wird bestätigt durch Erwägungsgrund 44, der von einem elektronischen Postsystem - welches begriffsnotwendig die Möglichkeit von Kommunikation voraussetzt - spricht. Auch aus den Erwägungsgründen 1, 12 und 40 sowie Art. 1 Abs. 1 Datenschutzrichtlinie ergibt sich, dass diese Regelungen dem Schutz der Privatsphäre der Nutzer im Bereich der elektronischen Kommunikation dienen sollen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2018 - VI ZR 225/17, Rn. 15 - Kundenzufriedenheitsbefragung).

69

Bei der streitgegenständlichen Einblendung von Werbung erfolgt ein Versenden der Nachricht in diesem Sinn nicht. Es erfolgt lediglich über einen Adserver die Darstellung der Werbung in einer bestimmten definierten Fläche einer Internetseite über in der Webseite eingebundene, vordefinierte „AdTags/AdSlots“, ohne dass eine Adressierung an bestimmte Kunden erfolgt.

70

(b) Nach Art. 2 S. 2 lit. h Datenschutzrichtlinie muss die Nachricht so lange gespeichert sein, bis sie vom Empfänger abgerufen wird. Dem entspricht Erwägungsgrund 27, wonach bei der elektronischen Post die Übermittlung dann abgeschlossen ist, wenn der Adressat die Nachricht - üblicherweise vom Server seines Diensteanbieters - abrufen.

71

Ein derartiges Abrufen der Nachricht im Sinne dieser Vorschrift setzt ein bewusstes Verhalten des Adressaten voraus. Der Empfänger der Nachricht muss, nachdem er Kenntnis von der Mitteilung erhalten hat, durch eine Handlung - also einem auf einem Willensentschluss beruhenden Eingreifen in die Außenwelt

- auf die Daten im Online-Betrieb zugreifen. Entscheidend ist, dass der Abrufende mit seinem Abrufverlangen einen programmtechnisch vorgegebenen Übermittlungsvorgang der Daten auslösen kann (vgl. von Lewinski, BeckOK DatenschutzR, 25. Ed. 01.05.2018, § 10 BDSG Rn. 6).

72

Im vorliegenden Fall ist ein Abruf der Nachricht in diesem Sinne nicht gegeben. Vielmehr muss der Benutzer des E-Mail-Dienstes lediglich auf der Webseite der ... den E-Mail-Service mit einem Webbrowser öffnen, damit der Werbebanner mittels eines Ad-Servers in Echtzeit angezeigt wird, ohne dass der Anwender von diesem Vorgang etwas merkt und sich durch einen Willensentschluss für oder gegen das Anzeigen entscheiden kann.

73

(2) Die systematische Auslegung von Art. 2 S. 2 lit. h Datenschutzrichtlinie spricht dagegen, die streitgegenständliche Einblendung von Werbung unter § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG fallen zu lassen.

74

(a) Nach der Rechtsprechung und der einhelligen Kommentarliteratur sind unter den Begriff der elektronischen Post lediglich die E-Mail, die SMS (Short Message Service) und die MMS (Mobile Message Service) zu subsumieren. Bei der streitgegenständlichen Einblendung von Werbung handelt es sich aber um keinen dieser Dienste. Insbesondere ist die streitgegenständliche Werbung nicht als E-Mail zu qualifizieren. Die streitgegenständliche Werbung ist auch mit einer E-Mail nicht vergleichbar.

75

Dies verdeutlicht bereits das Erscheinungsbild der Anzeige. Sie ist - anders als die „normalen“ E-Mails im Postfach - grau unterlegt und mit dem Hinweis „Anzeige“ versehen, die durch die daneben enthaltene Einblendung „x“ weggeklickt werden kann. Sie enthält keine Datumsanzeige und keinen Absender. Auch die Funktionen entsprechen nicht einer E-Mail. So enthält die Werbeanzeige keine Optionen zur Bearbeitung, wie z.B. die Archivierung, oder zur Beantwortung oder Weiterleitung. Auch wird sie nicht in die Anzahl der ungelesenen E-Mails des jeweiligen Kunden eingerechnet.

