



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 721/15

Verkündet am:
14. März 2017
Olovčić
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: _____ ja

BGB § 1004, § 823 Ai; BDSG § 28

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, Urteil vom 12. September 2013 - I ZR 208/12, 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, Urteil vom 25. Oktober 2012 - I ZR 169/10, 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.

BGH, Urteil vom 14. März 2017 - VI ZR 721/15 - LG Berlin
AG Tempelhof-Kreuzberg

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 2017 durch den Vorsitzenden Richter Galke, den Richter Wellner, die Richterinnen Dr. Oehler und Dr. Roloff und den Richter Dr. Klein

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil der 16. Zivilkammer des Landgerichts Berlin vom 3. November 2015 aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger nimmt die Beklagte wegen unerbetener E-Mail-Werbung auf Unterlassung und Erstattung vorgerichtlicher 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. März 2013 unter seiner geschäftlich genutzten E-Mailadresse ...@gmx.de von der Z. GmbH Werbe-E-Mails für (Print-)Produkte der Beklagten. Er mahnte die Beklagte daraufhin ab.

2 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.

3 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 Amtsgericht hat der Klage hinsichtlich des Unterlassungsantrages stattgegeben und dem Kläger einen Teil der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten zugesprochen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht die Klage insgesamt abgewiesen, die Anschlussberufung des Klägers hat es zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

A.

4 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.

5 Der Kläger habe zwar grundsätzlich einen Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte wegen unerbetener E-Mail-Werbung gemäß §§ 1004, 823 Abs. 1 bzw. § 831 BGB. Die von der Beklagten verpflichteten Werbedienstleister hätten zur Durchführung ihrer Werbemaßnahmen E-Mail-Adressen von Dritten erworben. Letztere sollten die erforderliche Werbeeinwilligung von den späteren Werbungsempfängern als Gegenleistung für einen Software-Download oder als Bedingung für die Teilnahme an einem Gewinnspiel erhalten haben. Auch auf der Grundlage dieses Vortrags der Beklagten habe der Kläger keine wirksame Einwilligung zum Erhalt der streitgegenständlichen Werbe-E-Mails erteilt, denn es müsse eine Einwilligung für den konkreten Fall erteilt werden, aus der Erklärung müsse hinreichend klar hervorgehen, welche konkreten Unternehmen für welche konkreten Produkte werben dürften. Die Einwilligungserklärung benenne aber nicht die Produkte, für die geworben werden solle. Eine produktoffene Werbeeinwilligung sei grundsätzlich unwirksam. Auch die Tatsache, dass der Kläger in Bezug auf die Z. GmbH seine Einwilligung quasi als Gegenleistung für den kostenlosen Download von Software erteilt haben solle, helfe der Beklagten nicht darüber hinweg, dass die Einwilligung auch in einem solchen Fall produktbezogen hätte gefasst werden müssen.

6

Der Unterlassungsanspruch scheitere jedoch aufgrund des Rechtsmissbrauchs des Klägers, weil dieser durch das Verbot der Weitergabe seiner E-Mail-Adresse an die werbenden Vertriebspartner der Beklagten verhindere, dass er von diesen keine weiteren Werbe-E-Mails für Produkte der Beklagten unter der genannten E-Mail-Adresse erhalte. Die Weitergabe der E-Mail-Adresse durch die Beklagte erscheine aber erforderlich, weil sie zwar die in Rede stehende E-Mail-Werbung veranlasst habe, zur Einhaltung eines gegen sie gerichteten Unterlassungsgebotes aber darauf angewiesen sei, dass Dritte, nämlich ihre Vertriebspartner, die Verwendung der E-Mail-Adresse zu Werbezwecken unterließen. Um diese entsprechend anzuweisen, benötige sie die entsprechende E-Mail-Adresse, an die die E-Mail-Werbung bisher gesandt worden sei, da nur dies die weitere Versendung zu unterbinden geeignet sei. Nur die Mitteilung des Empfängernamens, dessen Weitergabe der Kläger ausdrücklich erlaubt habe, genüge hierfür regelmäßig nicht, da die Werbedienstleister die Empfängeradressen nicht zwingend unter dem Namen des jeweiligen Inhabers registrierten. Es sei nicht nachvollziehbar, warum der Kläger sich der Weitergabe zu Sperrzwecken widersetze. Die Verwendung der erforderlichen Informationen könne der Beklagten nicht mit der Begründung abgesprochen werden, sie müsse sich ohnehin rechtstreu verhalten. Durch den Widerspruch verweile der Kläger selbst die Durchsetzung des von ihm angestrebten Unterlassungsgebots und verlange letztlich von der Beklagten Unmögliches. Die einzig theoretisch denkbare Handlungsoption der Beklagten sei, jegliche E-Mail-Werbung durch die bisherigen Vertriebspartner einzustellen. Dies erscheine aber unverhältnismäßig, weil damit das grundsätzlich lautere Modell der E-Mail-Werbung durch Werbedienstleister unmöglich gemacht werde. Auch die Berufung auf Datenschutz und den Grundsatz der Datensparsamkeit vermöchten den Widerspruch des Klägers nicht zu rechtfertigen. Widersprüchlich sei das Verhalten des Klägers auch, weil er die behauptete Abgabe einer Einwilligung

