

## Herausgeber

**Prof. Dr. Helmut Köhler**

## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der  
Zentrale zur Bekämpfung  
unlauteren Wettbewerbs  
Frankfurt am Main e.V.

**dfv'** Mediengruppe  
Frankfurt am Main

## Editorial: Dr. Felix Buchmann

Umstrittene Streitbeilegung

**411 Prof. Dr. Christian Alexander**

Grundfragen des neuen § 3 UWG

**420 Dr. Martin Jaschinski und Dr. Carlo Piltz**

Das Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts

**427 Mag. jur. Christoph Palzer**

Und willst kein braver Schuldner du sein, dann meld' ich bei der SCHUFA dich ein! – Ein lauterkeitsrechtlicher Blick auf ein ambivalentes Phänomen

**434 Till Göckler**

Die Klagebefugnis vertikaler Wirtschaftsverbände

**439 Dr. Ulrich Franz**

Werbung mit Testergebnissen

**447 Daimler /Együd Garage Gépjárműjavító és Értékesítő**

EuGH, Urteil vom 03.03.2016 – C-179/15

**450 Fressnapf**

BGH, Urteil vom 04.02.2016 – I ZR 194/14

**454 Smartphone-Werbung**

BGH, Urteil vom 17.09.2015 – I ZR 92/14

**459 MeinPaket.de**

BGH, Vorlagebeschluss vom 28.01.2016 – I ZR 231/14

**463 Feuchtigkeitsspendendes Gel-Reservoir**

BGH, Urteil vom 28.01.2016 – I ZR 36/14

**467 Buchungssystem II**

BGH, Urteil vom 30.07.2015 – I ZR 29/12

**471 Lernstark**

BGH, Urteil vom 10.12.2015 – I ZR 222/13

**477 Erledigungserklärung nach Gesetzesänderung**

BGH, Beschluss vom 20.01.2016 – I ZB 102/14

**493 Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Autoreply-E-Mails mit Werbung**

BGH, Urteil vom 15.12.2015 – VI ZR 134/15

**495** Kommentar von **Thomas Ch. Gramespacher**

**512 Zugang der Abmahnung**

KG, Beschluss vom 17.11.2015 – 5 W 223/15

**513** Kommentar von **Pascal Tavanti**

## BGH: Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Autoreply-E-Mails mit Werbung

- 50 c) Weitergehende Ansprüche stehen der Klägerin weder aus § 19 Abs. 5 MarkenG noch aus § 9 UWG zu.
- 51 aa) Die Haftung für eine fehlerhafte Auskunft nach § 19 Abs. 5 MarkenG knüpft an die Pflicht zur Erteilung von Auskünften nach § 19 Abs. 1 oder Abs. 2 MarkenG an. Nach Nr. 6 der Vereinbarung der Parteien schuldete die Beklagte aber Auskunft allein gemäß Nr. 5 der Vereinbarung. § 19 Abs. 5 MarkenG kann danach im Streitfall weder direkt noch entsprechend zur Begründung der Ansprüche der Klägerin herangezogen werden.
- 52 bb) Ansprüche aus § 9 UWG kommen schon deshalb nicht in Betracht, weil die Auskunftserteilung aufgrund der Vereinbarung der Parteien keine geschäftliche Handlung der Beklagten im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG darstellt.
- 53 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

## Zivilrecht

### Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Autoreply-E-Mails mit Werbung

## BGB § 823

BGH, Urteil vom 15.12.2015 – VI ZR 134/15

ECLI:DE:BGH:2015:151215UVIZR134.15.0

Vorinstanzen: LG Stuttgart, 04.02.2015 – 4 S 165/14; AG Stuttgart-Bad Cannstatt, 25.04.2014 – 10 C 225/14

**a) Ein von einer natürlichen Person unterhaltenes elektronisches Postfach ist Teil der Privatsphäre.**

**b) Automatisch generierte Bestätigungs-E-Mails, die sowohl eine Eingangsbestätigung in Bezug auf zuvor versandte Nachrichten als auch Werbung enthalten, stellen einen rechtswidrigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen dar, wenn dieser dem Erhalt von Werbung zuvor ausdrücklich widersprochen hat.**

