

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

6
K&R

- Editorial: Wieviel Rechtssicherheit bringt das neue Bundesdatenschutzgesetz? · *Peter Schaar*
- 361 Gesetzliches Fundament für offene WLAN-Netze – Alle guten Dinge sind drei? · *Prof. Dr. Eva Inés Obergefell*
- 364 Aktuelle Entwicklungen in der Providerhaftung im Jahr 2016
Dr. Christian Volkmann
- 369 Ohne Umsatzsteuer: Besserstellung des Urheberrechtsverletzers durch Schadensersatz statt Lizenzgebühr?
Dr. Jan Jelle Kähler
- 372 IT-Sicherheit in Unternehmen – Weiterhin viel Unsicherheit bei der Umsetzung des IT-Sicherheitsgesetzes
Mareike Gehrman und Detlef Klett
- 378 Informationsbereitstellung für Verbraucher bei Internetzugangsdiensten · *Prof. Dr. Torsten J. Gerpott*
- 384 Entwicklungen im zivilrechtlichen Telekommunikationsrecht im Jahr 2016
Dr. Thomas Sassenberg, Dr. Reto Mantz und Dr. Gerd Kiparski
- 390 Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und die Logik der Meinungsfreiheit
Prof. Dr. Dr. h.c. Karl-Heinz Ladeur und Prof. Dr. Tobias Gostomzyk
- 394 Länderreport USA · *Clemens Kochinke*
- 396 EuGH: Urheberrechtsverletzung durch Mediaplayer mit Zugang zu illegalen Streamingangeboten mit Kommentar von *Dr. Niels Lutzhöft* und *Dr. Arndt Christoph Hendel*
- 403 BGH: Anforderungen an wirksame Werbe-Einwilligung und Datennutzung nach Widerspruch mit Kommentar von *Sebastian Laoutoumai* und *Benjamin Schuh*

20. Jahrgang

Juni 2017

Seiten 361 – 432

jedoch der Fall: Die „normale Verwertung“ eines geschützten Werkes würde beeinträchtigt, da das Streaming „normalerweise eine Verringerung der rechtmäßigen Transaktionen“ nach sich zöge.¹⁸ Mit drohenden Absatzrückgängen hatte das BVerfG bereits im *Germania-3*-Beschluss zwecks praktischer Konkordanz mit der Kunstfreiheit argumentiert.¹⁹

Der Sache nach bejaht der EuGH die Haftung von Endnutzern zumindest für den Fall des Streamings offensichtlich rechtswidriger Inhalte praktisch im Wege einer grundrechtskonformen Auslegung der Schranke aus Art. 5 Abs. 1 lit. b der InfoSoc-RL. Der pauschalen Ablehnung jeglicher Verantwortlichkeit privater Internetnutzer erteilt er insoweit eine deutliche Absage. Die Nutzung bekanntermaßen illegaler Streaming-Plattformen wie *kino.to* begründet demnach Unterlassungsansprüche der Rechtsinhaber.

IV. Fazit

Soweit das Streaming einer nicht offensichtlich rechtswidrigen Quelle durch private Endnutzer bisher schon von § 53 Abs. 1 UrhG gedeckt war, ergeben sich für die deutsche Rechtspraxis im Ergebnis keine Änderungen. Die deutsche Rechtsprechung stellt bislang ohnehin auf beide Ausnahmetatbestände parallel ab.²⁰ Während das Urteil *ACI Adam* in der Literatur zu erheblichen Zweifeln an der Vereinbarkeit des deutschen Offensichtlichkeitsregimes mit dem Unionsrecht geführt hat,²¹ lassen die GS-Media-Entscheidung und das vorliegende Urteil erkennen, dass der EuGH dieses Kriterium grundsätzlich als einen geeigneten Wertungsmaßstab für die Beurteilung der urheberrechtlichen Relevanz einer Handlung betrachtet.²² Da der Gerichtshof nach den konkreten Umständen des Ausgangsfalls von einer Bösgläubigkeit der Erwerber des „Filmspieler“ ausging, konnte er in diesem Punkt letztlich vage bleiben.

Dem Internetnutzer soll im privaten Raum „zum Meinungs- und Informationsaustausch“²³ ein freier Umgang mit den am Markt zugänglichen Inhalten ermöglicht werden, ohne ihm eine – praktisch unmögliche – umfassende Rechtklärung aufzubürden.²⁴ Nutzt der Einzelne jedoch eine offensichtlich rechtswidrige Vorlage, überwiegen in der Regel die Rechte der Urheber.²⁵ Diese Abwägung spiegelt sich im Offensichtlichkeitskriterium bei der Privatkopierschranke. Der Gerichtshof übernimmt diesen Rechtsgedanken in die Prüfung des Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL und erreicht damit eine Annäherung bei der normativen Bewertung von Downloads und Streaming.

18 EuGH, 26. 4. 2017 – C-527/15, K&R 2017, 396, 401, Rn. 70 – *Filmspieler*; vgl. bereits EuGH, 10. 4. 2014 – C-435/12, K&R 2014, 413, 415, Rn. 39 – *ACI Adam*.

19 BVerfG, 29. 6. 2000 – 1 BvR825/98, GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*.

20 LG Köln, 24. 1. 2014 – 209 O 188/13, GRUR-RR 2014, 114; LG Hamburg, 19. 12. 2013 – 310 O 460/13, MMR 2014, 267; AG Hannover, 27. 5. 2014 – 550 C 13749/13, ZUM-RD 2014, 667; vgl. *Wagner*, GRUR 2016, 874, 881 f.

21 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 5. Aufl. 2017, § 53 Rn. 17 m. w. N.

22 Für eine Übertragung des Prinzips auf § 44 a UrhG *Busch*, GRUR 2011, 496, 502.

23 EuGH, 8. 9. 2016 – C-160/15, K&R 2016, 661, 663, Rn. 45 – GS Media.

24 *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 5. Aufl. 2017, § 53 Rn. 19.

25 Anders jedoch u. U., wenn der Linksetzung eine Belegfunktion in einer die Öffentlichkeit berührenden Frage zukommt, BVerfG, 15. 12. 2011 – 1 BvR 1248/11, K&R 2012, 200, 202, Rn. 37 – *AnyDVD*.