76

E-Mail (elektronische Post) basiert im Kern auf dem „Simple Mail Transfer Protocol“ (SMTP) und ermöglicht eine der traditionellen Briefpost vergleichbare Kommunikation der Teilnehmer im Internet (vgl. Sieber, in Hoeren/Sieber/Holzengel, Multimedia-Recht, 45. EL Juli 2017, Teil 1, Technische Grundlagen Rn. 112). Die Teilnehmer benötigen einen mit individueller Adresse ausgestatteten elektronischen Briefkasten (Mailbox), der ihnen von einem Diensteanbieter zur Verfügung gestellt wird. Dieser Diensteanbieter unterhält einen Mail-Server. Der Absender einer Botschaft übermittelt sie elektronisch an seinen Anbieter. Dieser leitet sie an den Anbieter des Adressaten weiter. Bei diesem wird die Botschaft gespeichert. Der Adressat kann die ihm zugeordnete Mailbox unter Verwendung eines Geheimcodes abfragen und die eingegangenen, zunächst nur mit Absender und Betreff gekennzeichneten Mitteilungen entweder löschen oder auf seinen Rechner übertragen (Köhler, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 7 Rn. 197).

77

Die Funktionsweise ist bei den beanstandeten Werbeanzeigen anders. Die streitgegenständliche Werbung ist von der Beklagten nicht unter Verwendung einer individuellen E-Mail-Anschrift über einen E-Mail-Provider in den elektronischen Briefkasten des Klägers versandt worden. Ein elektronischer Datenaustausch über einen Mail-Server findet demgegenüber gerade nicht statt. Vielmehr ist die Werbung auf der Webseite von ...-Online geschaltet und nur in Echtzeit über einen Ad-Server im Postfach des Kunden von ...-Online sichtbar gemacht worden, wenn ein Kunde auf der Webseite der ... den E-Mail-Service mit einem Webbrowser öffnet. Die Anzeige des Werbebanners erfolgt dabei durch den Ad-Server in Echtzeit über in der Webseite eingebundene, vordefinierte „AdTags/AdSlots“, und zwar in Rotation nach dem Zufallsprinzip. Auf die Ausführungen unter B. II. 3. a) bb) (1) wird Bezug genommen.

78

(b) Die Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG erfasst als weitere Tatbestandsvarianten die Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine und eines Faxgerätes. In beiden Fällen wird die Werbung als Kommunikationsinhalt in Form eines Anrufs oder Telefaxes erfasst. Dies spricht nach der Systematik der Norm ebenfalls dafür, dass unter den Begriff der elektronischen Post nur die elektronische Übermittlung von Nachrichten zu subsumieren ist, die der Individualkommunikation - wie beispielsweise die E-Mail - dient.

79

Dieser Auslegung steht nicht entgegen, dass auch Werbe-E-Mails massenhaft versandt werden und dann keiner Individualkommunikation im eigentlichen Sinn dienen. Entscheidend ist, dass die Funktionsweise der Versendung „individuell“ - also an konkret adressierte Empfänger - erfolgt.

80

(c) § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG macht die dort genannten Werbeformen von einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung des Adressaten abhängig.

81

Die Einwilligung muss vom Anschlussinhaber bzw. Inhaber der E-Mail-Adresse erteilt worden sein, an den der Unternehmer die Werbung versendet. Zum Nachweis muss der Werbende die konkrete Einverständniserklärung jedes einzelnen Empfängers vollständig dokumentieren. Verfahren, bei denen unklar ist, ob eine Einverständniserklärung tatsächlich von dem adressierten Verbraucher stammt, sind für den erforderlichen Nachweis ungeeignet. Verwendet der Unternehmer für Werbe-E-Mails Adressdaten, für die ein Einverständnis der Verbraucher nicht oder nicht ausreichend dokumentiert ist, hat er die sich daraus ergebenden rechtlichen Folgen zu tragen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 17. März 2016 - I-15 U 64/15, Rn. 6 - Werbeanfragen im Reisebuchungssystem).

82

Das Erfordernis einer derartigen vorherigen ausdrücklichen Einwilligung setzt denotwendig das Vorhandensein eines konkreten Adressaten voraus, der sich gegenüber dem Werbenden dazu äußern kann, ob er in die Werbung einwilligt. Die streitgegenständliche Werbeanzeige wird jedoch aufgrund eines Zufallsprinzips bei Kunden des kostenfreien E-Mail-Dienstes der ... Deutschland GmbH eingeblendet, ohne dass eine vorherige Kommunikation über das Einverständnis des Kunden möglich ist.

83

(d) § 7 Abs. 3 UWG enthält eine Ausnahme vom Erfordernis der Einwilligung des Adressaten in die Zusendung elektronischer Post. Danach ist eine Einwilligung für die Direktwerbung eines Unternehmers mit elektronischer Post dann nicht erforderlich, wenn er die elektronische Postadresse eines Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung erhalten hat und bestimmte weitere Voraussetzungen vorliegen.

