

Eingetragen in das Register des Gerichtshofes unter der Nr. M43936  
Luxemburg, den 27. 02. 2020  
Fax/E-mail: .....  
eingegangen am: 26.02.2020  
Der Kanzler,  
im Auftrag  
Maria Krausenböck  
Verwaltungsrätin



C-102/20-1

# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

I ZR 25/19

Verkündet am:  
30. Januar 2020  
Uytterhaegen  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer [REDACTED], Sichertstraße 49, Lauf,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. Rohnke und Dr. Winter -

gegen

eprimo GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer [REDACTED], Flughafenstraße 20, Neu-Isenburg,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Hall -

Streithelferin der Beklagten:

Interactive Media CCSP GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer [REDACTED], [REDACTED] Darmstadt,

- Prozessbevollmächtigte II. Instanz: Frey Rechtsanwälte Partnerschaft, Agrippinawerft 22, Köln -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 30. Januar 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen und die Richterin Dr. Schmaltz

beschlossen:

- I. Das Verfahren wird ausgesetzt.
- II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden zur Auslegung von Art. 2 Satz 2 Buchst. h und Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) sowie Nr. 26 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 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) folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:
  1. Ist der Begriff des Verschickens im Sinne von Art. 2 Satz 2 Buchst. h der Richtlinie 2002/58/EG erfüllt, wenn eine Nachricht nicht von einem Nutzer eines elektronischen Kommunikationsdienstes an einen anderen Nutzer durch ein Dienstleistungsunternehmen an die elektronische "Anschrift" des zweiten Nutzers übersandt wird, sondern infolge des Öffnens der passwortgeschützten Internetseite eines E-Mail-Kontos automatisiert von Adservern auf bestimmten dafür vorgesehene Flächen in der E-Mail-Inbox eines nach dem Zufallsprinzip ausgewählten Nutzers angezeigt wird (Inbox-Werbung)?
  2. Setzt ein Abrufen einer Nachricht im Sinne von Art. 2 Satz 2 Buchst. h der Richtlinie 2002/58/EG voraus, dass der Empfänger nach Kenntniserlangung vom Vorliegen einer Nachricht durch ein willensgetragenes Abrufverlangen eine programmtechnisch vorgegebene Übermittlung der Nachrichtendaten auslöst oder genügt es, wenn das Erscheinen einer Nachricht

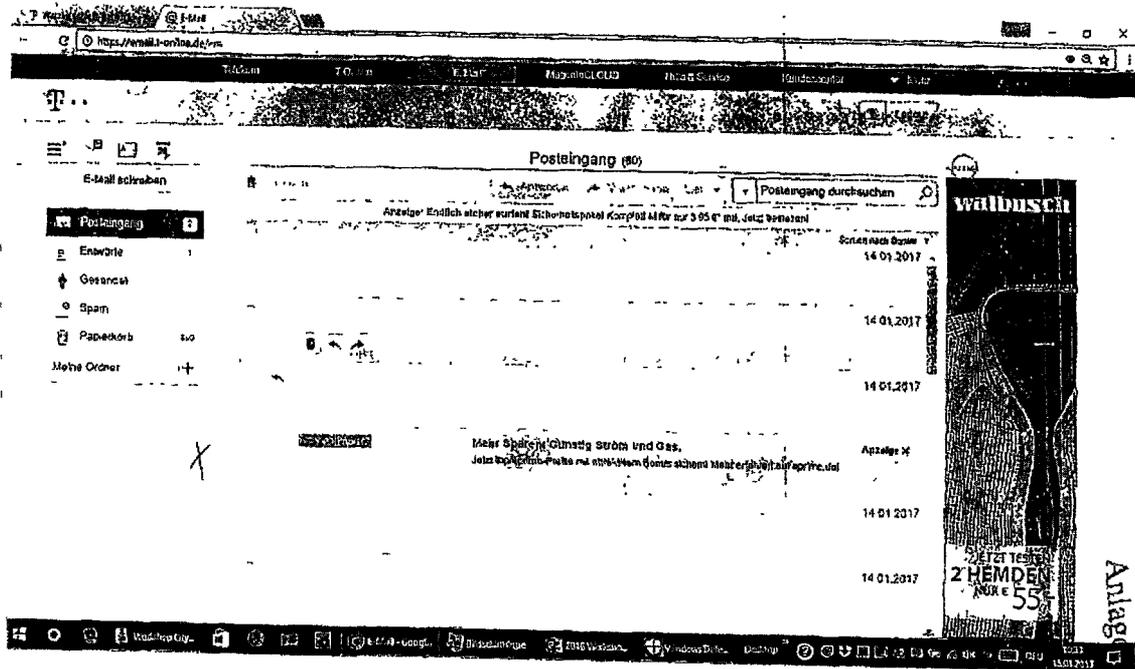
in der Inbox eines E-Mail-Kontos dadurch ausgelöst wird, dass der Nutzer die passwortgeschützte Internetseite seines E-Mail-Kontos öffnet?

3. Liegt eine elektronische Post im Sinne von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG auch dann vor, wenn eine Nachricht nicht an einen bereits vor der Übermittlung konkret feststehenden individuellen Empfänger verschickt wird, sondern in der Inbox eines nach dem Zufallsprinzip ausgewählten Nutzers eingeblendet wird?
4. Liegt die Verwendung einer elektronischen Post für die Zwecke der Direktwerbung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG nur dann vor, wenn eine Belastung des Nutzers festgestellt wird, die über eine Belästigung hinausgeht?
5. Liegt eine die Voraussetzungen eines "Ansprechens" erfüllende Individualwerbung im Sinne von Nr. 26 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG nur dann vor, wenn ein Kunde mittels eines herkömmlich zur Individualkommunikation zwischen einem Absender und einem Empfänger dienenden Mediums kontaktiert wird, oder reicht es aus, wenn - wie bei der im Streitfall in Rede stehenden Werbung - ein Individualbezug dadurch hergestellt wird, dass die Werbung in der Inbox eines privaten E-Mail-Kontos und damit in einem Bereich angezeigt wird, in dem der Kunde individuell an ihn gerichtete Nachrichten erwartet?