Kein uneingeschränktes Werbeverbot für Zahnärzte

EuGH, Urteil vom 4. 5. 2017 – C-339/15

Volltext-ID: KuRL2017-403, www.kommunikationundrecht.de

Luc Vanderborght

ECLI:EU:C:2017:335

Verfahrensgang: *Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel, strafzaken (niederländischsprachiges Gericht erster Instanz in Strafsachen Brüssel, Belgien)*, 18. 6. 2015

Art. 56 AEUV; RL 2005/29/EG; RL 2000/31/EG

1. Die Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) ist dahin auszulegen, dass sie nationalen Rechtsvorschriften wie den im Ausgangsverfahren fraglichen, die die öffentliche Gesundheit und die Würde des Zahnarztberufs schützen, indem sie zum einen jegliche Werbung für Leistungen der Mund- und Zahnversorgung allgemein und ausnahmslos verbieten und zum anderen bestimmte Anforderungen in Bezug auf die Schlichtheit von Zahnarztpraxisschildern aufstellen, nicht entgegensteht.

2. Die Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) ist dahin auszulegen, dass sie nationalen Rechtsvorschriften wie den im Ausgangsverfahren fraglichen, die jegliche Werbung für Leistungen der Mund- und Zahnversorgung allgemein und ausnahmslos verbieten, entgegensteht, soweit sie jede Form kommerzieller Kommunikation auf elektronischem Weg, auch mittels einer von einem Zahnarzt erstellten Website, verbieten.

3. Art. 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er nationalen Rechtsvorschriften wie den im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, die jegliche Werbung für Leistungen der Mund- und Zahnversorgung allgemein und ausnahmslos verbieten. (Tenor des Gerichts)

Anforderungen an wirksame Werbe-Einwilligung und Datennutzung nach Widerspruch

BGH, Urteil vom 14. 3. 2017 – VI ZR 721/15

ECLI:DE:BGH:2017:140317UVIZR721.15.0

Verfahrensgang: LG Berlin, 3. 11. 2015 – 16 S 30/14;

AG Tempelhof-Kreuzberg, 26. 8. 2014 – 24 C 12/14

§ 1004, § 823 BGB; § 28 BDSG

1. Die ohne wirksame Einwilligung an eine geschäftliche E-Mail-Adresse versandte Werbe-E-Mail stellt

einen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar (Fortführung von BGH, Urt. v. 12. 9. 2013 – I ZR 208/12, [K&R 2013, 792 ff. =] GRUR 2013, 1259).

2. Eine wirksame Einwilligung in den Empfang elektronischer Post zu Werbezwecken setzt u. a. voraus, dass der Adressat weiß, dass seine Erklärung ein Einverständnis darstellt, und dass klar ist, welche Produkte oder Dienstleistungen welcher Unternehmen sie konkret erfasst. Eine vorformulierte Einwilligungserklärung ist an den §§ 305 ff. BGB zu messen (Fortführung von BGH, Urt. v. 25. 10. 2012 – I ZR 169/10, [K&R 2013, 401 ff. =] GRUR 2013, 531).

3. Zur Anwendbarkeit von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG, wenn der zur Unterlassung von Werbung mittels elektronischer Post Verpflichtete die E-Mail-Adresse des Betroffenen gegen dessen Willen nutzen möchte, um sie zu Lösch- oder Sperrzwecken an seine Werbepartner weiterzuleiten. (Leitsätze des Gerichts)

Sachverhalt

Der Kläger nimmt die Beklagte wegen unerbetener E-Mail-Werbung auf Unterlassung und Erstattung vorgegerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Anspruch. Er ist Handelsvertreter, die Beklagte betreibt einen Verlag. Die Beklagte hatte unter anderem die Z. GmbH und die P. AG damit beauftragt, Werbe-E-Mails mit Verlagsangeboten zu versenden. Für deren E-Mail-Marketing-Kampagnen gibt es verbindliche Vorgaben der Beklagten. Der Kläger erhielt am 21. und 25. 3. 2013 unter seiner geschäftlich genutzten E-Mail-Adresse ...@gmx.de von der Z. GmbH Werbe-E-Mails für (Print-)Produkte der Beklagten. Er mahnte die Beklagte daraufhin ab.

Die Beklagte teilte dem Kläger mit, dass sie keine entsprechende Unterlassungserklärung abgeben werde, weil er in die fragliche Werbung beim Herunterladen eines Free-Ware-Programmes eingewilligt habe. Er werde in die interne Liste gesperrter E-Mail-Adressen, die sogenannte interne „Robinson Liste“, aufgenommen. Der Kläger widersprach jeglicher Erhebung und Speicherung seiner personenbezogenen Daten, auch für angebliche Sperrzwecke, soweit diese nicht auf Namen und Anschrift beschränkt seien. Insbesondere widersprach er der Erhebung und/oder Speicherung von jeglichen Mail-, Telefon- und Faxkontaktdaten, um eine Weitergabe dieser Daten an die Werbepartner zu verhindern. Nach Klageerhebung erhielt er unter der genannten E-Mail-Adresse von der P. AG und der Firma N. weitere Werbe-E-Mails für Produkte der Beklagten.

Der Kläger verlangt, die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes, ersatzweise Ordnungshaft zu unterlassen, ihm gegenüber Werbung per elektronische Nachricht ohne seine vorherige ausdrückliche Einwilligung zu betreiben und/oder betreiben zu lassen. Das AG hat der Klage hinsichtlich des Unterlassungsantrages stattgegeben und dem Kläger einen Teil der vorgegerichtlichen Rechtsanwaltskosten zugesprochen. Auf die Berufung der Beklagten hat das LG die Klage insgesamt abgewiesen, die Anschlussberufung des Klägers hat es zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

Aus den Gründen

4 A. Das Berufungsgericht hält die Berufung für zulässig, da die Beschwer für den Unterlassungsanspruch jedenfalls

über der insoweit maßgeblichen Schwelle von 600 € liege. Die Berufung sei auch begründet. Der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs stehe gemäß § 242 BGB der Einwand des Rechtsmissbrauchs bzw. widersprüchlichen Verhaltens entgegen. [...]

7 B. Diese Erwägungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht in vollem Umfang stand. [...]

10 II. Dem Kläger steht gegen die Beklagte gemäß § 1004 Abs. 1 S. 2, § 823 Abs. 1, § 831 BGB ein Anspruch auf Unterlassung der Zusendung elektronischer Post mit werblichem Inhalt wegen eines rechtswidrigen Eingriffs in sein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu, soweit nicht die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 3 UWG erfüllt sind.

11 1. Mit dem Unterlassungsantrag erstrebt der Kläger die Unterlassung der Zusendung von Werbung der Beklagten per elektronische Post durch die Beklagte selbst oder durch Dritte auf ihre Veranlassung ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung. Das Begehren ist nicht beschränkt auf die derzeit der Beklagten und deren Werbepartnern bekannte geschäftliche E-Mail-Adresse des Klägers, sondern bezieht sich auf alle etwaigen gegenwärtigen oder zukünftigen geschäftlich genutzten E-Mail-Adressen des Klägers. Dies hat das Berufungsgericht zutreffend erkannt.