84

Diese Ausnahmvorschrift, die nach ihrem Wortlaut auf alle Arten von elektronischer Post anwendbar ist, setzt das Vorhandensein einer elektronischen Postadresse voraus. Eine solche ist bei der streitgegenständlichen Werbeeinblendung jedoch nicht vorhanden.

85

(3) Schließlich spricht auch der Sinn und Zweck von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG gegen eine Anwendung der Vorschrift auf die beanstandete Werbung.

86

(a) Die Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG geht über das Verbot der Telefonwerbung hinaus und verlangt eine ausdrückliche Einwilligung nicht nur bei ihrer Verwendung gegenüber Verbrauchern, sondern ebenfalls gegenüber Unternehmern. Dies wird damit begründet, dass automatische Anrufmaschinen die Möglichkeit bieten, bestimmte Personen ohne größeren Aufwand automatisch immer wieder anrufen zu lassen, ohne dass diese mehr tun können, als immer wieder aufzulegen. Bei der Telefaxwerbung kommt die mit ihr verbundene Beeinträchtigung der ökonomischen Interessen des Werbeempfängers hinzu, da bei ihm über das „Übliche“ hinausgehende Kosten verursacht werden: Sein Gerät wird blockiert, sein Toner, Papier und Strom verbraucht usw. Ähnliches gilt für die Werbung mittels elektronischer Post. Deren Abruf kostet Onlinezeit bzw. belastet ein eventuell beschränktes Kontingent an Datenvolumen. Hinzu kommt der Arbeitsaufwand für die Trennung zwischen wichtigen elektronischen Nachrichten und elektronischem Werbemüll (Leible, in MüKoUWG, 2. Aufl. 2014, § 7 UWG Rn. 149).

87

Auch Erwägungsgrund 40 Datenschutzrichtlinie führt aus, dass Vorkehrungen getroffen werden sollten, um die Teilnehmer gegen die Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung, insbesondere durch automatische Anrufsysteme, Faxgeräte und elektronische Post, einschließlich SMS, zu schützen. Diese Formen von unerbetenen Werbenachrichten können zum einen

relativ leicht und preiswert zu versenden sein und zum anderen eine Belastung und/oder einen Kostenaufwand für den Empfänger bedeuten. Darüber hinaus kann in einigen Fällen ihr Umfang auch Schwierigkeiten für die elektronischen Kommunikationsnetze und die Endgeräte verursachen.

88

(b) Das streitgegenständliche Werbebanner führt - über die „normale“ belästigende Wirkung von Werbung hinaus - nicht zu Belastungen oder einem Kostenaufwand des Nutzers des ...-Online-E-Mail-Dienstes. Insbesondere wird sie nicht in die Anzahl der ungelesenen E-Mails des jeweiligen Kunden eingerechnet und nimmt auch keinen Speicherplatz des Postfacheingangs in Beschlag. Dem Werbebanner ist lediglich ein Hyperlink zu einer Zielseite hinterlegt, die sich in einem neuen Tap öffnet. Aufgrund der optischen Unterschiede zwischen E-Mails und der Werbeeinblendung besteht auch kein Arbeitsaufwand für die Trennung zwischen wichtigen elektronischen Nachrichten und elektronischem Werbemüll.

89

Auch die Funktionsweise der streitgegenständlichen Werbung entspricht generell der Platzierung von Werbebannern mittels Adservern. Wenn diese Werbungsformen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG unterfallen würden, wären sie - wie beispielsweise auch Google Adwords - nur bei vorheriger Zustimmung des Adressaten zulässig. Da - wie oben ausgeführt - mangels vorheriger Kommunikation zwischen Werbenden und Adressaten eine vorherige Zustimmung nicht erteilt werden kann, wäre die Werbung mittels Adservern generell unzulässig. Dies kann jedoch mit der Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG nicht gemeint sein. Dabei kann es für die Beurteilung des Anwendungsbereichs von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG keinen Unterschied machen, ob die Werbung innerhalb oder außerhalb des Eingangspostfachs platziert ist, zumal der Gesetzeswortlaut diese Unterscheidung nicht trifft.

90

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass - im Unterschied zu E-Mail-, Telefon- oder Faxwerbung - bei der streitgegenständlichen Form der Werbung keine dem Empfänger dauerhaft zugeordnete individuelle Kontaktadresse mit Werbung beliefert wird, so dass Eigentums- oder Besitzstörungen ausgeschlossen sind (vgl. Leible, in MüKoUWG, 2. Aufl. 2014, § 7 UWG Rn. 280).