## Tatbestand:

- Der Kläger nimmt die beklagte Versicherung auf Unterlassung und Erstattung außergerichtlicher Kosten in Anspruch.
- Der Kläger ist Verbraucher. Er wandte sich am 10. Dezember 2013 mit der Bitte um Bestätigung einer von ihm ausgesprochenen Kündigung per E-Mail-Schreiben an die Beklagte. Die Beklagte bestätigte unter dem Betreff „Automatische Antwort auf Ihre Mail (...)“ wie folgt den Eingang des E-Mail-Schreibens des Klägers:  
 „Sehr geehrte Damen und Herren,  
 vielen Dank für Ihre Nachricht. Wir bestätigen Ihnen hiermit den Eingang Ihres Mails. Sie erhalten baldmöglichst eine Antwort.  
 Mit freundlichen Grüßen Ihre S. Versicherung  
 Übrigens: Unwetterwarnungen per SMS kostenlos auf Ihr Handy. Ein exklusiver Service nur für S. Kunden. Infos und Anmeldung unter (...)  
 Neu für iPhone Nutzer: Die App S. Haus & Wetter, inkl. Push Benachrichtigungen für Unwetter und vielen weiteren nützlichen Features rund um Wetter und Wohnen: (...)  
 \*\*\*Diese E-Mail wird automatisch vom System generiert. Bitte antworten Sie nicht darauf.\*\*\*“
- Der Kläger wandte sich daraufhin am 11. Dezember 2013 erneut per E-Mail-Schreiben an die Beklagte und rügte, die automati-

sierte Antwort enthalte Werbung, mit der er nicht einverstanden sei. Auch auf dieses E-Mail-Schreiben sowie ein weiteres mit einer Sachstandsanfrage vom 19. Dezember 2013 erhielt der Kläger eine automatisierte Empfangsbestätigung mit dem obigen Inhalt.

Mit seiner Klage verlangt der Kläger, die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes, ersatzweise Ordnungshaft zu unterlassen, zum Zwecke der Werbung mit dem Kläger ohne dessen Einverständnis per E-Mail Kontakt aufzunehmen oder aufnehmen zu lassen, wenn dies geschieht wie im Falle der E-Mail-Schreiben vom 10., 11. und 19. Dezember 2013. Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht das Urteil des Amtsgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

## Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, der Kläger habe gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Unterlassung gemäß §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB.

Zwar stelle die unaufgeforderte Übersendung von E-Mail-Schreiben regelmäßig einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des betroffenen Empfängers dar. Vorliegend handele sich aber nicht um eine E-Mail, die dem Kläger ohne vorherige Kontaktaufnahme übersandt worden sei, sondern um eine automatische Eingangsbestätigung auf eine E-Mail des Klägers. Eine nicht unerhebliche Belästigung liege daher – anders als bei der unaufgeforderten Zusendung von E-Mails mit werblichem Inhalt – nicht vor. Dem Empfänger von nicht angeforderten E-Mails könne nicht zugemutet werden, sich mit diesen auseinander zu setzen, sie zu öffnen, erbetene von nicht erbetenen E-Mails zu trennen und ggf. Widerspruch gegen die Zusendung weiterer E-Mails einzulegen. Solche Umstände lägen aber bei der streitgegenständlichen E-Mail nicht vor. Es sei kein Sortieren erforderlich. Bereits aus dem Betreff sei für den Kläger erkennbar gewesen, dass es sich bei der E-Mail um eine Eingangsbestätigung gehandelt habe. Ein Aussortieren sei in einem solchen Fall schon deshalb nicht erforderlich, weil für gewöhnlich solche E-Mails von ihren Empfängern nicht gelöscht würden.

Der Umstand, dass in der E-Mail auf eine kostenlose Unwetterwarnung und die App S. Haus & Wetter hingewiesen werde, ändere daran nichts. Zwar handele es sich dabei wohl um Werbung. Die Gefahr, dass der Empfänger ohne die Versendung einer weiteren E-Mail an den Absender weitere Werbung erhalte, bestehe aber nicht. Ein besonderer Aufwand sei wegen des Zusatzes nicht erforderlich. Es sei auch nicht erheblich, dass gemäß § 7 Abs. 2 UWG bei Werbung unter Verwendung elektronischer Post stets eine unzumutbare Belästigung zu bejahen sei. § 7 Abs. 2 UWG gewinne erst bei der Frage der Rechtswidrigkeit des Eingriffs und der in diesem Rahmen vorzunehmenden Abwägung Bedeutung.

II. Die Revision des Klägers hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils mit der aus dem Tenor ersichtlichen Maßgabe. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht dem Kläger der geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung zu.