Gründe:

- 1 A. Die Parteien beliefern Endkunden mit Strom. Die Streithelferin der Beklagten ist eine Werbeagentur.
- 2 Die Beklagte beauftragte die Streithelferin mit der Schaltung von Werbeeinblendungen in E-Mail-Postfächern von Nutzern des kostenlosen E-Mail-Dienstes

T-Online. Die Werbung wurde dergestalt umgesetzt, dass im privaten Postfach eines Nutzers dieses E-Mail-Dienstes am 15. Januar 2017 in dem Bereich, in dem die eingegangenen E-Mails listenförmig angezeigt werden (nachfolgend: Inbox), eingebettet in eingegangene E-Mails die nachfolgend eingeblendete Werbung mit folgendem Text erschien: "eprimo Mehr Sparen: Günstig Strom und Gas. Jetzt top eprimo-Preise mit attraktivem Bonus sichern! Mehr erfahren auf eprimo.de".



3 HK 0 445/17

- Seite 2 -

Anlage K3

- 3 Entsprechende Werbeeinblendungen erschienen bereits am 12. Dezember 2016 und 13. Januar 2017 in der Inbox des Nutzers.
- 4 Derartige Werbung wird auf speziellen Werbeflächen in der Inbox des Postfachs des kostenlosen E-Mail-Dienstes der Telekom Deutschland GmbH eingeblendet. Sie wird als "T-Online.de Mail Ad" bezeichnet und konnte von Werbekunden dieses Anbieters gebucht werden. Auf der vom Nutzer eines solchen kostenlosen

E-Mail-Postfachs aufgerufenen Internetseite war an der entsprechenden Stelle der Inbox ein JavaScript-Code eines Adservers (TAG) eingebunden. Dadurch wurde beim Öffnen der Internetseite eine Anfrage (Adrequest) an den Adserver geschickt, ein Werbebanner aus dem Pool einzublenden. Der Adserver sandte sodann die entsprechenden Parameter an den Internetbrowser des Nutzers, wodurch in der Inbox des Nutzers ein nach dem Zufallsprinzip ausgewähltes Werbebanner eingeblendet wurde. Klickte der Nutzer auf die eingeblendete Werbung, wurde die Eingabe zunächst an den Adserver weitergeleitet, der den Klick protokollierte und den Browser auf die Seite des Werbenden weiterleitete. Die in der Inbox erscheinende Werbung war mit dem Wort "Anzeige" versehen und konnte durch Klicken auf das daneben zu findende Kreuz-Symbol "x" aus der Inbox entfernt werden. Die Werbung erschien - anders als die in der Inbox angezeigten E-Mails des Nutzers - grau unterlegt und enthielt weder ein Datum noch einen Absender. Außerdem konnte sie mit den vom Anbieter des E-Mail-Dienstes für E-Mails vorgesehenen Bearbeitungsoptionen nicht archiviert, beantwortet oder weitergeleitet werden. Sie wurde auch nicht in die vom Dienst ausgewiesene Anzahl ungelesener E-Mails des Nutzers eingerechnet und belegte keinen Speicherplatz im Posteingang des Nutzers.

5 Die Klägerin beanstandet diese Werbung als wettbewerbswidrig unter den Gesichtspunkten der unzumutbaren Belästigung und der Irreführung.

6 Das Landgericht hat die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln antragsgemäß verurteilt, es zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Werbung über das email-account "T-online.de" zu betreiben im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Strom an Letztverbraucher, wenn dies so geschieht wie folgt (Anlage K3) [es folgt eine Einblendung der oben wiedergegebenen Werbung].

Das Landgericht hat die Beklagte außerdem zur Zahlung von Abmahnkosten in Höhe von 1.531,90 € nebst Zinsen verurteilt und den weitergehenden Zahlungsantrag abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen (OLG Nürnberg, GRUR-RR 2019, 170).

7 Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

8 B. Der Erfolg der Revision hängt von der Auslegung von Bestimmungen der Richtlinie 2002/58/EG vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, nachfolgend: Richtlinie 2002/58/EG) sowie der Richtlinie 2005/29/EG vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, nachfolgend: Richtlinie 2005/29/EG) ab. Vor einer Entscheidung über die Revision der Klägerin ist deshalb das Verfahren auszusetzen und gemäß § 267 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 3 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen.

9 I. Das Berufungsgericht hat die Klage für unbegründet gehalten und angenommen, die beanstandete Platzierung der Werbung in der Inbox von privaten E-Mail-Postfächern sei keine wettbewerbsrechtlich unzulässige geschäftliche Handlung. Dazu hat es - soweit für die Revision von Bedeutung - ausgeführt:

10 Die Werbung der Beklagten stelle keine unzumutbare Belästigung unter Verwendung elektronischer Post gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG dar. Eine im Lichte der Richtlinie 2002/58/EG vorzunehmende unionsrechtskonforme Auslegung ergebe, dass keine elektronische Post im Sinne dieser Bestimmung vorliege. Auch der Sinn

und Zweck von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG und Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG spreche gegen eine Unzulässigkeit der Inbox-Werbung. Die streitgegenständliche Werbung führe - über die "normale" belästigende Wirkung von Werbung hinaus - nicht zu Belastungen oder Kosten des Nutzers des E-Mail-Dienstes. Die Funktionsweise der streitgegenständlichen Werbung entspreche insgesamt derjenigen der zweifelsfrei zulässigen Platzierung von Werbebannern mittels Adservern. Es könne für die Beurteilung des Anwendungsbereichs von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG nicht darauf ankommen, ob die Werbung innerhalb oder außerhalb des Eingangspostfachs des E-Mail-Dienstes platziert sei.

11 Die Werbung der Beklagten sei nicht gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a UWG unzulässig, weil es an einer Werbung mit Nachrichten fehle. Auch die Bestimmung des § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG sei nicht anwendbar, weil sie ein "Ansprechen" im Sinne eines "Bedrängens" eines Verbrauchers voraussetze, woran es hier fehle. Die Werbung der Beklagten stelle auch keine unzumutbare Belästigung im Sinne der Generalklausel des § 7 Abs. 1 UWG dar. Da die Anzeigen der Beklagten ihren werblichen Charakter nicht verschleierten, sei schließlich auch keine Unlauterkeit wegen Irreführung gemäß § 5a Abs. 6 UWG anzunehmen.