91

b) Auch die Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 4 lit. a UWG ist nicht einschlägig. Denn es liegt keine „Werbung mit Nachrichten“ vor. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG ist eine „Nachricht“ jede Information, die zwischen einer endlichen Zahl von Beteiligten über einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst ausgetauscht oder weitergeleitet wird. Damit erstreckt sich der Anwendungsbereich der Vorschrift auf Sprachtelefone, Faxgeräte und elektronische Post, also E-Mail, SMS und MMS (Köhler, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 2 Rn. 112). Eine derartige Kommunikationsform ist vorliegend nicht streitgegenständlich, weshalb es auf die Frage, ob der Anwendungsbereich richtlinienkonform auf das Versenden elektronischer Post zu beschränken ist (vgl. (Köhler, a.a.O., § 2 Rn. 112), nicht ankommt.

92

c) Die Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG ist nach richtlinienkonformer Auslegung auf die streitgegenständliche Werbung nicht anwendbar.

93

Da es in richtlinienkonformer Auslegung Zweck dieser Vorschrift ist, Verbraucher vor einer Gefährdung ihrer Entscheidungsfreiheit durch Belästigung zu schützen, kommen nur solche Fernkommunikationsmittel in Betracht, die für ein „Ansprechen“ im Sinne eines „Bedrängens“ eines Verbrauchers eingesetzt werden. Dies bestätigen die in Nr. 26 S. 1 Anhang I der Richtlinie 2005/29/EG vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt erwähnten Beispiele des Ansprechens über Telefon, Fax, E-Mail. Denn nur dann kann sich ein Durchschnittsverbraucher überhaupt angesprochen fühlen und Anlass haben, eine bestimmte Kaufentscheidung zu treffen. Daher scheiden von vornherein solche Fernkommunikationsmittel aus, die sich an die Allgemeinheit richten, wie beispielsweise Werbung im Fernsehen, im Hörfunk, im Internet und in Presseerzeugnissen (Köhler, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 7 Rn. 106).

94

Nach den obigen Ausführungen handelt es sich bei der streitgegenständlichen Werbung um ein an die Allgemeinheit gerichtetes Fernkommunikationsmittel, welches nicht unter § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG fällt.

95

d) Die streitgegenständliche Werbung stellt schließlich auch keine unzumutbare Belästigung im Sinne der Generalklausel des § 7 Abs. 1 S. 1 UWG dar.

96

aa) Folgender Rechtsrahmen ist für den Senat streitentscheidend.

97

(1) Nach § 7 Abs. 1 S. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, unzulässig.

98

Belästigend ist eine Werbung, die dem Empfänger aufgedrängt wird und die bereits wegen ihrer Art und Weise unabhängig von ihrem Inhalt als störend empfunden wird. Unzumutbar ist die Belästigung, wenn sie eine solche Intensität erreicht, dass sie von einem großen Teil der Verbraucher als unerträglich empfunden wird, wobei der Maßstab des durchschnittlich empfindlichen Adressaten zugrunde zu legen ist. Dabei kommt es nicht einseitig auf die Perspektive des Adressaten der geschäftlichen Handlung an. Die Unzumutbarkeit ist vielmehr zu ermitteln durch eine Abwägung der auch verfassungsrechtlich geschützten Interessen des Adressaten, von der Werbung verschont zu bleiben, und des werbenden Unternehmers, der seine gewerblichen Leistungen durch Werbung zur Geltung bringen will (BGH, Urteil vom 03. März 2011 - I ZR 167/09, Rn. 17 - Kreditkartenübersendung).

99

Im Rahmen der umfassenden Abwägung sind einerseits die Interessen des Handelnden (z.B. Förderung des Waren- oder Dienstleistungsabsatzes durch kostengünstige und effektive Werbemethoden) und andererseits der Adressaten der geschäftlichen Handlung (z.B. Schutz der Privatsphäre, Kostenvermeidung) zu berücksichtigen. Entscheidende Faktoren im Abwägungsprozess sind der Grad und die Intensität des Einwirkens auf den Werbeadressaten und - damit meist, aber nicht notwendig korrelierend - der Aufwand, den er betreiben muss, um der Werbung zu entgehen (Leible, in MüKoUWG, 2. Aufl. 2014, § 7 UWG Rn. 49 f.).