12 2. Ein Unterlassungsanspruch kann hier allerdings nicht auf § 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 UWG gestützt werden. Gemäß § 7 Abs. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, unzulässig. Dies gilt insbesondere für Werbung, deren Versand erfolgt, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht. Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist eine unzumutbare Belästigung stets anzunehmen bei Werbung unter Verwendung von elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt. Dabei sind Marktteilnehmer gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG neben Mitbewerbern und Verbrauchern alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind, also auch der als Handelsvertreter tätige Kläger.

13 Von einem Verstoß gegen diese Regelung betroffene Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer sind aber nach der abschließenden Regelung des § 8 Abs. 3 UWG nicht berechtigt, selbst Ansprüche auf Unterlassung gemäß § 8 Abs. 1 UWG geltend zu machen (h. M.; vgl. zum „Verbraucher“ Senat, Urt. v. 15. 12. 2015 – VI ZR 134/15, [K&R 2016, 179 ff. =] NJW 2016, 870 Rn. 9; Köhler/Fedderson, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 8 UWG Rn. 3.4; vgl. zur Ablehnung individueller Ansprüche Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes gegen den unerlaubten Wettbewerb vom 22. 8. 2003, BT-Drs. 15/1487 S. 22). Der Kläger ist unstreitig nicht Mitbewerber der Beklagten. Im Übrigen steht die Klagebefugnis gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG nur Wirtschafts- und Verbraucherverbänden und den Industrie- und Handelskammern oder Handwerkskammern zu.

14 3. Das von der Beklagten veranlasste Zusenden der Werbe-E-Mails durch ihre Werbepartner stellt aber einen rechtswidrigen Eingriff in das Recht des Klägers am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar.

15 a) Hier kommen die Maßstäbe des § 7 UWG zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen auch im Rahmen der Prüfung eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gemäß § 823 Abs. 1 BGB zur

Anwendung (vgl. BGH, Urt. v. 21. 4. 2016 – I ZR 276/14, [K&R 2016, 509 ff. =] GRUR 2016, 831 Rn. 16; Urt. v. 20. 5. 2009 – I ZR 218/07, [K&R 2009, 649 ff. =] GRUR 2009, 980 Rn. 14; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 7 Rn. 14; Koch, in: Ullmann, jurisPK-UWG, 4. Aufl., § 7 Rn. 359). Gegenstand des Schutzes ist die Verhinderung des Eindringens des Werbenden in die geschäftliche Sphäre, insbesondere die Ungestörtheit der Betriebsabläufe des sonstigen Marktteilnehmers; es soll verhindert werden, dass dem Marktteilnehmer Werbemaßnahmen gegen seinen erkennbaren und mutmaßlichen Willen aufgedrängt werden (vgl. BGH, Urt. v. 21. 4. 2016 – I ZR 276/14, [K&R 2016, 509 ff. =] GRUR 2016, 831 Rn. 16). Verhindert werden soll darüber hinaus, dass die belästigende Werbung zu einer Bindung von Ressourcen des Empfängers führt (BGH, Urt. v. 1. 6. 2006 – I ZR 167/03, GRUR 2007, 164 Rn. 9). Unverlangt zugesendete E-Mail-Werbung erfolgt betriebsbezogen und beeinträchtigt den Betriebsablauf im Unternehmen des Empfängers. Das Verwenden von E-Mails mit unerbetener Werbung, die der Empfänger jeweils einzeln sichten muss und bei denen ein Widerspruch erforderlich ist, um eine weitere Zusendung zu unterbinden, führt zu einer nicht unerheblichen Belästigung (vgl. BGH, Urt. v. 12. 9. 2013 – I ZR 208/12, [K&R 2013, 792 ff. =] GRUR 2013, 1259 Rn. 15; Urt. v. 20. 5. 2009 – I ZR 218/07, [K&R 2009, 649 ff. =] GRUR 2009, 980 Rn. 10 ff.). So liegt es auch im Streitfall.

16 b) Die Werbe-E-Mails der Z. GmbH für die Printprodukte der Beklagten waren nicht durch eine vorherige Einwilligung des Klägers gedeckt.

17 aa) Die Beklagte hat eine Einwilligung des Klägers behauptet. Danach habe der Kläger am 25. 2. 2013 seine E-Mail-Adresse an die Freeware Plattform [www.f\[...\]a\[...\]de](http://www.f[...]a[...]de) übermittelt, um dort ein Softwareprogramm heruntergeladen zu können. Unterhalb des Eingabefeldes für die E-Mail-Adresse sei er darauf hingewiesen worden, dass die eingegebene E-Mail-Adresse für den Betreiber der Seite sowie dessen Sponsoren für werbliche Zwecke freigegeben werde und er in unregelmäßigen Abständen Werbung per E-Mail erhalten werde. Der Kläger habe durch Drücken der Enter-Taste die Nutzungsbedingungen bestätigt. Zusätzlich habe die Plattform eine Double-Opt-In-E-Mail mit dem Betreff „Downloadlink für B. (die ausgewählte Freeware)“ an das E-Mail-Postfach des Klägers gesendet, in welcher dieser auf die werbliche Nutzung der übermittelten E-Mail ein weiteres Mal mit folgendem Text hingewiesen worden sei:

„Sobald der Link bestätigt wird startet der Download und Sie stimmen den unter [www.f\[...\]a\[...\]de](http://www.f[...]a[...]de) hinterlegten Nutzungsbedingungen zu, die auch ein Einverständnis in werbliche Informationen von uns sowie den F. A. Sponsoren enthalten.“

18 § 4 (Werbeeinverständnis) der AGB der Seite habe folgenden Inhalt gehabt: „Mit der Angabe seiner persönlichen Daten erklärt der Nutzer sein Einverständnis, dass er von F. M. Limited und den hier genannten Sponsoren Werbung per E-Mail an die vom Nutzer angegebene E-Mail-Adresse erhält. Der Nutzer kann der werblichen Nutzung seiner Daten durch F. M. Limited jederzeit durch eine E-Mail an [Info@f\[...\]m\[...\]com](mailto:Info@f[...]m[...]com) widersprechen“.

19 Die Verlinkung hinter dem Wort „hier“ habe zu einer Sponsorenliste geführt, welche die Z. GmbH sowie 25 weitere Unternehmen enthalten habe.

20 bb) Auch wenn man diesen – bestrittenen – Vortrag der Beklagten unterstellt, liegt keine wirksame Einwilligung vor, da aus der vorformulierten Einwilligungserklärung, wie das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt hat, nicht hinreichend klar hervorgeht, für welche konkreten Produkte die Unternehmen werben dürfen. Die Einwilligungserklärung hält einer Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB nicht stand. Sie ist gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 3 S. 2 BGB als unangemessene Benachteiligung des Klägers unwirksam, denn sie verstößt gegen das Transparenzgebot.