12 II. Für den Erfolg der Revision kommt es darauf an, ob der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch besteht. Dieser setzt gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG voraus, dass die Beklagte oder die von ihr im Sinne von § 8 Abs. 2 UWG mit der streitgegenständlichen Werbung beauftragte Streithelferin eine nach §§ 3 oder 7 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vorgenommen hat. Das der Beklagten vorgeworfene Verhalten kann gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG unzulässig sein (dazu B II 2). Es kommt zudem in Betracht, dass die Werbung gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG unzulässig ist (dazu B II 3). Bei der Anwendung dieser Bestimmungen stellen sich klärungsbedürftige Fragen zur Auslegung des Unionsrechts. Diese Fragen sind entscheidungserheblich, weil die Klageanträge nicht bereits wegen des

Verstoßes gegen das Verbot der Werbung mit einer die Identität des Absenders verschleiern den Nachricht im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a UWG, des Verbots der unzumutbaren Belästigung gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG sowie des Irreführungsverbots gerechtfertigt sind (dazu B II 4).

13           1. Die allgemeinen Voraussetzungen eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs unter dem Gesichtspunkt der unzumutbaren Belästigung gemäß § 7 UWG liegen vor. Die Parteien sind Mitbewerber im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG.

14           2. Für die Begründetheit der Klageanträge kommt es darauf an, wie die Bestimmung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG im Lichte der Bestimmungen der Richtlinie 2002/58/EG auszulegen ist. Dabei stellen sich klärungsbedürftige Fragen zur Auslegung von Art. 2 Satz 2 Buchst. h und Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG.

15           a) Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung unzulässig, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist eine unzumutbare Belästigung stets, das heißt ohne dass es einer Interessenabwägung im Einzelfall bedarf (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2016 - I ZR 65/14, GRUR 2016, 946 Rn. 51 = WRP 2016, 958 - Freunde finden, mwN), anzunehmen bei einer Werbung unter Verwendung einer automatisierten Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt. Die Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG steht mit Nr. 26 Anhang I der Richtlinie 2005/29/EG im Einklang und setzt Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG in deutsches Recht um (BGH, GRUR 2016, 946 Rn. 24 - Freunde finden; Büscher/Büscher, UWG, § 7 Rn. 194). Sie ist mithin im Lichte des Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG unionsrechtskonform auszulegen (BGH, Urteil vom 1. Februar 2018 - III ZR 196/17, GRUR 2018, 545 Rn. 19 = WRP 2018, 442 mwN).

16 Nach Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG 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 oder Nutzer gestattet werden. Gemäß Art. 2 Satz 2 Buchst. h der Richtlinie 2002/58/EG ist "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. Es ist zweifelhaft, ob diese Voraussetzungen unter den im Streitfall vorliegenden Umständen zu bejahen sind.

17 Es stellt sich zum einen die Frage, ob die von der Beklagten oder der von ihr im Sinne von § 8 Abs. 2 UWG beauftragten Streithelferin veranlasste Werbung, die auf speziellen Werbeflächen in der Inbox der Postfächer von Nutzern eines kostenlosen E-Mail-Dienstes erscheint, als elektronische Post im Sinne von Art. 2 Satz 2 Buchst. h der Richtlinie 2002/58/EG anzusehen ist (dazu unter B II 2 b). Außerdem ist fraglich, ob die Verwendung einer elektronischen Post für die Zwecke der Direktwerbung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG voraussetzt, dass eine Nachricht an einen bereits vor ihrer Übermittlung konkret feststehenden individuellen Empfänger verschickt wird (dazu unter B II 2 c). Ferner stellt sich die Frage, ob eine Verwendung einer elektronischen Post für die Zwecke der Direktwerbung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG voraussetzt, dass eine Belastung des Nutzers festgestellt wird, die über eine belästigende Wirkung hinausgeht (dazu unter B II 2 d).

18 b) Es ist fraglich, ob die in Rede stehende Inbox-Werbung die Voraussetzungen einer elektronischen Post im Sinne von Art. 2 Satz 2 Buchst. h der Richtlinie 2002/58/EG erfüllt.

19 aa) Allerdings handelt es sich bei der streitgegenständlichen Werbung um eine  
Textnachricht im Sinne von Art. 2 Satz 2 Buchst. h der Richtlinie 2002/58/EG.

20 (1) Gemäß Art. 2 Satz 2 Buchst. d Satz 1 der Richtlinie 2002/58/EG ist "Nach-  
richt" jede Information, die zwischen einer endlichen Zahl von Beteiligten über einen  
öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst ausgetauscht oder  
weitergeleitet wird.

21 (2) Diese Voraussetzungen liegen vor.

22 Die Werbung der Beklagten enthält eine Information in Textform, mit der das  
Angebot der Beklagten durch den Text "eprimo Mehr Sparen: Günstig Strom und  
Gas. Jetzt top eprimo-Preise mit attraktivem Bonus sichern! Mehr erfahren auf  
eprimo.de!" werblich angepriesen wird.

23 Diese Information ist zwischen einer endlichen Zahl von Beteiligten weiterge-  
leitet worden. Die Weiterleitung an den Nutzer des E-Mail-Accounts erfolgte  
dadurch, dass die Nachricht infolge der durch den Nutzer mittels Einloggens vorge-  
nommenen Öffnung der Internetseite seines E-Mail-Accounts vom Betreiber des  
Adservers in Echtzeit in die Inbox der E-Mail-Accountseite übermittelt und dort dem  
Nutzer dieses E-Mail-Accounts angezeigt wurde.

24 Die werbliche Information ist zudem über einen öffentlich zugänglichen elek-  
tronischen Kommunikationsdienst weitergeleitet worden. Die Werbung wurde durch  
die Öffnung des im Internet erreichbaren E-Mail-Accounts des Nutzers ausgelöst  
und innerhalb der auf der Internetseite für die Anzeige eingegangener E-Mails vor-  
gesehenen Inbox wiedergegeben. Die Werbung ist deshalb - ebenso wie die  
E-Mails - in elektronischer Form im Internet und damit einem öffentlich zugänglichen

Medium weitergeleitet worden. Ein den Nutzern über das Internet zugänglicher E-Mail-Dienst ist ein elektronischer Kommunikationsdienst.