100

Bei der Interessenabwägung gelten folgende Grundsätze (vgl. Ohly, in Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 7 Rn. 25):

- Je erheblicher die Störung, desto eher ist sie unzumutbar. Geringfügige Belästigungen hingegen sind vom Adressaten hinzunehmen.
- Eingriffe in die Privatsphäre haben größeres Gewicht als Störungen in der Öffentlichkeit oder die Störung betrieblicher Abläufe.
- Je größer die Bedeutung der betreffenden Werbemethode für den Werbenden und je geringer seine Ausweichmöglichkeiten auf andere, ähnlich effektive Werbemittel, desto eher ist die Werbung vom Adressaten hinzunehmen.
- Je höher der Aufwand für den Adressaten, der belästigenden Handlung zu entgehen, desto weniger ist sie hinnehmbar.
- Bei der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung muss der Summen- bzw. Nachahmungseffekt berücksichtigt werden. Gerade bei der Verwendung kostengünstiger Werbemethoden liegt die Vermutung nahe, dass sich andere Mitbewerber zur Nachahmung veranlasst sehen. Auch wenn eine einzelne Handlung als unerhebliche Belästigung anzusehen wäre, kann sich die Unlauterkeit in diesen Fällen daraus ergeben, dass für die Zukunft mit einer erheblichen Zahl gleichartiger Handlungen zu rechnen wäre, die in ihrer Summe eine wesentliche Belästigung darstellen würden.

101

(2) In der Literatur wird bei Internetwerbung bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Belästigung ein insgesamt großzügiger Maßstab angelegt.

102

Soweit die Werbung klar erkennbar ist - wie bei der Banner-Werbung - ist dies ebenso wenig zu beanstanden wie die Anzeigenwerbung in der Zeitung. Auch Werbung mittels Interstitials oder Pop-Up-Fenstern ist nicht zu beanstanden, wenn sich der Nutzer der Werbung in kurzer Zeit durch Wegklicken oder durch Verlassen der Seite entziehen kann oder wenn das Interstitial in kurzer Zeit von selbst verschwindet. Wer einen kostenlosen Push-Dienst, d.h. die Übermittlung bestimmter Informationen über das Internet, in Anspruch nimmt, erklärt damit konkludent seine Zustimmung zur Zusendung auch von Werbung. Denn er muss davon ausgehen, dass derartige Dienstleistungen - ähnlich wie beim Free-TV - durch Werbung finanziert werden (Köhler, in Köhler/Bornkamm, UWG, 37. Aufl 2019, §7 Rn. 93).

103

Dass Werbemittel, die beim Surfen auf dem Bildschirm erscheinen, eine unzumutbare Belästigung darstellen, ist die Ausnahme. Grundsätzlich sind Werbemittel als Informationsquelle und Mittel zur Finanzierung der besuchten Website hinzunehmen. Insbesondere Pop-Ups, Layer-Ads, Video-Ads und Interstitials sind dem Nutzer zumutbar. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich die Werbemittel ohne Weiteres sofort oder nach einer kurzen Zeit, die der Dauer eines Werbespots im Fernsehen entsprechen kann, wegklicken lassen (Micklitz/Schirmbacher, in Spindler/Schuster, Elektron. Medien, 3. Aufl. 2015, § 7 UWG Rn. 19 f.).

104

Werbung im Internet bedient sich gerne so genannter Pop-Up-Fenster oder Pre- bzw. Interstitials. Bei Ersterem handelt es sich um Webseiten mit Werbeinhalt, die sich automatisch neben der eigentlich aufgerufenen Internetseite öffnen. Ein Prestitial ist der aufgerufenen Internetseite vorgeschaltete, zumeist ganzseitige Werbung, während unter Interstitials Werbung verstanden wird, die bei dem Wechsel zwischen zwei Seiten oder vor dem Start einer bestimmten Funktion (etwa eines Videos) eingeblendet wird. Gegen diese Formen der Werbung ist, zumindest sofern sie sich wieder schließen lassen oder dies von selbst tun, nichts einzuwenden, auch wenn es lästig sein mag, das zusätzlich geöffnete Fenster wieder zu schließen. Eine unzumutbare Belästigung liegt jedenfalls nicht vor, zumal der Nutzer selbst es war, der die entsprechende Seite aufgesucht hat. Außerdem ist heute jedermann bekannt, dass viele Internetseiten überhaupt nur werbefinanziert existieren können. Unzulässig sind Werbeunterbrechungen im Internet nur, wenn der Nutzer praktisch keine Möglichkeit hat, ihnen auszuweichen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn er gegen seinen ausdrücklich geäußerten Willen gezwungen wird, den Kontakt zur besuchten Seite aufrechtzuerhalten und die dortigen Angebote zur Kenntnis zu nehmen, weil sich etwa, obwohl bei einem Sicherheitshinweis „nein“ angeklickt wurde, mehrere Pop-Up-Fenster öffnen und der Versuch, eines zu schließen, zu einer schier endlosen Kette neuer Pop-Ups führt (Leible, in MüKoUWG, 2. Aufl. 2014, § 7 UWG Rn. 280).