21 (1) Bei der vorformulierten Einwilligungserklärung handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB. Grundsätzlich kann die Einwilligungserklärung auch in AGB wirksam erteilt werden (vgl. nur BGH, Urt. v. 25. 10. 2012 – I ZR 169/10, [K&R 2013, 401 ff. =] GRUR 2013, 531 Rn. 21).

22 (2) Einer Transparenzkontrolle dieser vorformulierten Einwilligungserklärung steht nicht entgegen, dass es sich hier um eine Leistungsbeschreibung handeln könnte, wenn man davon ausginge, dass zwischen dem Betreiber der Plattform und dem Kläger ein entgeltlicher Vertrag zustande gekommen ist, bei dem die Leistung in der Gewährung des Herunterladens und der Nutzung von Software und die Gegenleistung in dem Einverständnis mit dem Empfang von Werbung des Plattformbetreibers und der Weitergabe der E-Mail-Adresse an andere Unternehmen mit dem Einverständnis, von diesen Werbung zu erhalten (vgl. Härting, in: Härting, Internetrecht, 5. Aufl., Rn. 480 ff., 769 ff.; Härting/Schätzle, ITRB 2006, 186, 187), also in der Zurverfügungstellung von personenbezogenen Daten für Werbezwecke, einem „Bezahlen mit eigenen Daten“ besteht (vgl. Schmidt-Kessel/Erlar/Grimm/Kramme, GPR 2016, 54, 57 f.; vgl. auch Faust, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag 2016 S. A 59). § 307 Abs. 1 S. 2 BGB findet auch auf Leistungsbeschreibungen Anwendung (§ 307 Abs. 3 S. 2 BGB; vgl. Becker, JZ 2017, 170, 173; Staudinger/Michael Coester (2013) BGB, § 307 Rn. 288).

23 (3) Die vorformulierte Einwilligungserklärung ist nicht hinreichend konkret gefasst und erfüllt nicht die Voraussetzungen des hier maßgeblichen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Sie verstößt gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, das den Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen verpflichtet, die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen (BGH, Urt. v. 9. 12. 2014 – X ZR 147/13, NJW-RR 2015, 618 Rn. 22; Urt. v. 3. 6. 1998 – VIII ZR 317/97, NJW 1998, 3114, 3116 m. w. N).

24 Mit § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG wurde die Bestimmung des Art. 13 der RL 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 7. 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) umgesetzt. Der Begriff der „Einwilligung“ ist deshalb richtlinienkonform zu bestimmen. Art. 2 Abs. 2 lit. f der Richtlinie verweist für die Definition der Einwilligung auf Art. 2 lit. h der RL 95/46 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr. Einwilligung ist „jede Willensbekundung, die ohne Zwang für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt“. Sie wird in Kenntnis der Sachlage erteilt, wenn der Verbraucher weiß, dass seine

Erklärung ein Einverständnis darstellt und worauf sie sich bezieht. Die Einwilligung erfolgt für den konkreten Fall, wenn klar ist, welche Produkte oder Dienstleistungen welcher Unternehmen sie konkret erfasst (vgl. BGH, Urt. v. 25. 10. 2012 – I ZR 169/10, [K&R 2013, 401 ff. =] GRUR 2013, 531 Rn. 23, 24 m. w. N.; vgl. zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG BGH, Urt. v. 18. 7. 2012 – VIII ZR 337/11, NJW 2013, 291 Rn. 57 zu Werbeanrufen). Dies gilt entsprechend für die Werbung mittels elektronischer Post, für die § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ebenfalls eine „vorherige ausdrückliche Einwilligung“ des Adressaten fordert (vgl. Art. 13 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation; Micklitz/Schirmbacher, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl., § 7 UWG Rn. 99, 100, Leible, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., § 7 UWG Rn. 175; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 7 UWG Rn. 186; Ohly, in: Ohly/Sosnizza, UWG, 7. Aufl., § 7 UWG Rn. 66; Schöler, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl., § 7 UWG Rn. 298, 303).

25 Diesen Anforderungen wird die von der Beklagten behauptete Einwilligung nicht gerecht. Selbst wenn im Streitfall die Liste der „Sponsoren“ abschließend und ohne Erweiterungsmöglichkeit bestimmt wäre, bleibt offen, für welche Produkte und Dienstleistungen diese werben. Aus ihren Firmen allein kann nicht auf die zur zukünftigen Bewerbung anstehenden Produkte geschlossen werden. Deren Zusammensetzung und Umfang kann wechseln oder erweitert werden. Soweit es sich wie im Streitfall bei den Sponsoren auch um Marketingunternehmen handelt, die selbst für Kunden Werbekampagnen entwerfen und durchführen, wird der Kreis der beworbenen Unternehmen und Produkte gänzlich unübersehbar.

26 Die Klausel enthält folglich eine (verdeckte) General-einwilligung, ohne dass dem Kunden dies in der gebotenen Klarheit verdeutlicht wird. Er muss durch die Klauselfassung vielmehr den Eindruck gewinnen, dass es sich um eine beschränkte Einwilligung handelt, die sich nur auf die Produkte oder die Produktart des Plattformbetreibers, nämlich „Free-Ware“, bezieht. Ob die Einwilligungserklärung aus diesem Grund auch als überraschende Klausel gemäß § 305 c Abs. 1 BGB anzusehen und sie zudem gemäß § 307 Abs. 2, Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam ist, kann angesichts des Verstoßes gegen das Transparenzgebot dahinstehen.

27 c) Der Eingriff in das Recht des Klägers am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist auch im Übrigen rechtswidrig.

28 Die aufgrund seines Charakters als Rahmenrecht erforderliche Abwägung der widerstreitenden Interessen der Parteien geht zu Lasten der Beklagten aus, wie schon der Wertung des § 7 Abs. 2 UWG zu entnehmen ist. Unabhängig davon überwiegt das Interesse des Klägers das Interesse der Beklagten, dem Kläger Werbung mit elektronischer Post ohne sein Einverständnis zuzuleiten. Auch hier gilt, dass der Schutz der geschäftlichen Sphäre, insbesondere die Ungestörtheit der Betriebsabläufe, vorrangig gegenüber dem wirtschaftlichen Gewinnstreben von anderen Unternehmen oder Gewerbetreibenden ist und dass die berechtigten Interessen der gewerblichen Wirtschaft, ihre Produkte werbemäßig anzupreisen, es angesichts der Vielfalt der Werbemethoden nicht erfordern, mit der Werbung in die internen Betriebsabläufe einzudringen (vgl. BGH, Urt. v. 27. 1. 2000 – I ZR 241/97, GRUR 20, 818, 819 zu Telefonwerbung).