25           bb) Fraglich ist jedoch, ob die streitgegenständliche Inbox-Werbung im Sinne von Art. 2 Satz 2 Buchst. h der Richtlinie 2002/58/EG "verschickt" wurde. Der Klärung dieser Frage dient die Vorlagefrage 1.

26           (1) Das Berufungsgericht hat angenommen, aus dem Begriff des "Verschickens" ergebe sich in einer Gesamtschau mit den weiteren in Art. 2 Satz 2 Buchst. h der Richtlinie 2002/58/EG verwendeten Begriffen "Post" und "Kommunikationsnetz", dass eine "elektronische Post" nur bei der Versendung einer Nachricht von einem Nutzer an einen anderen Nutzer durch ein Dienstleistungsunternehmen (wie beispielsweise einen E-Mail-Provider), welches die elektronische Beförderung an die elektronische "Anschrift" (wie beispielsweise eine E-Mail-Adresse) des zweiten Nutzers vornehme, vorliege. An einer solchen Adressierung an bestimmte Kunden fehle es im Streitfall, weil die Darstellung der Werbung lediglich über einen Adserver in einer bestimmten definierten Fläche einer Internetseite über in der Webseite eingebundene, vordefinierte "AdTags/AdSlots" erfolge.

27           (2) Dieser an den Merkmalen einer herkömmlichen E-Mail orientierten Ansicht ist zuzugestehen, dass auch der Richtlinienggeber bei Erlass der Richtlinie 2002/58/EG die E-Mail neben der in Erwägungsgrund 40 der Richtlinie 2002/58/EG ausdrücklich erwähnten SMS als klassische Form der elektronischen Post angesehen haben dürfte.

28           Geht man bei der Auslegung von Art. 2 Satz 2 Buchst. h der Richtlinie 2002/58/EG von diesen vom Berufungsgericht für richtig gehaltenen, an den Merkmalen einer herkömmlichen E-Mail orientierten Anforderungen aus, fehlt es hier an einem "Verschicken" der Nachricht, so dass die beanstandete Inbox-Werbung keine

elektronische Post darstellt. Die Inbox-Werbung wird nicht von einem Nutzer eines elektronischen Kommunikationsdienstes an einen von diesem Nutzer ausgewählten anderen Nutzer durch ein Dienstleistungsunternehmen (wie beispielsweise einen E-Mail-Provider) an die elektronische "Anschrift" (wie beispielsweise eine E-Mail-Adresse) des zweiten Nutzers übersandt, sondern infolge des Öffnens des E-Mail-Accounts von Adservern auf bestimmten dafür vorgesehenen Flächen in der Inbox eines nach dem Zufallsprinzip ausgewählten Nutzers angezeigt.

- 29 (3) Allerdings könnte gegen die vom Berufungsgericht vertretene, von den Merkmalen einer herkömmlichen E-Mail ausgehende Auslegung des Merkmals "verschickt" der Schutzzweck von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG sprechen. Durch diese Bestimmung, die den Begriff der in Art. 2 Satz 2 Buchst. h der Richtlinie 2002/58/EG definierten elektronischen Post aufgreift und deren Verwendung reglementiert, sollen die Nutzer vor einer Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung geschützt werden (vgl. Erwägungsgrund 40 der Richtlinie 2002/58/EG). Es ist nicht ersichtlich, dass der Richtliniengeber angesichts der absehbar rasch fortschreitenden technischen Entwicklung den Begriff der elektronischen Post statisch auf die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Richtlinie bekannten "klassischen" Formen der E-Mail, der SMS oder der MMS festschreiben wollte. Näherliegend ist, dass er im Interesse des Schutzes der Privatsphäre der Nutzer einen dynamischen und technikneutralen Begriff gewählt hat (vgl. Mankowski in Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl., § 7 Rn. 186), der es beispielsweise ermöglicht, auch die erst in jüngerer Zeit relevant gewordenen elektronischen Mitteilungen im Rahmen von sozialen Netzwerken zu erfassen (vgl. Büscher/Büscher aaO § 7 Rn. 200; Ohly in Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl., § 7 Rn. 65; Mankowski in Fezer/Büscher/Obergfell aaO § 7 Rn. 186). Da die Privatsphäre der Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel nicht nur durch im Wege der klassischen Formen der elektronischen Individualkommunikation wie E-Mail, SMS oder MMS übersandten unerbetenen Nachrichten beeinträchtigt werden kann, sondern

ebenso durch neue Formen der elektronischen Massenkommunikation, erscheint es sachgerecht, den Begriff des Verschickens nicht orientiert an den herkömmlichen Formen elektronischer Kommunikation im Sinne eines Versendens von einem bestimmten Nutzer an einen anderen im vorhinein bestimmten Nutzer, sondern funktional im Sinne eines Verbreitens auszulegen (vgl. Mankowski in Fezer/Büscher/Obergfell aaO § 7 Rn. 186).

30           Legt man dieses funktionale, am Schutzzweck von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG orientierte Begriffsverständnis zugrunde, dürfte die im Streitfall in Rede stehende Inbox-Werbung im Sinne von Art. 2 Satz 2 Buchst. h der Richtlinie 2002/58/EG verschickt worden sein. Dafür spricht auch Erwägungsgrund 40 der Richtlinie 2002/58/EG. Danach sollen die Nutzer öffentlicher elektronischer Kommunikationsnetze gegen die Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung geschützt werden, weil diese Formen von unerbetenen Werbenachrichten relativ leicht und preisgünstig zu versenden sind. Diese Gesichtspunkte treffen auf die hier in Rede stehende Inbox-Werbung zu. Es ist vom Berufungsgericht weder festgestellt worden noch sonst ersichtlich, dass diese Werbeform für den Absender nicht relativ leicht und preisgünstig umsetzbar ist. Abweichendes macht auch die Revisionserwiderung nicht geltend.