105

Das Einstellen (meist rechteckig geformter) optisch getrennter Werbeflächen anderer Unternehmer in die vom Benutzer angesteuerte Internetseite wird als Bannerwerbung bezeichnet. Eine solche Werbung ist unter dem Gesichtspunkt einer „unzumutbaren Belästigung“ regelmäßig unbedenklich, wenn nicht die Werbung außergewöhnlich unerwartet lange Downloadzeiten für die Seite mit sich bringt und der Benutzer einer Internetseite hinreichend über den werblichen Charakter der Anzeige aufgeklärt wird (Habermeier/Ludyga, in Martinek/Semler/Flohr, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Aufl. 2016, § 43 Rn. 41).

106

(3) Die Rechtsprechung hat folgende Werbeformen im Internet als zulässig angesehen: Pop-Up-Fenster - also Werbeanzeigen, die unaufgefordert auf der vom Internetnutzer aufgerufenen Internetseite erscheinen - sind in der Regel nicht als unzumutbare Belästigung anzusehen. Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der mit einer solchen Werbung verbundenen Belästigung ist im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass der Internetnutzer, der eine mit derartiger Werbung finanzierte Internetseite aufsucht, von der Werbung insofern profitiert, als ihm aufgrund der daraus erzielten Einnahmen die Inhalte der Internetseite kostenlos zur Verfügung gestellt werden. Die Schwelle zur Unzumutbarkeit der Werbung ist (jedenfalls dann) noch nicht überschritten, wenn eine störende Internet-Werbung der in Rede stehenden Art innerhalb kurzer Zeit weggeklickt werden kann oder alsbald von selbst verschwindet (KG Berlin, Urteil vom 18. Oktober 2013 - 5 U 138/12, Rn. 23 ff.)

107

Vorschaltwerbung (Pre-Roll-Werbung) stellt jedenfalls dann keine unzumutbare Belästigung dar, wenn die Werbung innerhalb kurzer Zeit weggeklickt werden kann oder alsbald von selbst verschwindet. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Internetnutzer die Internetseite kostenlos nutzen kann, weil sie durch die von ihm als lästig empfundene Werbung finanziert wird (OLG Köln, Urteil vom 12. April 2013 - I-6 U 132/12, Rn. 33 ff. - SpielAffe).

108

Interstitial-Werbung - ein Werbeblock, der entweder für bestimmte Zeit eingeblendet wird oder per Mausclick beendet werden kann - stellt keine unzumutbare Belästigung dar, wenn er nach 10 Sekunden automatisch verschwindet oder nach 5 Sekunden weggeklickt werden kann. Im Interesse des Wettbewerbs ist zu berücksichtigen, dass mit jeder Werbung ein gewisses Maß an Beeinflussung und Belästigung verbunden ist. Ein Interstitial kann zwar als störend oder auch nervend angesehen werden. Es überschreitet jedoch nicht die Schwelle zur unzumutbaren Belästigung, denn der Nutzer kann sich der Werbung nach kurzer Zeit durch Wegklicken entziehen. Die Belästigungsintensität liegt damit weitgehend in seiner Hand. Außerdem stellt das Wegklicken ein relativ einfaches Mittel dar, um die Belästigung zu beheben (LG Berlin, Urteil vom 14. September 2010 - 103 O 43/10, Rn. 41).

109

bb) Im vorliegenden Fall ergibt die Abwägung der maßgeblichen Umstände, dass ein durchschnittlich empfindlicher Adressat durch die streitgegenständlichen Werbebanner zwar belästigt wird. Dies erfolgt aber nicht in unzumutbarer Weise.

110

(1) Dabei ist einerseits zu berücksichtigen, dass Grad und Intensität des Einwirkens auf Werbeadressaten nicht unerträglich sind.

111

Die Werbung ist klar als solche erkennbar, da sie - anders als die „normalen“ E-Mails im Postfach - grau unterlegt und an der Stelle, an der bei E-Mails die Uhrzeit des Eingangs der Mail angezeigt ist, mit dem deutlichen Hinweis „Anzeige“ versehen ist. Sie enthält anstelle eines Absenders den - regelmäßig in Farbe gehaltenen (vgl. Bl. 291 d.A.) - Firmennamen des Werbenden. Den von der Klagepartei vorgelegten Anlagen mit der streitgegenständlichen Verletzungshandlung kann entnommen werden, dass sie immer an der gleichen Stelle des Postfachs erscheint, weshalb der Verbraucher beim mehrfachen Öffnen des Postfachs daran gewöhnt ist, an dieser Stelle eine Werbeanzeige zu sehen.