29 4. Die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr wird durch das festgestellte rechtsverletzende Verhalten der Beklagten indiziert (Senat, Urt. v. 15. 12. 2015 – VI ZR 134/15, [K&R 2016, 179 ff. =] AfP 2016, 149 Rn. 23; BGH, Urt. v. 12. 9. 2013 – I ZR 208/12, [K&R 2013, 792 ff. =] VersR 2014, 1462 Rn. 25 f. m. w. N. – Empfehlung-E-Mail). Die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung hat die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts abgelehnt.

30 5. Danach kann es im Streitfall dahinstehen, ob das Fehlen von Individualansprüchen auf Unterlassung unzulässiger Werbung mittels elektronischer Post nach § 8 Abs. 3, Abs. 1 UWG i. V. m. § 7 UWG ein Umsetzungsdefizit hinsichtlich Art. 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation darstellt. Art. 13 Abs. 1 ordnet an, dass die Verwendung von elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer oder Nutzer gestattet ist und Art. 13 Abs. 6 fordert, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass beeinträchtigte Personen gegen solche Verstöße gerichtlich vorgehen können (vgl. dazu Heese, JZ 2016, 529, 531; Ohly, in: Ohly/Sosnizza, UWG, 7. Aufl., § 7 Rn. 9; Köhler, GRUR 2012, 1073, 1080). Eine Schutzlücke besteht jedenfalls hier nicht, weil sich ein solcher Individualanspruch wie dargestellt dem Deliktsrecht entnehmen lässt (vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 1 Rn. 39; Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Abgeordneten Gerold Reichenbach u. a. vom 27. 7. 2011 – BT-Drs. 17/6689 S. 3).

31 6. Zu Unrecht ist das Berufungsgericht jedoch zu dem Ergebnis gelangt, dass der Unterlassungsanspruch insgesamt aufgrund eines Rechtsmissbrauchs des Klägers gemäß § 242 BGB scheitere, weil dieser durch das Verbot der Weitergabe seiner E-Mail-Adresse an die Werbepartner der Klägerin verhindere, dass er von diesen keine weiteren Werbe-E-Mails für Produkte der Beklagten jedenfalls unter der hier benannten E-Mail-Adresse erhalte. Die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs ist zumindest bezogen auf Werbung für Produkte der Beklagten, die den Kläger unter einer anderen als der bekannten E-Mail-Adresse erreichen kann, nicht ausgeschlossen. Für Werbung, die an die bekannte E-Mail-Adresse gerichtet wird, kann sich dies nach den bisher getroffenen Feststellungen anders darstellen.

32 a) Die Rechtsordnung missbilligt widersprüchliches Verhalten einer Partei im Grundsatz nicht (vgl. BGH, Urt. v. 15. 11. 2012 – IX ZR 103/11, WM 2013, 47 Rn. 12; Bamberger/Roth/Sutschet, BGB, 3. Aufl., § 242 Rn. 106; Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 242 Rn. 55). Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH kann eine Rechtsausübung aber dann unzulässig sein, wenn sich objektiv das Gesamtbild eines widersprüchlichen Verhaltens ergibt, weil das frühere Verhalten mit dem späteren sachlich unvereinbar ist und die Interessen der Gegenpartei im Hinblick hierauf vorrangig schutzwürdig erscheinen (vgl. BGH, Urt. v. 31. 1. 1975 – IV ZR 18/74, BGHZ 64, 5, 9; vom 12. 11. 2008 – XII ZR 134/04, NJW 2009, 1343 Rn. 41, BGH, Urt. v. 15. 11. 2012 – IX ZR 103/11, WM 2013, 47 Rn. 12).

33 b) Die Voraussetzungen dieses engen Ausnahmetatbestandes liegen – bezogen auf den gesamten Unterlassungsanspruch – nicht vor.

34 aa) Wie dargestellt hat der Kläger einen Anspruch gegenüber der Beklagten, es zu unterlassen, ihm selbst oder auf ihre Veranlassung durch andere ohne vorherige

ausdrückliche Einwilligung Werbung für ihre Produkte zuzusenden, gleichgültig an welche – gegenwärtige oder zukünftige – geschäftlich genutzte E-Mail-Adresse. Wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, bezieht sich die Weigerung des Klägers, seine E-Mail-Adresse an die Werbepartner der Beklagten weiterleiten zu lassen, nur auf seine derzeit bestehende Adresse [...]@gmx.de. Mit seiner Weigerung wird also allenfalls die weitere Übersendung von Werbung an diese – bekannte – E-Mail-Adresse verhindert. Sie betrifft folglich nur einen Ausschnitt des Unterlassungsanspruchs des Klägers.

Hinsichtlich des weitergehenden Unterlassungsanspruchs lässt sich schon objektiv kein widersprüchliches Verhalten des Klägers feststellen. Auch eine etwaige Unmöglichkeit oder besondere Erschwerung im Sinne von § 275 Abs. 1 und 2 BGB ist weder geltend gemacht noch sonst erkennbar, denn zu seiner Erfüllung genügt es insoweit nicht, wenn die Beklagte und ihre Werbepartner die bekannte E-Mail-Adresse des Klägers nicht mehr nutzen.

35 bb) Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH erschöpft sich die Verpflichtung zur Unterlassung einer Handlung, durch die wie im Streitfall ein fortdauernder Störungszustand geschaffen wurde, nicht in bloßem Nichtstun. Vielmehr umfasst sie auch die Vornahme möglicher und zumutbarer Handlungen zur Beseitigung der Störungsquelle, wenn allein dadurch dem Unterlassungsgebot Folge geleistet werden kann (vgl. Senatsurteil vom 11. 11. 2014 – VI ZR 18/14, [K&R 2015, 118 ff. =] AfP 2015, 33 Rn. 16 zur titulierten Unterlassungsverpflichtung; BGH, Urteile vom 22. 10. 1992 – IX ZR 36/92, BGHZ 120, 73, 76 f.; vom 18. 9. 2014 – I ZR 76/13, [K&R 2015, 185 ff. =] GRUR 2015, 258 Rn. 64; Beschl. v. 25. 1. 2007 – I ZB 58/06, NJW-RR 2007, 863 Rn. 17, jeweils m. w. N.). Dementsprechend hat der Unterlassungsschuldner, um bestehende Gefahrenlagen zu beseitigen und künftige Verletzungen zu verhindern, erforderlichenfalls auf Dritte einzuwirken, wenn und soweit er auf diese – rechtlich oder tatsächlich – Einfluss nehmen kann (vgl. Senatsurteil vom 15. 9. 2015 – VI ZR 175/14, [K&R 2016, 43 =] BGHZ 206, 347 Rn. 32; vom 28. 7. 2015 – VI ZR 340/14, [K&R 2015, 652 ff. =] WM 2015, 1664 Rn. 40; BGH, Urt. v. 18. 9. 2014 – I ZR 76/13, [K&R 2015, 185 ff. =] GRUR 2015, 258 Rn. 70; OLG Köln, GRUR-RR 2008, 365; MMR 2010, 782, 783; Ott, WRP 2007, 605, 608; Feddersen, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl., 57. Kap. Rn. 26; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 12 Rn. 6.7).