1. Der Kläger hat gegen die Beklagte zwar keinen Anspruch aus § 8 Abs. 1 i. V. m. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG stellt jede Werbung unter Verwendung elektronischer Post ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Empfängers eine unzumutbare Belästigung dar. Mit dieser Vorschrift hat der deutsche Gesetzgeber die in Art. 13 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über

## BGH: Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Autoreply-E-Mails mit Werbung

die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (im Folgenden: Datenschutzrichtlinie, ABl. EG L 201 S. 37, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009, ABl. EG L 337 S. 11) enthaltenen Vorgaben zum Schutz der Privatsphäre der Betroffenen vor unverlangt auf elektronischem Weg zugesandter Werbung umgesetzt (vgl. BT-Drucks. 15/1487, S. 15, 21; BGH, Urteil vom 16. Juli 2008 – VIII ZR 348/06, BGHZ 177, 253 Rn. 30 [= WRP 2009, 56]). Von einem Verstoß gegen diese Regelung im Vertikalverhältnis betroffene Verbraucher – wie hier der Kläger – sind nach der abschließenden Regelung des § 8 Abs. 3 UWG aber nicht berechtigt, Ansprüche auf Unterlassung gemäß § 8 Abs. 1 UWG geltend zu machen (Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 8 Rn. 3.4).

- 10** 2. Der Kläger hat gegen die Beklagte aber einen Unterlassungsanspruch aus § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB wegen eines rechtswidrigen Eingriffs in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht.
- 11** a) Die Verwendung von elektronischer Post für die Zwecke der Werbung gegen den eindeutig erklärten Willen des Klägers stellt einen Eingriff in seine geschützte Privatsphäre und damit in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht dar, § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB.
- 12** aa) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt den Bereich privater Lebensgestaltung und gibt dem Betroffenen das Recht, im privaten Bereich in Ruhe gelassen zu werden (vgl. Senat, Urteil vom 19. Dezember 1995 – VI ZR 15/95, BGHZ 131, 332, 337 [= WRP 1996, 412]; BVerfGE 35, 202, 220; 44, 197, 203). Hieraus folgt ein Recht des Einzelnen, seine Privatsphäre freizuhalten von unerwünschter Einflussnahme anderer, und die Möglichkeit des Betroffenen, selbst darüber zu entscheiden, mit welchen Personen und gegebenenfalls in welchem Umfang er mit ihnen Kontakt haben will. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann deshalb vor Belästigungen schützen, die von einer unerwünschten Kontaktaufnahme ausgehen. In der bloßen – als solche nicht ehrverletzenden – Kontaktaufnahme kann aber regelmäßig nur dann eine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts liegen, wenn sie gegen den eindeutig erklärten Willen des Betroffenen erfolgt, weil ansonsten die Freiheit kommunikativen Verhaltens schwerwiegend beeinträchtigt wäre (Senat, Urteil vom 8. Februar 2011 – VI ZR 311/09, NJW 2011, 1005 Rn. 8).
- 13** bb) Der erkennende Senat hat unter Berücksichtigung der vorstehend dargelegten Grundsätze entschieden, dass dem Eigentümer oder Besitzer einer Wohnung, der sich durch einen Aufkleber an seinen Briefkasten gegen den Einwurf von Werbematerial wehrt, wegen der Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegenüber dem Werbenden ein Unterlassungsanspruch zustehen kann (Senat, Urteil vom 20. Dezember 1988 – VI ZR 182/88, BGHZ 106, 229, 233 ff. [= WRP 1989, 308]). Die Instanzgerichte haben diese Grundsätze auf unerwünschte E-Mail-Werbung (OLG Bamberg, OLG Bamberg 2005, 769 f.) sowie Telefon- und Faxwerbung (OLG Hamm, Urteil vom 26. März 2009 – 4 U 219/08, juris Rn. 13) ausgedehnt. Zum einen wird der Unterlassungsanspruch mit dem Aufwand begründet, der dem Betroffenen dadurch aufgezungen wird, dass er das Werbematerial sichten und sodann von anderen Sendungen trennen muss (OLG Bamberg, aaO, 770). Zum anderen wird auf die Suggestionwirkung der Werbung abgestellt und der Wille des Betroffenen, seinen privaten Lebensbereich von jedem Zwang zur Auseinandersetzung mit Werbung freizuhalten, als Ausfluss seines personalen Selbstbestimmungsrechts als schutzwürdig an-

gesehen (vgl. Senat, Urteile vom 20. Dezember 1988 – VI ZR 182/88, aaO [= WRP 1989, 308]; vom 8. Februar 2011 – VI ZR 311/09, aaO Rn. 8 f. mwN).