112

Durch die Einblendung der Werbeanzeigen werden keine sonstigen Inhalte - wie beispielsweise E-Mails - verdeckt. Der Kunde wird zu keinem Zeitpunkt daran gehindert, E-Mails zu lesen. Die streitgegenständliche Werbung führt damit nicht zu Beeinträchtigungen wie andere (zulässige) Werbeformen im Internet - wie beispielsweise Pop-Ups oder Prestitials - die sich über Teile des Bildschirms legen.

113

Durch Anklicken des „X“ kann die Werbung aus der inbox entfernt werden, sodass sich die allein durch die einzelne Werbeanzeige verursachte Zeitverschwendung beim Empfänger in Grenzen hält. Der Aufwand für den Adressaten, der belästigenden Handlung zu entgehen, ist als relativ gering einzustufen.

114

Nach dem Vortrag der Klägerin erschien die streitgegenständliche Werbeanzeige der Beklagten insgesamt nur drei Mal im E-Mail-Postfach des Prozessbevollmächtigten der Klägerin, und zwar am 12.12.2016, 13.01.2017 und 15.01.2017. Bei dieser Anzahl ist von einer eher geringfügigen Belästigung auszugehen. Zwar ist bei der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung der Summen- bzw. Nachahmungseffekt im Rahmen der Gesamtabwägung zu berücksichtigen. Jedoch kann die Unzumutbarkeit der Belästigung nicht allein daraus abgeleitet werden, dass andere - von der Beklagten völlig unabhängige - Unternehmen an der beanstandeten Stelle im Posteingangsfach Werbung schalten lassen.

115

(2) Andererseits hat in die Abwägung einzufließen, dass durch das Erscheinen der Werbung innerhalb des Posteingangs - eingereiht in die neu eingegangenen E-Mails - diese für den flüchtigen Betrachter wie eine E-Mail wirken und damit stärker wahrgenommen werden kann als Werbebanner außerhalb des

Eingangspostfachs. Damit ist der Belästigungsgrad höher einzustufen als die am Bildrand des Postfachs eingblendete Werbung.

116

(3) Entscheidend ist jedoch, dass die streitgegenständlichen Werbeanzeigen auf einer kostenfreien Webseite erfolgen, über die ein kostenloser E-Mail-Dienst zugänglich gemacht wird. Es handelt sich dabei um ein klassisches Werbeumfeld, bei der Werbung vom Durchschnittsverbraucher erwartet wird, weil er die bewusste Entscheidung für einen kostenlosen und werbefinanzierten E-Mail-Dienst getroffen hat. Darüber hinaus wird der Kunde bei der Registrierung des kostenlosen E-Mail-Dienstes der ... ausdrücklich auf die Finanzierung durch Werbung hingewiesen.

117

Es besteht außerdem die Möglichkeit, durch die Bezahlung eines Entgelts den ...-Online-E-Mail-Dienst werbefrei zu nutzen. Auch darauf wird bei der Registrierung hingewiesen (vgl. Anlage StV 3). Schließlich trug die Beklagte unwidersprochen vor, dass bei Verwendung eines E-Mail-Clients (wie beispielsweise Microsoft Outlook) die Werbeanzeige nicht eingeblendet wird.

118

e) Eine Unzulässigkeit der streitgegenständlichen Werbung ergibt sich auch nicht aus § 7 UWG i.V.m. Art. 13 Abs. 3 Datenschutzrichtlinie.

119

Nach Art. 13 Abs. 3 Datenschutzrichtlinie sollen die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass unerbetene Nachrichten zum Zwecke der Direktwerbung, die entweder ohne die Einwilligung der betreffenden Teilnehmer oder Nutzer erfolgen oder an Teilnehmer oder Nutzer gerichtet sind, die keine solchen Nachrichten erhalten möchten, nicht gestattet sind; welche dieser Optionen gewählt wird, wird im innerstaatlichen Recht geregelt, wobei berücksichtigt wird, dass beide Optionen für den Teilnehmer oder Nutzer gebührenfrei sein müssen.