36 cc) Nach diesen Grundsätzen ist die Beklagte verpflichtet, für ihr eigenes Unternehmen und durch Einwirkung auf ihre Werbepartner für die Zukunft sicher zu stellen, dass Werbung für ihre Produkte an geschäftliche E-Mail-Adressen des Klägers nur versandt wird, wenn eine gesetzesmäßige Einwilligung vorliegt, es sei denn, der Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG wäre erfüllt. Die dazu voraussichtlich erforderliche (Um)gestaltung der Anforderungen an wirksame Einwilligungen im Hause der Beklagten und bei ihren Werbepartnern kann ohnehin nicht durch die Sperrung einzelner E-Mail-Adressen erreicht werden. Dem Einwand, dass die Umgestaltung der vertraglichen Bedingungen und damit wohl auch der entsprechenden Internetseiten derjenigen Anbieter, die sich die Einwilligungen erteilen lassen, einen erheblichen Aufwand bedeuten kann, ist nach dem Rechtsgedanken des § 275 Abs. 2 S. 2 BGB entgegen zu halten, dass die Beklagte die Situation zu vertreten hat, deren Beseitigung sie als wirtschaft-

lich unzumutbar ansieht (vgl. BGH, Beschl. v. 14. 11. 2013 – V ZR 302/12, juris). Spätestens seit der Veröffentlichung der Entscheidung des VIII. Zivilsenates vom 18. 7. 2012 (VIII ZR 337/11, ZIP 2012, 2064) war die erforderliche Produktbezogenheit als Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung zumindest für AGB bekannt.

37 c) Lediglich soweit sich der Unterlassungsanspruch des Klägers auf den Versand von Werbung an seine bereits bekannte E-Mail-Adresse [...]@gmx.de bezieht, könnten seiner Geltendmachung aufgrund der Weigerung des Klägers, einer Weitergabe der E-Mail-Adresse an die Werbepartner zu Sperrzwecken zuzustimmen, gemäß § 275 BGB oder § 242 BGB Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit entgegenstehen. Nur insoweit kommt eine Teilabweisung des Unterlassungsanspruchs in Betracht. Da die Beklagte bereits im vorliegenden Erkenntnisverfahren geltend gemacht hat, dass ihr die erforderlichen Maßnahmen wegen der Weigerung des Klägers unmöglich oder unzumutbar seien, kann die Frage nach den unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gebotenen Handlungen entgegen der Ansicht der Revision auch nicht dem Vollstreckungsverfahren überlassen werden (vgl. nur BGH, Beschl. v. 29. 9. 2016 – I ZB 34/15, WM 2017, 145 Rn. 29).

38 aa) Eine etwaige Unmöglichkeit gemäß § 275 BGB oder Unzumutbarkeit gemäß § 242 BGB scheidet allerdings von vornherein aus, wenn der Widerspruch des Klägers gegen die Weiterleitung seiner E-Mail-Adresse zu Sperrzwecken ganz oder teilweise unbeachtlich wäre, § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG. Nach dieser Vorschrift ist das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke zulässig, soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen (vgl. Plath, BDSG, 2. Aufl., § 28 Rn. 47; Gola/Schomerus, BDSG, 12. Aufl., § 28 Rn. 24; Taeger/Gabel, BDSG, 2. Aufl., § 28 Rn. 55; Simitis, BDSG, 8. Aufl. § 28 Rn. 104 ff.) der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt. Dabei kann die Interessenabwägung grundsätzlich auch dann zugunsten der verantwortlichen Stelle ausfallen, wenn der Betroffene der Datenverarbeitung (ausdrücklich) widersprochen hat (Plath, a. a. O. Rn. 54; Simitis, a. a. O. Rn. 109; Taeger/Gabel, a. a. O. Rn. 63).

39 Es ist ein berechtigtes Interesse der Beklagten, ihre sich aus dem bestehenden Unterlassungsanspruch ergebende Verpflichtung zur Folgenbeseitigung zu erfüllen. Daher erscheint es vorliegend nicht ausgeschlossen, dass eine zur Wahrung dieses berechtigten Interesses der Beklagten erforderliche und nach der gebotenen Interessenabwägung zulässige Maßnahme – die beispielsweise in der einmaligen Weitergabe der Adresse nur zum Zwecke ihrer Löschung aus den von den Werbepartnern der Beklagten verwendeten Verzeichnissen liegen könnte – der Beklagten trotz des Widerspruchs des Klägers eine ausreichende Folgenbeseitigung ermöglicht. Dazu sind Feststellungen bislang nicht getroffen worden.

40 bb) Nur wenn und soweit der Widerspruch des Klägers in Bezug auf die Verwendung seiner E-Mail-Adresse zu Sperrzwecken zu beachten ist, er mithin eine effektive Durchsetzung seines Unterlassungsanspruchs bezogen auf Werbe-E-Mails an die bekannte E-Mail-Adresse verhindert oder in erheblichem Maße erschwert, könnte der Einwand der Unmöglichkeit oder des Rechtsmissbrauchs

durchgreifen. Auch zu Handlungsmöglichkeiten der Beklagten zur Umsetzung des Unterlassungsgebotes insofern, möglicherweise ohne Weiterleitung der E-Mail-Adresse des Klägers, beispielsweise lediglich unter Verwendung seines Namens, sind aber bisher keine ausreichenden Feststellungen getroffen worden.

41 C. Gemäß § 563 Abs. 1 S. 1 ZPO ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Eine Entscheidung in der Sache selbst (§ 563 Abs. 3 ZPO) kommt nicht in Betracht, weil dem angefochtenen Urteil wie dargelegt notwendige Feststellungen fehlen.

Kommentar

Transparenzanforderungen bei der Einholung von Werbeeinwilligungen für verschiedene Unternehmen und Produkte

RA Sebastian Laoutoumai, LL.M., Essen und
RA Benjamin Schuh, LL.M., Köln*

I. Ausgangslage

Mit der vorliegenden Entscheidung geht der BGH abermals insbesondere auf die inhaltlichen Anforderungen an die Transparenz bei der formularmäßigen Einholung von Einwilligungen in eine werbliche Ansprache per E-Mail ein.