cc) Auch im Hinblick auf Art. 13 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie gehört ein von einer natürlichen Person unterhaltenes elektronisches Postfach zur Privatsphäre in diesem Sinne. Nach dieser Vorschrift ist die Verwendung von elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung (sogar) nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer oder Nutzer zulässig. Aus den Erwägungsgründen 1, 12 und 40 sowie Art. 1 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie ergibt sich, dass diese Regelung dem Schutz der Privatsphäre der Nutzer im Bereich der elektronischen Kommunikation dienen soll (Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 7 Rn. 2, 184; MünchKommUWG/Leible, 2. Aufl., § 7 Rn. 31; Ohly in Ohly/Sosnitzer, UWG, 6. Aufl., § 7 Rn. 8).

b) Im vorliegenden Fall kann indes dahinstehen, ob der Regelung des Art. 13 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie aufgrund des Gebots zur richtlinienkonformen Auslegung (vgl. BGH, Urteile vom 26. November 2008 – VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27 Rn. 19 mwN; vom 7. Mai 2014 – IV ZR 76/11, BGHZ 201, 101 Rn. 20) dadurch Geltung zu verschaffen ist, dass sich ein Verstoß gegen diese Regelung stets als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellt (vgl. Ohly in Ohly/Sosnitzer, UWG, 6. Aufl., § 7 Rn. 9 aE, 17 f.; Peters, Die Entwicklung der E-Mail-Werbung unter besonderer Berücksichtigung der UWG-Reform, 2006, S. 173 ff.; Menebröcker in Götting/Nordemann, UWG, 2. Aufl., § 7 Rn. 15; GK-UWG/Pahlow, 2. Aufl., § 7 Rn. 210). Denn nach den von den Instanzgerichten getroffenen Feststellungen hat die Beklagte jedenfalls bei der Zusendung des dritten E-Mail-Schreibens mit werblichem Inhalt vom 19. Dezember 2013 gegen den am 11. Dezember 2013 ihr gegenüber eindeutig erklärten Willen des Klägers gehandelt. Schon aus diesem Grund ist nach der Rechtsprechung des Senats eine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers gegeben (Senat, Urteil vom 8. Februar 2011 – VI ZR 311/09, NJW 2011, 1005 Rn. 8 f.). Dabei ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass der Hinweis auf die kostenlosen Unwetterwarnungen sowie die App S. Haus & Wetter in den streitgegenständlichen E-Mails (Direkt-)werbung darstellt.

aa) Der Begriff der Werbung umfasst nach dem allgemeinen Sprachgebrauch alle Maßnahmen eines Unternehmens, die auf die Förderung des Absatzes seiner Produkte oder Dienstleistungen gerichtet sind. Damit ist außer der unmittelbar produktbezogenen Werbung auch die mittelbare Absatzförderung – beispielsweise in Form der Imagewerbung oder des Sponsoring – erfasst. Werbung ist deshalb in Übereinstimmung mit Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung (ABl. EU L 376 S. 21) jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern (BGH, Urteil vom 12. September 2013 – I ZR 208/12, VersR 2014, 1462 Rn. 17 mwN [= WRP 2013, 1578] – Empfehlungs-E-Mail). Direktwerbung ist gegeben, wenn der Werbende einen unmittelbaren Kontakt zu einem bestimmten Adressaten herstellt, sei es durch persönliche Ansprache, Briefsendungen oder durch Einsatz von Telekommunikationsmitteln wie Telefon, Telefax oder E-Mail (Ohly in Ohly/Sosnitzer, UWG, 6. Aufl., § 7 Rn. 2).

bb) So liegt es – wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat – hier. Mit den Hinweisen auf die kostenlosen Unwetterwarnungen und die App S. Haus & Wetter bewirbt die Beklagte ihre Produkte. Darauf, dass diese nach dem Vortrag der Beklagten lediglich als „Service“ – mithin als nicht kostenpflichtige Zusatz-

## Gramespacher, Kommentar zu BGH, Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Autoreply-E-Mails

leistung – angeboten werden, kommt es nicht an, weil die Beklagte durch das Angebot dieser Zusatzleistungen jedenfalls mittelbare Absatzwerbung betreibt.