120

Diese Vorschrift dient, wie aus der Bezeichnung der Richtlinie und ihrem Art. 1 Abs. 1 hervorgeht, dem Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen vor unerbetener Direktwerbung. Sie wird durch § 7 Abs. 2 Nr. 3, 4 und Abs. 3 UWG umgesetzt (vgl. Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, Drucksache 15/1487, S. 21). Denn Art. 13 Abs. 3 Datenschutzrichtlinie bezieht sich auf die Telefonwerbung, die einen nationalen Gestaltungsspielraum vorsieht, was sich aus Erwägungsgrund 42 dieser Richtlinie ergibt (vgl. Ohly, in Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 7 Rn. 8). Die Umsetzung in § 7 Abs. 2 Nr. 3, 4 und Abs. 3 UWG erfolgte auch in unionsrechtskonformer Weise (Ohly, a.a.O., § 7 Rn. 9; vgl. auch BGH, GRUR 2011, 936, Rn. 23 - Double-opt-in-Verfahren; BGH, Urteil vom 14. Januar 2016 - I ZR 65/14, Rn. 24 - Freunde finden). Daraus ergibt sich in Bezug auf die streitgegenständliche Werbung, dass Art. 13 Abs. 3 Datenschutzrichtlinie keinen über § 7 Abs. 2 Nr. 3, 4 und Abs. 3 UWG hinausgehenden Anwendungsbereich hat.

121

Eine andere Beurteilung ist auch nicht aufgrund von Art. 2 S. 2 lit. d Datenschutzrichtlinie veranlasst, wonach „Nachricht“ jede Information ist, die zwischen einer endlichen Zahl von Beteiligten über einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst ausgetauscht oder weitergeleitet wird. Diese Definition entspricht wortwörtlich § 2 Abs. 1 Nr. 4 UWG. Der dabei verwendete Begriff des elektronischen Kommunikationsdienstes ist definiert in Art. 2 lit. c der Richtlinie 2002/21/EG 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste und bezieht sich auf gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen. Darunter fallen Sprachtelefonie, Telefaxdienste, und elektronische Post, also E-Mails, SMS, MMS (vgl. Sosnitza, in Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 2 Rn. 81), nicht aber die streitgegenständlichen Werbebanner. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass vom Nachrichtenbegriff nur Informationen für bestimmte identifizierbare Kommunikationsdiensteteilnehmer oder Nutzer erfasst werden, nicht aber Informationen, die der elektronische Kommunikationsdienst der Öffentlichkeit als einem unbestimmten Empfängerkreis zuleitet. Dies setzt das Bestehen individueller Kontakte zwischen Absender und Empfänger voraus (vgl. Sosnitza, a.a.O., §2 Rn. 80).

C.

I.

122

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 101 Abs. 1 ZPO.

II.

123

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 709, 711 ZPO.

III.

124

Die Festsetzung des Streitwerts erfolgte in Anwendung von §§ 3 ZPO, 51 Abs. 2 GKG.

IV.

125

Es besteht keine Veranlassung, den Rechtsstreit auszusetzen und dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen.

126

Nach Art. 267 Abs. 2 AEUV kann das Gericht eines Mitgliedstaats eine Vorabentscheidungsfrage dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen. Eine Pflicht zur Vorlage besteht lediglich dann, wenn sich die Frage in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht stellt, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können (Art. 267 Abs. 3 AEUV).

127

Entscheidend ist für das Vorliegen einer Pflicht zur Vorlage nach der vom EuGH vertretenen funktionellen Betrachtungsweise, ob im konkreten Fall gegen die Entscheidung des Gerichts ein Rechtsmittel statthaft ist (EuGH, Urteil vom 4. Juni 2002, Rs. C-99/00, Rn. 15 - Kenny Roland Lyckeskog). Dabei ist auch die Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO als Rechtsmittel im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV anzusehen, wenn der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer 20.000,00 € übersteigt (BVerfG, Beschluss vom 06. Oktober 2017 - 2 BvR 987/16, Rn. 13).

128

Im vorliegenden Fall besteht keine Vorlagepflicht, da das Urteil mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann. Der Senat hat auch keine durchgreifenden Zweifel an der Auslegung des Begriffs der elektronischen Post; weshalb von dem bestehenden Vorlagerecht kein Gebrauch gemacht wird.

V.

129

Allerdings ist die Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zuzulassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO). Die Fragen, ob die streitgegenständliche Werbeeinblendung eine elektronische Post im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG darstellt oder die Unzumutbarkeitsschwelle des § 7 Abs. 1 S. 1 UWG überschreitet, sind höchstrichterlich nicht entschieden und werfen entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfragen auf, die sich über den Einzelfall hinaus in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen können und deshalb für die Allgemeinheit von besonderer Bedeutung sind.