31           cc) Nicht zweifelsfrei ist zudem die Frage zu beantworten, welche Anforderungen an die in Art. 2 Satz 2 Buchst. h der Richtlinie 2002/58/EG geregelte Voraussetzung zu stellen ist, dass die Nachricht im Netz oder im Endgerät des Empfängers gespeichert werden kann, bis sie von diesem abgerufen wird. Der Klärung dieser Frage dient die Vorlagefrage 2.

32           (1) Das Berufungsgericht hat angenommen, ein Abrufen in diesem Sinne liege bei der streitgegenständlichen Inbox-Werbung nicht vor. Aus Erwägungsgrund 27

der Richtlinie 2002/58/EG ergebe sich, dass das Abrufen der Nachricht ein bewusstes Verhalten des Adressaten voraussetze. Der Empfänger der Nachricht müsse, nachdem er Kenntnis von der Mitteilung erhalten habe, durch eine Handlung - also durch ein auf einem Willensentschluss beruhendes Eingreifen in die Außenwelt - auf die Daten im Online-Betrieb zugreifen. Entscheidend sei, dass der Abrufende mit seinem Abrufverlangen einen programmtechnisch vorgegebenen Übermittlungsvorgang der Daten auslösen könne. Im vorliegenden Fall sei ein Abruf der Nachricht in diesem Sinne nicht gegeben. Vielmehr müsse der Benutzer des E-Mail-Dienstes lediglich auf der Website der Deutschen Telekom den E-Mail-Service mit einem Webbrowser öffnen, damit das Werbebanner mittels eines Ad-Servers in Echtzeit angezeigt werde, ohne dass der Anwender von diesem Vorgang etwas merke und sich durch einen Willensentschluss für oder gegen das Anzeigen entscheiden könne.

33 Diese Auslegung steht mit dem möglichen Wortsinn des Begriffs "Abrufen" in Art. 2 Satz 2 Buchst. h der Richtlinie 2002/58/EG im Einklang. Zudem könnte für sie Erwägungsgrund 27 der Richtlinie 2002/58/EG sprechen. Danach ist die Übermittlung einer Nachricht bei der elektronischen Post dann abgeschlossen, wenn der Adressat die Nachricht - üblicherweise vom Server seines Diensteanbieters - abrufen. Diese Formulierung könnte darauf hindeuten, dass das Abrufen einer elektronischen Post einen final auf die Übermittlung einer Nachricht üblicherweise vom Server des Diensteanbieters gerichtete Tätigkeit des Nutzers voraussetzt.

34 Nach dieser engen, wiederum am Regelfall der E-Mail orientierten Interpretation erfüllt die streitgegenständliche Inbox-Werbung die Voraussetzungen einer elektronischen Post im Sinne von Art. 2 Satz 2 Buchst. h der Richtlinie 2002/58/EG nicht. Mit der Öffnung seines E-Mail-Accounts auf der Internetseite des Diensteanbieters dokumentiert der Nutzer seinen Willen, dass ihm seine auf dem E-Mail-Server des Dienstes gespeicherten E-Mails angezeigt und übermittelt werden. Sein

Wille ist aber nach der Lebenserfahrung regelmäßig nicht darauf gerichtet, dass ihm zusätzlich von einem Ad-Server Werbenachrichten in die Inbox seines E-Mail-Accounts eingeblendet werden.

35

Gegen die vom Berufungsgericht vertretene Ansicht spricht demgegenüber wiederum eine am Schutzzweck des Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG orientierte funktionale Auslegung. Danach soll der Nutzer vor unerbetenen Werbenachrichten geschützt werden, die vom Werbenden relativ leicht und preisgünstig über ein elektronisches Kommunikationsnetz verschickt werden können und die eine Belastung für den Nutzer bedeuten (Erwägungsgrund 40 der Richtlinie 2002/58/EG). Mit Blick auf diesen Zweck erscheint es kaum überzeugend, zwischen einer zweifelsfrei unter den Begriff der elektronischen Post fallenden - gegebenenfalls massenhaft versendeten - E-Mail mit werblichem Inhalt und der streitgegenständlichen werblichen Nachricht zu unterscheiden. Beide Nachrichten erscheinen in der Inbox und damit in dem Bereich der vom Nutzer zum Zwecke der Kenntnisnahme seiner E-Mails geöffneten Internetseite, in der bestimmungsgemäß E-Mails angezeigt werden. Für die von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG zu verhindernde belastende Wirkung ist es außerdem nicht von Bedeutung, ob die werbliche Nachricht von einem Mailserver des Diensteanbieters oder von einem Ad-Server des Diensteanbieters oder einem mit diesem zusammenarbeitenden Unternehmen in der Inbox des E-Mail-Accounts eingeblendet wird. Maßgeblich dürfte vielmehr wiederum weniger eine technische, sondern eine funktional am Schutzzweck orientierte Auslegung sein, die einer den Nutzer belastenden Wirkung einer Werbeform Rechnung trägt. Diese könnte sich daraus ergeben, dass die angegriffene Werbung in der Inbox des E-Mail-Accounts und damit in einen Bereich übermittelt und angezeigt wird, in dem der Nutzer nur die individuell an ihn gerichteten E-Mail-Nachrichten erwartet.

- 36 Eine solche am Schutzzweck orientierte Auslegung ist auch mit dem Wortlaut von Art. 2 Satz 2 Buchst. h der Richtlinie vereinbar. Ein Abrufen im Sinne einer Handlung des Nutzers, die final auf die Kenntnisnahme von in der Inbox des E-Mail-Accounts eingegangenen Nachrichten gerichtet ist, liegt vor. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wird die Weiterleitung der Werbung vom Ad-Server in die Inbox dadurch ausgelöst, dass der Nutzer im Internet die Seite seines E-Mail-Accounts aufruft und sich dort mit seinen persönlichen Zugangsdaten anmeldet. Dass der Nutzer dabei regelmäßig nur private und geschäftliche E-Mails zur Kenntnis nehmen will und keine für ihn uninteressanten oder belästigenden Werbebotschaften wie Spam-Mails oder Werbeeinblendungen, ändert nichts am Vorliegen einer finalen Abrufhandlung durch die Öffnung des E-Mail-Accounts im Internet.
- 37 (2) Die streitgegenständliche Inbox-Werbung war bis zur durch das Einloggen ausgelösten Einblendung der Werbung auf einem Adserver und damit im Netz gespeichert.
- 38 Aus Erwägungsgrund 27 der Richtlinie 2002/58/EG, in dem bestimmt ist, dass bei der elektronischen Post die Übermittlung dann abgeschlossen ist, wenn der Adressat die Nachricht - üblicherweise vom Server seines Diensteanbieters - abrufft, dürfte sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nichts Abweichendes ergeben. Dass eine elektronische Post nur Nachrichten umfasst, die auf dem Server des Diensteanbieters selbst gespeichert sind, lässt sich daraus bereits deshalb nicht entnehmen, weil sich aus der Verwendung des Begriffs "üblicherweise" ergibt, dass der Richtliniengeber damit keine abschließende begriffliche Voraussetzung aufgestellt, sondern lediglich einen tatsächlichen Regelfall beschrieben hat. Im Übrigen ist der Regelungszusammenhang des Erwägungsgrunds 27 der Richtlinie 2002/58/EG zu berücksichtigen. In dieser Bestimmung geht es um die Frage, zu welchem Zeitpunkt Verkehrsdaten gelöscht werden müssen. Insoweit kommt es maßgeblich auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Übermittlung einer Nachricht an