in E-Mail-Werbung durch die Beklagte im Wege des Double-Opt-In-Verfahrens (DOI-Verfahren) nicht wirksam bestritten habe. Diese Einwilligung sei lediglich deshalb nicht rechtswirksam, weil sie als produktunabhängige "Generaleinwilligung" den gesetzlichen Anforderungen nicht genüge.

B.

7 Diese Erwägungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht in vol-
lem Umfang stand.

I.

8 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht unter Verweis auf die Entschei-
dung des ersten Zivilsenates vom 24. Januar 2013 (I ZR 174/11, GRUR 2013,
1067 ff.) davon ausgegangen, dass im Streitfall eine 600 € übersteigende Be-
schwer gegeben ist.

9 2. Gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen keine Bedenken, da der
Unterlassungsantrag gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt ist
(vgl. BGH, Urteil vom 12. September 2013 - I ZR 208/12, GRUR 2013, 1259
Rn. 14).

II.

10 Dem Kläger steht gegen die Beklagte gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 2,
§ 823 Abs. 1, § 831 BGB ein Anspruch auf Unterlassung der Zusendung elekt-

ronischer 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, Urteil vom 15. Dezember 2015 - VI ZR 134/15, NJW 2016, 870 Rn. 9; Köhler/Feddersen 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. August 2003, BT-Drucks. 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, Urteil vom 21. April 2016 - I ZR 276/14, GRUR 2016, 831 Rn. 16; Urteil vom 20. Mai 2009 - I ZR 218/07, 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, Urteil vom 21. April 2016 - I ZR 276/14, GRUR 2016, 831 Rn. 16). Verhindert werden soll darüber hinaus, dass die belästigende Werbung zu einer Bindung von Ressourcen des Empfängers führt (BGH, Urteil vom 1. Juni 2006 - I ZR 167/03, GRUR 2007, 164 Rn. 9). Unverlangt zugesendete E-Mail-Werbung erfolgt be-

triebsbezogen 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, Urteil vom 12. September 2013 - I ZR 208/12, GRUR 2013, 1259 Rn. 15; Urteil vom 20. Mai 2009 - I ZR 218/07, 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. Februar 2013 seine E-Mail-Adresse an die Freeware-Plattform www.f...-a...de übermittelt, um dort ein Softwareprogramm herunterladen 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 hinterlegten Nutzungsbedingungen zu, die auch ein Einverständnis in werbliche Informationen von uns sowie den F. A. Sponsoren enthalten."

18 § 4 (Werbeeinverständnis) der allgemeinen Geschäftsbedingungen 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 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 Satz 1 und 2, Abs. 3 Satz 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 Satz 1 BGB. Grundsätzlich kann die Einwilligungserklärung auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam erteilt werden (vgl. nur BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012 - I ZR 169/10, 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.; Härt-

ing/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 Satz 2 BGB findet auch auf Leistungsbeschreibungen Anwendung (§ 307 Abs. 3 Satz 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 Satz 2 BGB, das den Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen verpflichtet, die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen (BGH, Urteil vom 9. Dezember 2014 - X ZR 147/13, NJW-RR 2015, 618 Rn. 22; Urteil vom 3. Juni 1998 - VIII ZR 317/97, NJW 1998, 3114, 3116 mwN).