Der Gesetzgeber fordert in diesem Zusammenhang, dass die Erteilung einer Einwilligung auf einer informierten Entscheidung des Erklärenden beruht. Konkret heißt es in § 4 a BDSG unter anderem, dass der Erklärende auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung hinzuweisen sei. Auch § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG verlangt eine ausdrückliche Einwilligung des Werbeadressaten. Bei richtlinienkonformer Auslegung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG erfordert diese Einwilligung eine bewusste Erklärung „für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage“.¹

Wie konkret und ausdifferenziert ein entsprechender Hinweis sein muss, lässt sich allerdings weder dem Wortlaut von § 4 a BDSG noch dem des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG entnehmen. Diese fehlende Konkretisierung im Gesetzeswortlaut stellt die werbenden Unternehmen regelmäßig vor die Schwierigkeit, das erforderliche Maß an Informationen für die wirksame Einholung einer Einwilligung zu erkennen und einzuhalten. Problematisch wird es insbesondere dann, wenn von der eingeholten Einwilligung nicht nur das eigene Unternehmen profitieren soll, sondern auch Partner- oder sonstige dritte Unternehmen und deren Produkte.

II. Das Problem

Die Frage nach dem konkreten Umfang einer Einwilligung, die auch Partner- oder Drittunternehmen E-Mail-Werbung gestatten soll, war und ist aufgrund ihrer hohen

praktischen Bedeutung regelmäßig Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen.² Die vorliegende Entscheidung des BGH schreibt dessen bisherige Rechtsprechung³ fort, ohne jedoch eine abschließende Äußerung zu dem erforderlichen Grad der Konkretisierung zu treffen.

1. Hohe Anforderungen an die Einholung einer Einwilligung bei Partnerunternehmen

Mittlerweile gefestigt hat sich die Auffassung in der Rechtsprechung, dass eine bewusste Erklärung in Kenntnis der Sachlage dann vorliegt, wenn der Erklärende weiß, dass seine Erklärung ein Einverständnis darstellt. „Für den konkreten Fall“ erfolgt eine solche Einwilligung dann, wenn klar wird, welche Produkte oder Dienstleistungen welcher Unternehmen sie konkret erfasst.⁴ Es ist also nicht nur erforderlich, jedes einzelne Unternehmen zu benennen, welches auf Basis der Einwilligung Werbung an den Erklärenden versenden will. Vielmehr verlangt der BGH zusätzlich auch eine konkrete Darlegung, für welche Produkte oder für welche Dienstleistungen geworben werden soll. Nach der vorliegenden Entscheidung solle es insofern jedenfalls nicht ausreichen, dass womöglich von der Bezeichnung der Firma auf das jeweilige Produkt oder die jeweilige Dienstleistung geschlossen werden könne.⁵ Dies gelte vor allem vor dem Hintergrund möglicher Veränderungen des Umfangs oder der Zusammensetzung der jeweiligen Produktpalette.

Aber auch lediglich vage Umschreibungen des Geschäftsbereichs hat zumindest die obergerichtliche Rechtsprechung nicht als ausreichend angesehen. So hat das OLG Frankfurt a. M. entschieden, dass eine Einwilligungserklärung dann nicht wirksam durch eine vorformulierte Erklärung eingeholt werden könne, wenn die Geschäftsbereiche der werbenden Unternehmen so unbestimmt formuliert seien, dass nicht klar werde, welche Produkte oder Dienstleistungen jeweils angeboten würden und dementsprechend, für welche Produkte oder Dienstleistungen die Einwilligung begehrt werde. Insofern reiche als Produktangabe etwa ein Hinweis auf „Telekommunikationsprodukte bzw. -angebote“ nicht aus.⁶

Konsequent fortgeführt ergäbe sich hieraus, dass letztlich jedes Unternehmen, das von der Einwilligung profitieren will, auch jedes einzelne zu bewerbende Produkt bzw. jede zu bewerbende Dienstleistung konkret benennen müsste. Nur dann wäre sichergestellt, dass der Erklärende positiv weiß, worauf genau sich seine Einwilligung tatsächlich bezieht. Nicht ausreichend dürfte es dann aber etwa sein, künftig über „interessante Angebote aus der eigenen Produktpalette“ informieren zu wollen, denn diese Produktpalette kann sich mit der Zeit ebenfalls ändern und ggf. vollständig von dem abweichen, was zum Zeitpunkt der Einwilligung Gegenstand des Geschäfts des werbenden Unternehmens war.

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. XII.

1 Vgl. BGH, 25. 10. 2012 – I ZR 169/10, K&R 2013, 401 ff. = GRUR 2013, 531, 533.

2 Beispielhaft zuletzt etwa OLG Frankfurt a. M., 28. 7. 2016 – 6 U 93/15, BeckRS 2016, 15043; OLG Frankfurt a. M., 17. 12. 2015 – 6 U 30/15, K&R 2016, 197 ff. – „Partnerliste“; OLG Koblenz, 26. 3. 2014 – 9 U 1116/13, ZD 2014, 524 – mit Anm. Laoutoumai/Sanli.

3 Vgl. etwa BGH, 25. 10. 2012 – I ZR 169/10, K&R 2013, 401 ff. = GRUR 2013, 531 ff.; BGH, 18. 7. 2012 – VIII ZR 337/11, NJW 2013, 291 ff.; BGH, 17. 7. 2008 – I ZR 75/06, K&R 2008, 603 ff. = GRUR 2008, 923 ff.

4 Vgl. BGH, 14. 3. 2017 – VI ZR 721/15, K&R 2017, 403, 405, Rn. 24; BGH, 25. 10. 2012 – I ZR 169/10, K&R 2013, 401 ff. = GRUR 2013, 531, 533.

5 Vgl. BGH, 14. 3. 2017 – VI ZR 721/15, K&R 2017, 403 ff.

6 Vgl. OLG Frankfurt a. M., 28. 7. 2016 – 6 U 93/15, K&R 2016, 676 ff.

2. Folgen der hohen Anforderungen an die Transparenz

Derart hohe Anforderungen an die Transparenz würden dazu führen, dass sich werbewillige Unternehmen vorab entscheiden müssten, für welche einzelnen Produkte bzw. Dienstleistungen eine Werbeeinwilligung eingeholt werden soll. Einer solchen Auflistung einzelner Produkte wären gleichwohl wiederum Grenzen gesetzt. Denn mit dem Sinn und Zweck einer transparenten Information dürfte es nicht vereinbar sein, wenn mehrere Partner- oder Drittunternehmen eine schier unendliche Liste an Produkten aus dem eigenen Geschäftsbereich aufzählt, nur um für diese unter Heranziehung der Einwilligung vielleicht irgendwann einmal auch werben zu können.⁷ Legt sich ein Unternehmen auf eine (noch übersichtliche) Anzahl von Produkten fest, stellt sich die weitere Frage, ob diese Festlegung bindend ist oder ob nicht auch für solche Produkte bzw. Dienstleistungen geworben werden kann, die zu denen in der Erklärung genannten zumindest ähnlich sind.