(vgl. Art. 6 Abs. 1 sowie Erwägungsgrund 26 der Richtlinie 2002/58/EG). In diesem Kontext wird in Erwägungsgrund 27 der Richtlinie 2002/58/EG auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Übermittlung der elektronischen Post durch den Abruf der Nachricht durch den Adressaten abgestellt. Dass sich daraus für den in Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG geregelten Schutz der Privatsphäre des Nutzers vor unerbetener Direktwerbung durch elektronische Post maßgebliche Auslegungskriterien entnehmen lassen, ist nicht ersichtlich.

39 c) Außerdem ist fraglich, ob eine elektronische Post im Sinne von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG auch dann vorliegt, wenn eine Nachricht nicht an einen bereits vor der Übermittlung konkret feststehenden individuellen Empfänger erfolgt, sondern deren Einblendung - wie im Streitfall - nach dem Zufallsprinzip vorgenommen wird. Der Klärung dieser Frage dient die Vorlagefrage 3.

40 aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, eine elektronische Post im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG setze voraus, dass die Versendung "individuell", das heißt an einen konkret adressierten Empfänger erfolge, der vor der Versendung feststehe und mit dem deshalb eine vorherige Kommunikation über das Einverständnis mit der Versendung möglich sei. Dies folge daraus, dass die Zulässigkeit der in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG geregelten Werbeformen voraussetze, dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliege. Das Erfordernis einer derartigen vorherigen ausdrücklichen Einwilligung setze denknötwendig das Vorhandensein eines konkreten Adressaten voraus, der sich gegenüber dem Werben den dazu äußern könne, ob er in die Werbung einwillige. Die streitgegenständliche Werbung werde jedoch aufgrund eines Zufallsprinzips bei Kunden des kostenfreien E-Mail-Dienstes eingeblendet, ohne dass eine vorherige Kommunikation über das Einverständnis des Kunden möglich sei.

- 41           bb) Der Senat hat Zweifel, ob dieser Ansicht gefolgt werden kann. Allerdings darf gemäß Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG die Verwendung elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer oder Nutzer gestattet werden. Aus diesem Erfordernis kann jedoch nicht im Umkehrschluss entnommen werden, dass alle Formen der Direktwerbung über Kommunikationsnetze ohne Einwilligung zulässig sind, bei denen die Einwilligung der Nutzer aufgrund der vom Werbenden benutzten technischen Abläufe nicht vor Verwendung einer konkreten Werbung eingeholt werden kann.
- 42           d) Im Streitfall stellt sich ferner die Frage, ob eine Verwendung einer elektronischen Post für die Zwecke der Direktwerbung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG nur dann vorliegt, wenn eine Belastung des Nutzers festgestellt wird, die über eine - im Streitfall vom Berufungsgericht festgestellte - Belästigung hinausgeht. Der Klärung dieser Frage dient die Vorlagefrage 4.
- 43           aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, der im Lichte von Erwägungsgrund 40 der Richtlinie 2002/58/EG zu bestimmende Sinn und Zweck von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG spreche gegen die Anwendung dieser Vorschrift auf die beanstandete Werbung. Zwar werde der Nutzer des E-Mail-Dienstes durch das Erscheinen der Werbung innerhalb des Posteingangs - eingereicht in die neu eingehenden E-Mails - belästigt. Da die Werbung für den flüchtigen Betrachter wie eine E-Mail wirke und daher stärker wahrgenommen werde als Werbung außerhalb des Eingangspostfachs, sei der Belästigungsgrad zudem höher einzustufen als die am Bildrand des Postfachs eingeblendete Werbung. Eine über diese Belästigung hinausgehende Belastung oder ein Kostenaufwand im Sinne des Erwägungsgrundes 40 der Richtlinie 2002/58/EG liege aber nicht vor. Die Inbox-Werbung werde insbesondere nicht in die Anzahl der ungelesenen E-Mails des Kunden eingerechnet und nehme auch keinen Speicherplatz des Postfacheingangs in Anspruch. Aufgrund der optischen Unterschiede zwischen den E-Mails und der Werbeeinblendung bestehe auch kein

Arbeitsaufwand für die Trennung zwischen wichtigen elektronischen Nachrichten und elektronischem Werbemüll.

44           bb) Ob dieser Auslegung zugestimmt werden kann, ist nicht eindeutig zu beantworten.

45           (1) Für die vom Berufungsgericht vertretene Auslegung könnte der Wortlaut von Erwägungsgrund 40 der Richtlinie 2002/58/EG sprechen. Dort ist von einer Belästigung des Nutzers nicht die Rede. Vielmehr sollen die Nutzer öffentlicher elektronischer Kommunikationsnetze gegen die Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung geschützt werden, weil diese Formen von unerbetenen Werbenachrichten zum einen relativ leicht und preisgünstig zu versenden sind 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. Da im Streitfall weder ein Kostenaufwand des Nutzers noch Schwierigkeiten für die elektronischen Kommunikationsnetze oder Endgeräte in Rede stehen, kommt es maßgeblich darauf an, ob die Privatsphäre der Nutzer durch die Inbox-Werbung belastet wird. Dass insoweit eine Belästigung ausreichen kann, ist in Erwägungsgrund 40 der Richtlinie 2002/58/EG jedenfalls nicht ausdrücklich bestimmt.