- 18 cc) Eine andere Beurteilung ergibt sich entgegen der Auffassung der Beklagten nicht aus dem Umstand, dass die von dem Server der Beklagten automatisch generierten Bestätigungs-E-Mails sowohl eine Eingangsbestätigung in Bezug auf die zuvor versandten Nachrichten des Klägers als auch Werbung enthielten.
- 19 Zwar ist die Eingangsbestätigung selbst keine Werbung. Dies hat aber nicht zur Folge, dass die in der E-Mail enthaltene Werbung von vornherein keine (Direkt-)werbung darstellen könnte (vgl. aber Schirnbacher/Schätzle, WRP 2014, 1143, 1145). Die elektronische Post des Klägers wird von der Beklagten vielmehr in zweifacher Hinsicht – nämlich für die nicht zu beanstandende Eingangsbestätigung und unzulässig für Zwecke der Werbung – genutzt. Für die Annahme, die Nutzung der elektronischen Post des Klägers sei durch die zulässige Bestätigungs-E-Mail insgesamt gerechtfertigt, ist indes kein Raum (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, K&R 2015, 678, 679).
- 20 c) Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers ist auch rechtswidrig. Die insoweit erforderliche Abwägung der widerstreitenden Interessen der Parteien geht zu Lasten der Beklagten aus.
- 21 aa) Das Recht des Klägers auf Schutz seiner Persönlichkeit und Achtung seiner Privatsphäre aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK ist mit dem berechtigten Interesse der Beklagten, mit ihren Kunden zum Zwecke der Werbung in Kontakt zu treten, abzuwägen. Denn wegen der Eigenart des Persönlichkeitsrechts als eines Rahmenrechts liegt seine Reichweite nicht absolut fest, sondern muss erst durch eine Abwägung der widerstreitenden grundrechtlich geschützten Belange bestimmt werden, bei der die besonderen Umstände des Einzelfalls sowie die betroffenen Grundrechte und Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention interpretationsleitend zu berücksichtigen sind. Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist nur dann rechtswidrig, wenn das Schutzinteresse des Betroffenen die schutzwürdigen Belange der anderen Seite überwiegt (vgl. Senat, Urteil vom 9. Februar 2010 – VI ZR 243/08, VersR 2010, 673 Rn. 14 mwN [= WRP 2010, 642]).
- 22 bb) So liegt es hier. Bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen überwiegt das Interesse des Klägers das Interesse der Beklagten, ihren E-Mail-Schreibern an den Kläger werbende Zusätze hinzuzufügen. Dabei ist einerseits zwar zu berücksichtigen, dass die unerwünschte Werbung die Interessen des Klägers nur vergleichsweise geringfügig beeinträchtigte, weil er sie un schwer als solche hat erkennen können. Andererseits ist das Hinzufügen von Werbung zu einer E-Mail-Nachricht auch keine solche Bagatelle, dass eine Belästigung des Nutzers ausgeschlossen wäre. Er muss die Werbung zumindest soweit zur Kenntnis nehmen, als er sie von dem ihn interessierenden Inhalt der Nachricht gedanklich zu trennen hat, was abhängig von der Gestaltung der Nachricht unterschiedlich großen Aufwand erfordert wird. Schließlich mag sich der Arbeitsaufwand bei einer einzelnen E-Mail zwar in engen Grenzen halten. Mit der häufigen Verwendung von Werbezusätzen ist aber immer dann zu rechnen, wenn die Übermittlung einzelner E-Mails mit solchen Zusätzen zulässig ist. Denn im Hinblick auf die billige, schnelle und durch Automatisierungsmöglichkeit arbeitssparende Versandmöglichkeit ist mit einem Umschlag dieser Werbeart zu rechnen (vgl. auch BGH, Urteil vom 20. Mai 2009 – I ZR 218/07, NJW 2009, 2958 Rn. 12 [= WRP 2009, 1246] – E-Mail-Werbung II). Entscheidend ist aber, dass der Empfänger diese Art der Werbung und damit ein gegenständliches Eindringen in seine Privatsphäre ausdrücklich abgelehnt hat und sich praktisch

nicht zur Wehr setzen kann (Senat, Urteil vom 20. Dezember 1988 – VI ZR 182/88, BGHZ 106, 229, 233 f. [= WRP 1989, 308]; vgl. auch BGH, Urteil vom 12. September 2013 – I ZR 208/12, VersR 2014, 1462 Rn. 21 [= WRP 2013, 1578] – Empfehlungs-E-Mail). Jedenfalls für den Bereich der Privatsphäre setzt sich angesichts des Stellenwerts dieses Bereichs für die individuelle Lebensgestaltung das Recht des Einzelnen, diesen von einem unerwünschten Eindringen von Werbung freizuhalten, gegenüber den entgegenstehenden Interessen der Beklagten, für ihre Produkte zu werben, im Ergebnis durch.

3. Die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr wird durch das festgestellte rechtsverletzende Verhalten der Beklagten indiziert (BGH, Urteil vom 12. September 2013 – I ZR 208/12, VersR 2014, 1462 Rn. 25 f. mwN [= WRP 2013, 1578] – Empfehlungs-E-Mail). Die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung hat die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts abgelehnt.

III. Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben, sondern ist aufzuheben. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden, weil weitere Feststellungen nicht zu treffen sind (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

## KOMMENTAR

### Autoreply-E-Mails mit Werbezusätzen als rechtswidrige, unzumutbare Belästigung des Empfängers: Ja? Nein? Vielleicht?

Wer „elektronisch“ Werbung betreiben will hat es nicht leicht. 1 Super Banner, Skyscraper, Rectangle und Layer (sogenannte „Ads“) werden „einfach ge-adblocked“ und so kreativ „herkömmliche“ Werbe-E-Mails (z. B. Newsletter) auch gestaltet sind: ohne eine vorherige und ausdrückliche Einwilligung des Empfängers, ob nun im privaten oder gewerblichen Bereich, geht grundsätzlich nichts. Es ist daher zumindest nicht verwunderlich, dass viele Werbetreibende großen Wert darauf legen, dass Marketingpotential sog. Transaktions-E-Mails auszunutzen. Hierzu zählen automatisiert versandte Eingangs-, Registrierungs-, Auftrags- und Versandbestätigungen, Abwesenheitsnachrichten und dergleichen – eben sog. „Autoreply-E-Mails“.

Soweit diese technisch automatisch generierten E-Mails häufig 2 auf eine initiale Aktion des späteren Empfängers zurückzuführen sind (z. B. E-Mail-Anfrage, Auftrag, Bestellung o. ä.) hat derartige Kommunikation oftmals auch eine erhöhte Akzeptanz beim Empfänger. Dies macht Werbung über diesen Weg so interessant. Potentiell hohe Öffnungsraten und eine gute Wahrnehmung der Platzierungen sind verlockend.

1. Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte sich mit einer 3 Konstellation zu befassen, in der in eben solchen E-Mails einer Versicherung, die als automatische Eingangsbestätigung auf eine Kündigung versandt wurden, Werbung für einen SMS-Unwetterwarndienst für Kunden sowie eine „Haus & Wetter-App“ aus dem Angebot der Versicherung enthalten war. Der kündigende Kläger war keineswegs erfreut, auf die intendierte Vertragsbeendigung mit der Eingangsbestätigung Werbung für weitere Produkte und Angebote der Versicherung zu erhalten und erklärte das in einer weiteren E-Mail auch ausdrücklich gegen-

## Gramespacher, Kommentar zu BGH, Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Autoreply-E-Mails

über dieser. Hierauf wurde dann mit einer weiteren, gleichförmigen Autoreply-E-Mail „geantwortet“. Insgesamt erhielt der Kläger aufgrund der gegenständlichen Korrespondenz drei derartige E-Mails mit werblichen Zusätzen.

4. 2. Der Senat hat bzw. konnte es sich – leider – leicht machen. Durch die ausdrückliche Willensbekundung des Klägers auf die erste E-Mail, keine weitere Werbung erhalten zu wollen, stellten zumindest die weiteren Folge-E-Mails unproblematisch einen – auch rechtswidrigen – Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers dar (§ 823 Abs. 1 BGB). Bereits aufgrund dessen war dem Klageantrag stattzugeben. Zur Rechtswidrigkeit der ersten – unmittelbar auf die Kündigungs-E-Mail des Klägers versandten – Autoreply-E-Mail musste das Gericht nach seiner Lösung daher nicht mehr abschließend Stellung beziehen und ließ offen, ob bereits diese erste E-Mail rechtswidrig war. Der Senat hat insoweit allerdings auch ausdrücklich nicht entschieden, dass eine Autoreply-E-Mail mit Werbezusatz bis zu einem ausdrücklichen Werbeverbot des Empfängers zulässig bzw. noch keine rechtswidrige Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Empfängers darstellt. Genau diese Frage ist für die Praxis aber – wie zuvor ausgeführt – von großem Interesse.
5. Der Senat diskutierte diese Thematik zumindest am Rande, soweit er mit Blick auf Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (im Folgenden: Datenschutzrichtlinie) zutreffend herausstellt, dass ein von einer natürlichen Person unterhaltenes elektronisches Postfach zur Privatsphäre dieser Person gehört. Die Verwendung elektronischer Post zum Zwecke der Direktwerbung ist demnach nur bei vorheriger Einwilligung der Empfänger zulässig („Opt-in“). Art. 13 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie dient insoweit dem Schutz der Privatsphäre der Nutzer im Bereich der elektronischen Kommunikation (vgl. BGH, 15.12.2015 – IV ZR 134/15, WRP 2016, 493, hier zuvor abgedruckt, Rn. 14; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. 2016, § 7 Rn. 2, 184, Einl UWG Rn. 3.54 f.; Ohly, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, 6. Aufl. 2014, § 7 Rn. 8). Diese eindeutigen europarechtlichen Vorgaben wurden mit § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG bekanntermaßen in nationales Recht umgesetzt (kritisch dazu: Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. 2016, Einl UWG Rn. 3.55 m. w. N.). Der Bundesgerichtshof hat bereits in seiner Entscheidung E-Mail-Werbung II (20.05.2009 – I ZR 218/07, WRP 2009, 1246 ff. – dort gegenständlich ein Unterlassungsanspruch wegen des rechtswidrigen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und damit ebenfalls ein Anspruch nach § 823 Abs. 1 i. V. m. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB) zutreffend festgestellt, dass – abgesehen vom Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG – nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG jede Werbung unter Verwendung elektronischer Post ohne die vorherige und ausdrückliche Einwilligung des Adressaten eine unzumutbare Belästigung darstellt. Diese gesetzgeberische Wertung sei bei der Beurteilung der Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 823 BGB) ebenfalls heranzuziehen, um Wertungswidersprüche zu vermeiden (vgl. BGH, 20.05.2009 – I ZR 218/07, WRP 2009, 1246 – E-Mail-Werbung II; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. 2016, § 7 Rn. 14). Wegen des unzumutbar belästigenden Charakters derartiger Werbung gegenüber dem Empfänger ist die Übersendung einer Werbe-E-Mail ohne die vorherige ausdrückliche Einwilligung grundsätzlich rechtswidrig (vgl. BGH, 20.05.2009 – I ZR 218/07, WRP 2009, 1246, Rn. 14 – E-Mail-Werbung II). Bereits die einmalige Zusendung einer nicht von einer entsprechenden Einwilligung gedeckten Werbe-E-Mail stellt dabei – unter dem Aspekt des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht bzw. das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – eine