24 Mit § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG wurde die Bestimmung des Art. 13 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) umgesetzt. Der Begriff der "Einwilligung" ist deshalb richtlinienkonform zu bestimmen. Art. 2 Abs. 2 Buchst. f der Richtlinie verweist für die Definition der Einwilligung auf Art. 2 Buchst. h der Richtlinie 95/46 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 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, Urteil vom 25. Oktober 2012 - I ZR 169/10, GRUR 2013, 531 Rn. 23, 24 mwN; vgl. zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG BGH, Urteil vom 18. Juli 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/Sosnitza, 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) Generaleinwilligung, 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 § 305c Abs. 1 BGB anzusehen und sie zudem gemäß § 307 Abs. 2, Abs. 1 Satz 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, Urteil vom 27. Januar 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, Urteil vom 15. Dezember 2015 - VI ZR 134/15, AfP 2016, 149 Rn. 23; BGH, Urteil vom 12. September 2013 - I ZR 208/12, VersR 2014, 1462 Rn. 25 f.

mwN - Empfehlungs-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 Mitgliedsstaaten sicherstellen, dass beeinträchtigte Personen gegen solche Verstöße gerichtlich vorgehen können (vgl. dazu Heese, JZ 2016, 529, 531; Ohly in Ohly/Sosnitza, 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. Juli 2011 - BT-Drucks. 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, Urteil vom 15. November 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 Bundesgerichtshofs 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, Urteil vom 31. Januar 1975 - IV ZR 18/74, BGHZ 64, 5, 9; vom 12. November 2008 - XII ZR 134/04, NJW 2009, 1343 Rn. 41, BGH, Urteil vom 15. November 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 Bundesgerichtshofs 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. November 2014 - VI ZR 18/14, AfP 2015, 33 Rn. 16 zur titulierten Unterlassungsverpflichtung; BGH, Urteile vom 22. Oktober 1992 - IX ZR 36/92, BGHZ 120, 73, 76 f.; vom 18. September 2014 - I ZR 76/13, GRUR 2015, 258 Rn. 64; Beschluss vom 25. Januar 2007 - I ZB 58/06, NJW-RR 2007, 863 Rn. 17, jeweils mwN). 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. September 2015 - VI ZR 175/14, BGHZ 206, 347 Rn. 32; vom 28. Juli 2015 - VI ZR 340/14, WM 2015, 1664 Rn. 40; BGH, Urteil vom 18. September 2014 - I ZR 76/13, 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 Satz 2 BGB entgegen zu halten, dass die Beklagte die Situation zu vertreten hat, deren Beseitigung sie als wirtschaftlich unzumutbar ansieht (vgl. BGH, Beschluss vom 14. November 2013 - V ZR 302/12, juris). Spätestens seit der Veröffentlichung der Entscheidung des VIII. Zivilsenates vom 18. Juli 2012 (VIII ZR 337/11, ZIP 2012, 2064) war die erforderliche Produktbezogenheit als Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung zumindest für Allgemeine Geschäftsbedingungen 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, Beschluss vom 29. September 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, aaO Rn. 54; Simitis, aaO Rn. 109; Taeger/Gabel, aaO 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 insoweit, möglicherweise ohne Weiterleitung der E-Mail-Adresse des Klägers, beispielsweise lediglich unter Verwendung seines Namens, sind aber bisher keine ausreichenden Feststellungen getroffen worden.

C.

41 Gemäß § 563 Abs. 1 Satz 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.

Galke

Wellner

Oehler

Roloff

Klein

Vorinstanzen:

AG Tempelhof-Kreuzberg, Entscheidung vom 26.08.2014 - 24 C 12/14 -

LG Berlin, Entscheidung vom 03.11.2015 - 16 S 30/14 -