46           (2) Andererseits umfasst der Wortsinn des Begriffs "Belastung" mit Blick auf den maßgeblichen Schutz der Privatsphäre vor unerbetener Direktwerbung auch die belästigende Beeinträchtigung der Privatsphäre, die sich darin äußert, dass der Verbraucher mit Werbung nicht (nur) in den dafür üblicherweise benutzten und daher von ihm unschwer zu ignorierenden Bereichen einer Internetseite konfrontiert wird, sondern (auch) in der Inbox des E-Mail-Accounts und damit in einem Bereich der Internetseite des E-Mail-Diensteanbieters, in dem die individuell an den Nutzer

gerichteten E-Mail-Nachrichten angezeigt werden und der von ihm deshalb zweckgerichtet aufgesucht, also mit besonderer Aufmerksamkeit wahrgenommen werden wird. Hinzu kommt, dass sich der Nutzer nach der Lebenserfahrung durch Werbebotschaften, die in der bestimmungsgemäß für an ihn persönlich gerichtete Nachrichten vorgesehenen Inbox erscheinen, stärker individuell angesprochen fühlen wird als durch eine Bannerwerbung, die sich etwa am Bildrand der Internetseite befindet und ersichtlich an das allgemeine Publikum gerichtet ist. Auch daraus kann sich - abhängig von Aussage und Gegenstand der Werbung - eine erhöhte belästigende Wirkung ergeben.

- 47            Dabei ist zudem zu berücksichtigen, dass ein privates passwortgeschütztes E-Mail-Konto zum Bereich der durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützten privaten Lebensgestaltung gehört. In diesem Bereich soll der Betroffene nicht nur vor dem Aufwand geschützt werden, der ihm dadurch abverlangt wird, dass er die an ihn gerichteten Nachrichten sichten und die Werbung von anderen Nachrichten trennen muss. Als Ausfluss seines personalen Selbstbestimmungsrechts ist zudem der Wille des Betroffenen schutzwürdig, seinen privaten Lebensbereich von jedem Zwang zur Auseinandersetzung mit Werbung und ihrer Suggestivwirkung freizuhalten (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2015 - VI ZR 134/15, NJW 2016, 870 Rn. 13 - "No-Reply"-E-Mails, mwN). Dem Schutz der Privatsphäre des Nutzers im Bereich der elektronischen Kommunikation dient gemäß Art. 1 Abs. 1 und den Erwägungsgründen 1, 12 und 40 der Richtlinie 2002/58/EG auch der Art. 13 Abs. 1 dieser Richtlinie. Zu berücksichtigen ist zudem, dass bei der Beurteilung der belästigenden Wirkung einer die Privatsphäre beeinträchtigenden Werbemaßnahme nach der Lebenserfahrung die Gefahr der Summierung der Belästigungen durch das Umsichgreifen der Werbeform besteht (vgl. BGH, Urteil vom 20. Mai 2009 - I ZR 218/07, GRUR 2009, 980 Rn. 12 = WRP 2009, 1246 - E-Mail-Werbung II; Urteil vom 12. September 2013 - I ZR 208/12, GRUR 2013, 1259 Rn. 22 = WRP

2013, 1579 - Empfehlungs-E-Mail; Köhler in Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 38. Aufl., § 7 Rn. 27).

48 Da für die am Schutzzweck des Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG orientierte Auslegung der Schutz der Privatsphäre und nicht der Schutz des Nutzers vor Irreführung maßgeblich ist, ist es für die Prüfung dieser Bestimmung unerheblich, dass sich das Erscheinungsbild der in der Inbox der Nutzer eingeblendeten Werbung von E-Mails unterscheidet und dem Nutzer die Unterscheidung zudem durch den mit der Inbox-Werbung verbundenen Hinweis "Anzeige" verdeutlicht wird. Im Übrigen entsteht dem Nutzer durch den Aufbau der Nachricht und die Anzeige der werblichen Nachricht sowie durch das oberflächliche Lesen nach der Lebenserfahrung selbst dann ein Zeitaufwand, wenn er eine in der Inbox seines E-Mail-Kontos erscheinende Werbebotschaft von vornherein klar und unzweideutig als Werbung erkennen und löschen kann (vgl. zur Werbe-E-Mail Köhler in Köhler/Bornkamm/Fedderson aaO § 7 Rn. 200). Aus den gleichen Gründen stehen die vom Berufungsgericht angeführten Umstände, dass die Werbung nicht in die Anzahl der ungelesenen E-Mails des Kunden eingerechnet werden und auch keinen Speicherplatz im Posteingang verbrauchen, der Annahme eines Verstoßes gegen Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG nicht entgegen.

49 Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts dürfte es für die Beeinträchtigung der Privatsphäre des Nutzers eines privaten E-Mail-Dienstes nach alledem durchaus einen Unterschied machen, ob er nicht nur an üblicherweise für Werbebotschaften genutzten Stellen, sondern auch in einem Bereich der Internetseite seines E-Mail-Anbieters mit Werbung konfrontiert wird, in dem bestimmungsgemäß die an ihn persönlich gerichteten E-Mails zu finden sind und auf den sich seine individuelle Aufmerksamkeit zwangsläufig mit besonderer Intensität richten wird. Dafür sprechen auch die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen. Es hat ausgeführt, dass der Nutzer des E-Mail-Dienstes durch das Erscheinen der Werbung innerhalb

des Posteingangs - eingereiht in die neu eingehenden E-Mails - belästigt wird. Da die Werbung für den flüchtigen Betrachter wie eine E-Mail wirken und daher stärker wahrgenommen werden kann als Werbung außerhalb des Eingangspostfachs, ist der Belästigungsgrad höher einzustufen als die am Bildrand des Postfachs eingeblendete Werbung. Diese Feststellungen stehen mit der Lebenserfahrung im Einklang.

50           3. Im Streitfall kommt außerdem eine Unzulässigkeit der streitgegenständlichen Werbung gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG in Betracht. Bei der Anwendung dieser Bestimmungen stellt sich eine klärungsbedürftige Frage zur Auslegung von Nr. 26 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG.