Rechtsverletzung dar (BGH, 20.05.2009 – I ZR 218/07, WRP 2009, 1246, Rn. 11 – E-Mail-Werbung II). Dem ist zuzustimmen. Zum einen ist dies bereits aufgrund der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung (beispielhaft dazu: Ohly, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, 6. Aufl. 2014, § 7 Rn. 14; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. 2016, § 7 Rn. 184) zwingend. Aus Art. 13 Abs. 6 S. 1 der Datenschutzrichtlinie ergibt sich, dass die betroffenen natürlichen und juristischen Personen das Recht haben müssen, gegen Verstöße gerichtlich vorzugehen. Mangels spezieller Umsetzung dieser Bestimmung im nationalen Recht muss dies, um der Richtlinie gerecht zu werden, nach § 823 Abs. 1 BGB möglich sein (vgl. dazu auch: Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. 2016, Einl UWG, Rn. 3.54; Köhler, GRUR 2012, 1073, 1081). Unter technischen wie auch wirtschaftlichen Aspekten bestehen zudem gerade im Bereich der E-Mail-Werbung bzw. allgemein im Bereich der Werbung mittels „elektronischer Post“ nach wie vor enorme „Ausuferungspotentiale“, die ein solches grundsätzliches „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ rechtfertigen (vgl. dazu auch: BGH, 20.05.2009 – I ZR 218/07, WRP 2009, 1246, Rn. 12 – E-Mail-Werbung II, mit Verweis auf BGH, 11.03.2014 – I ZR 81/01, WRP 2004, 731 – E-Mail-Werbung).

3. Hiernach ist bei unerwünschter E-Mail-Werbung im Grundsatz von der Rechtswidrigkeit des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (respektive das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) des Empfängers bei Ansprüchen nach § 823 Abs. 1 i. V. m. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB auszugehen. Für die bei derartigen Ansprüchen auf der Ebene der Rechtswidrigkeit des Eingriffs vorzunehmende Interessenabwägung kann dabei nicht mehr ausschlaggebend sein, ob es sich etwa um eine erstmalige E-Mail handelt oder aber um weitere E-Mails nach einer zwischenzeitlichen ausdrücklichen Willensbekundung des Empfängers, keine Werbung (mehr) erhalten zu wollen. Dies würde im Hinblick auf die vorgenannte und europarechtlich zwingende Argumentation zu – nicht sinnvoll aufzulösenden – Wertungswidersprüchen und Abgrenzungsschwierigkeiten in der Praxis führen.