Eine solche Lösung ließe sich durch eine Heranziehung der Wertungen des § 7 Abs. 3 UWG erreichen, der jedenfalls im Rahmen bestehender Kundenbeziehungen E-Mail-Werbung auch für eigene ähnliche Waren und Dienstleistungen erlaubt.⁸ Hiergegen dürfte jedoch sprechen, dass es sich bei § 7 Abs. 3 UWG um eine Ausnahmvorschrift zu § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG handelt, welche nur zur Anwendung kommt, wenn die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG, zu denen insbesondere auch eine ausdrückliche Einwilligung gehört, gerade nicht erfüllt sind. Liegt eine Einwilligung hingegen vor, dürfte sich ein Rückgriff auf § 7 Abs. 3 UWG aufgrund seiner systematischen Stellung verbieten. Vielmehr soll die sachliche Reichweite dieser Einwilligung dann eng auszulegen sein und sich auf die konkret benannten Waren oder Dienstleistungen beschränken.⁹

III. Fazit

In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen wäre es wünschenswert gewesen, dass der BGH sich im Rahmen der vorliegenden Entscheidung konstruktiv zu einem geeigneten Rahmen für den erforderlichen Grad der Konkretisierung insbesondere einzelner zu bewerbender Produkte äußert. Zwar hat der BGH mit seiner Entscheidung die Transparenzanforderungen noch einmal dahingehend konkretisiert, dass die Angabe allein der Firmen der Partner- bzw. Drittunternehmen nicht ausreicht. Denn hieraus könne nicht auf die zu bewerbenden Produkte bzw. Dienstleistungen geschlossen werden. Dennoch verbleiben weiterhin Zweifel, wie konkret eine formularmäßige Einwilligung zu gestalten ist.

Bei enger Auslegung hieße das Transparenzgebot für die werbenden Unternehmen, sich auf ganz bestimmte Produkte bei der Einholung einer Einwilligungserklärung festzulegen. Gleichzeitig dürften neue, zum Zeitpunkt der Einholung der Einwilligung noch nicht marktreife oder später veränderte Produkte nicht auf Basis der erteilten Einwilligung beworben werden. Mit dem Transparenz-

erfordernis wäre es allerdings auch nicht zu vereinbaren, würden sämtliche Partner- oder Drittunternehmen eine weitreichende oder gar ihre vollständige Produktpalette mit in die Einwilligungserklärung aufnehmen. In diesem Fall dürfte ebenfalls die Gefahr bestehen, dass die eingeholte Einwilligung mangels Transparenz als unwirksam eingestuft wird.

Der Verband der Internetwirtschaft eco schlägt im Rahmen seiner Richtlinie für zulässiges E-Mail Marketing vor, dass die Liste der Sponsoren auf maximal zehn Unternehmen beschränkt werden sollte, um eine transparente Einholung einer Einwilligung sicher zu stellen.¹⁰ Eine gleiche Begrenzung könnte auch für die zu bewerbenden Produkte bzw. Dienstleistungen vorgenommen werden, um auch weiterhin eine übersichtliche Gestaltung der vorformulierten Einwilligungserklärung gewährleisten zu können. Praktikabler (und kaum weniger transparent) dürfte es gleichwohl sein, eine bestimmte Art von Produkten unter einem möglichst konkreten Gattungsbegriff sozusagen auf den „kleinsten gemeinsamen Nenner“ zu bringen, und dadurch einerseits den Einwilligenden hinreichend über die Art des zu bewerbenden Produkts zu informieren und andererseits eine übersichtliche Darstellung im Rahmen der formularmäßigen Einwilligung zu gewährleisten. Vor dem Hintergrund der vorliegenden Entscheidung dürfte aber bis zu einer höchstrichterlichen Klärung tatsächlich von dem Erfordernis der Angabe des einzelnen konkreten Produkts auszugehen sein.

¹⁰ Vgl. eco Richtlinie für zulässiges E-Mail-Marketing, S. 9, Stand: 2016 (abrufbar unter: <https://certified-senders.eu/wp-content/uploads/2016/09/Marketing-Richtlinie.pdf>), zuletzt abgerufen am 30. 4. 2017.

Keine Zahlungspflicht bei Bestellung Minderjähriger über Premiumnummer

BGH, Urteil vom 6. 4. 2017 – III ZR 368/16

Volltext-ID: KuRL2017-409, www.kommunikationundrecht.de

ECLI:DE:BGH:2017:060417UIIZR368.16.0

Verfahrensgang: LG Oldenburg, 30. 6. 2016 – 1 S 315/15;
AG Delmenhorst, 12. 5. 2015 – 45 C 5298/13 (VI)

§§ 675 c, 675 u BGB; § 45 i Abs. 4 S. 1 TKG; § 520 Abs. 2 S. 2 und 3, § 551 Abs. 2 S. 5 und 6 ZPO

a) Die Verlängerung einer Rechtsmittelbegründungsfrist durch Verfügung des Vorsitzenden bedarf keiner Unterschrift.

b) § 45 i Abs. 4 S. 1 TKG findet auf Zahlungsdienste keine Anwendung, auch wenn die Zahlung über eine Premiumdienstnummer veranlasst wurde und die Abrechnung über die Telefonrechnung erfolgen soll. Eine solche Nutzung des Telefonanschlusses durch einen Dritten wird dem Anschlussinhaber deshalb nicht über § 45 i Abs. 4 S. 1 TKG zugerechnet. (Leitsätze des Gerichts)

Sachverhalt

Die Klägerin macht gegen die Beklagte als Inhaberin eines Festnetztelefonanschlusses einen Anspruch auf Vergütung für die Nutzung von 0900erNummern geltend. Die Klägerin ist eine Telefongesellschaft, die unter anderem für Premiumdienstanbieter, so auch für die D., ihr Telefonnetz

⁷ In diese Richtung Rogosch, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, 2013, S. 72.

⁸ So auch: Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, § 7 Rn. 186, der als Anhaltspunkt für den erforderlichen Grad der Konkretisierung auf § 7 Abs. 3 bzw. Art. 13 Abs. 2 der RL 2002/58/EG verweist.

⁹ Vgl. Für Einwilligungserklärungen in Telefonanrufe Lettl, WRP 2009, 1315, 1327.