51           a) Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG ist eine unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG stets anzunehmen bei einer Werbung unter Verwendung eines in den Nummern 2 und 3 dieser Bestimmung nicht aufgeführten, für den Fernabsatz geeigneten Mittels der kommerziellen Kommunikation, durch die ein Verbraucher hartnäckig angesprochen wird, obwohl er dies erkennbar nicht wünscht. Die Vorschrift dient der Umsetzung von Nr. 26 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG (vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/10145, Seite 29) und ist im Lichte dieser Regelung richtlinienkonform auszulegen. Nach Nr. 26 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG stellt es eine unter allen Umständen als unlauter geltende aggressive Geschäftspraktik dar, wenn Kunden durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien geworben werden, außer in den für den Streitfall nicht relevanten Fällen und in den Grenzen, in denen ein solches Verhalten nach den nationalen Rechtsvorschriften gerechtfertigt ist, um eine vertragliche Verpflichtung durchzusetzen. Im Streitfall stellt sich eine nicht eindeutig zu beantwortende Frage zur Auslegung dieser unionsrechtlichen Bestimmung.

- 52            b) Es ist nicht hinreichend geklärt, welche Anforderungen an ein "Ansprechen" im Sinne von Nr. 26 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG zu stellen sind. Der Klärung dieser Frage dient die Vorlagefrage 5.
- 53            aa) Das Berufungsgericht ist allerdings im Ausgangspunkt mit Recht davon ausgegangen, dass ein Ansprechen von Kunden im Sinne von Nr. 26 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG von vornherein ausscheidet, wenn sich das für den Fernabsatz geeignete Medium - wie etwa das Fernsehen, der Hörfunk, das Internet oder ein Presseergebnis - an die Allgemeinheit richtet. Das Merkmal des Ansprechens setzt vielmehr eine gezielt an einen individuellen Kunden gerichtete Werbung voraus (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 7 Rn. 104).
- 54            bb) Es stellt sich jedoch die Frage, ob eine die Voraussetzungen eines Ansprechens erfüllende gezielte Individualwerbung nur dann vorliegt, wenn ein Kunde mittels eines herkömmlich zur Individualkommunikation zwischen einem Absender und einem Empfänger dienenden Mediums wie Telefon, Fax oder E-Mail kontaktiert wird, oder ob es ausreicht, wenn - wie im Streitfall - der Bezug auf einen konkreten Kunden dadurch hergestellt wird, dass die Werbung in der Inbox eines privaten E-Mail-Kontos und damit in einem Bereich angezeigt wird, an dem der Kunde individuell an ihn gerichtete Nachrichten erwartet.
- 55            Der Wortlaut von Nr. 26 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG lässt beide Auslegungen zu. Da der Kunde - wie bereits dargelegt - durch die Inbox-Werbung in seiner Privatsphäre betroffen und zudem in stärkerem Maße belästigt wird als durch herkömmliche Bannerwerbung in den dafür normalerweise vorgesehenen, keinen Individualbezug aufweisenden Bereichen einer Internetseite, dürfte der Schutzzweck der Bestimmung ebenfalls betroffen sein.

56 cc) Die übrigen Voraussetzungen des Verbotstatbestands nach Nr. 26 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG liegen vor. Im Streitfall ist der Kunde des E-Mail-Dienstes durch die Inbox-Werbung der Beklagten insgesamt dreimal, also mehrfach und damit hartnäckig (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 7 Rn. 110; JurisPK.UWG/Koch aaO § 7 Rn. 195; Büscher/Büscher aaO § 7 Rn. 104) angesprochen worden. Dies geschah auch unerwünscht. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Nutzer die Beklagte am 20. Dezember 2016 wegen der Werbung am 12. Dezember 2016 abgemahnt und damit der Beklagten gegenüber ausdrücklich seinen Willen kundgetan, derartige Werbung nicht erhalten zu wollen (vgl. zu den Voraussetzungen des unerwünschten Ansprechens JurisPK.UWG/Koch, 4. Aufl., § 7 Rn. 194; Büscher/Büscher aaO § 7 Rn. 105; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 7 Rn. 111). Dennoch erschienen gleichartige Werbungen in der Inbox seines E-Mail-Accounts am 13. und 15. Januar 2017. Die Internetseite eines privaten E-Mail-Kontos stellt außerdem ein für den Fernabsatz geeignetes Medium dar.

57 4. Die Fragen zur Auslegung von Art. 2 Satz 2 Buchst. h und Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG sowie Nr. 26 Satz 1 des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG sind entscheidungserheblich, weil die Klageanträge nicht bereits wegen des Verstoßes gegen das Verbot der Werbung mit einer die Identität des Absenders verschleiern den Nachricht im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a UWG, des Verbots der unzumutbaren Belästigung gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG sowie des Irreführungsverbots gerechtfertigt sind.

58 a) Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a UWG ist eine unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG stets anzunehmen bei der Werbung mit einer Nachricht, bei der die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird. Das Berufungsgericht hat keine Umstände festgestellt, die die Annahme einer Verschleierung oder Verheimlichung der

Identität des Absenders der Inbox-Werbung rechtfertigen könnte. Die Revision erhebt insoweit keine Rüge.

- 59            b) Das Berufungsgericht hat zudem eine unzumutbar belästigende geschäftliche Handlung im Sinne der Generalklausel gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG verneint. Es ist dabei davon ausgegangen, dass die streitgegenständliche Werbung den Nutzer des E-Mail-Dienstes zwar belästige, diese Belästigung aber unter Abwägung der Umstände des Streitfalls, namentlich der Kostenfreiheit des E-Mail-Dienstes, nicht unzumutbar sei. Die vom Berufungsgericht insoweit gegebene Begründung ist frei von Rechtsfehlern.

60 c) Das Berufungsgericht hat außerdem mit Recht eine Unlauterkeit der in Rede stehenden Werbung unter dem Gesichtspunkt der Irreführung verneint.

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Schmaltz

Vorinstanzen:

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

OLG Nürnberg, Entscheidung vom 15.01.2019 - 3 U 724/18 -