Es besteht auch kein gegenüber den Rechtspositionen des Empfängers derartiger E-Mails schützenswertes Interesse, z. B. von Unternehmen, entgegen einer solch klaren gesetzgeberischen Grundannahme („Opt-in-Modell“), die Möglichkeit zu erhalten, etwa im Bereich von Transaktions-E-Mails kostengünstige und erhofft aufmerksamkeitsstarke Werbung betreiben und praktisch zumindest einen „Freischuss“ beanspruchen zu können, bis der Empfänger das „Opt-out“ wählt bzw. contra legem darauf angewiesen ist, um keine unerwünschte Werbung mehr zu erhalten. Dies zumal man dem Grunde nach einer in derartigen Transaktions-E-Mails platzierten Werbung auch einen gegenüber „herkömmlicher“ E-Mail-Werbung sogar noch gesteigerten Belästigungscharakter zuschreiben kann. Der Empfänger sieht sich angehalten bzw. sogar genötigt, die entsprechende E-Mail – gleichwohl er diese regelmäßig selbst überhaupt nicht angefordert hat – zu öffnen und ihren Inhalt wahrzunehmen, da sie aus der Perspektive des Empfängers z. B. eine Reaktion auf seine jeweilige Aktion oder Eingabe darstellt. Werbliche Inhalte müssen vom Empfänger – gerade wenn sie dezent und subtil integriert werden – abgegrenzt und sondiert werden; zusätzlich integrierte werbliche Inhalte sind regelmäßig nicht unmittelbar erkennbar. Die Bewertung von (Arbeits-)Aufwand auf Seiten des Empfängers ist mit der dargestellten, eindeutigen gesetzlichen Wertung jedenfalls dann kein Kriterium mehr, wenn dieser überhaupt entsteht – was stets der Fall ist. Eine andere Bewertung ergibt sich dabei auch nicht daraus, dass z. B. eine Autoreply-Eingangsbestätigung an sich gegebenenfalls einen Mehrwert für den Empfänger bietet und ein (nur mutmaßliches) Interesse des Empfängers daran bestehen mag, namentlich sich

hieraus zumindest ein Indiz für die erfolgreiche Übermittlung einer Nachricht oder z. B. einer Registrierung oder Anfrage ergibt (a. A. wohl: *Schirnbacher/Schätzle*, WRP 2014, 1143, 1145).

- 8 4. Abwägungsmöglichkeiten hinsichtlich der Rechtswidrigkeit bestehen indes bei der Beurteilung der Frage, ob die jeweils fragliche Transaktions-E-Mail überhaupt Werbung enthält oder nicht; mithin ob die in der betreffenden E-Mail getätigte Äußerung dem maßgeblichen Begriff der Werbung unterfällt (vgl. Art. 2 lit. a der Richtlinie 2006/114/EG). Der Werbebegriff ist an der Feststellung des aus der fraglichen Äußerung erkennbaren Ziels der Absatzförderung ausgerichtet (vgl. *Gramespacher*, Kommentar zu OLG München, 27.09.2012 – 29 U 1682/12 – Bestätigungsaufforderung, WRP 2013, 113, Rn. 4, 7) und geht über eine bloße Informationsfunktion sowie eine adäquate Kommunikation etwa von Unternehmensdaten und -präsentationen (z. B. Website, facebook, twitter u. ä.) hinaus. Im vorliegenden Fall konnte mit der Werbung der Beklagten für einen SMS-Unwetterservice und die bezeichnete App eine zielgerichtete unmittelbare Absatzförderung wohl recht zwanglos angenommen werden. Hier stellt der VI. Senat auch im Ergebnis zutreffend heraus, dass der Werbecharakter einer E-Mail-Nachricht nicht durch deren weitere Funktion als – an sich zulässige – Eingangsbestätigung aufgehoben bzw. relativiert werden kann (Rn. 19 der Entscheidung). Handelt es sich insoweit um eine E-Mail mit „Doppelfunktion“ führt der zulässige Teil weder reflexartig noch in der Tendenz zu einer Rechtmäßigkeit des werblichen – unzulässigen – Teils im Übrigen.
- 9 Zudem kann auch der restriktive Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG bei der Interessenabwägung im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB Berücksichtigung finden. Diese Regelung soll Art. 13 Abs. 2 der Datenschutzrichtlinie umsetzen und ist damit ebenfalls auf Wertungsebene bei derartigen Ansprüchen aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch heranzuziehen. Die in § 7 Abs. 3 UWG normierte Ausnahme für zulässige Werbung mittels elektronischer Post – ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung – dient damit auf Wertungsebene als „Gestaltungs- und Kriterienkatalog“ für die Bestimmung zulässiger E-Mail-Werbung auch im Rahmen von Transaktions- oder Autoresponder-E-Mails und deren Beurteilung nach den einschlägigen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Mit allen Konsequenzen: So ist etwa auf die Möglichkeit des Widerspruchs hinzuweisen (§ 7 Abs. 3 Nr. 4 UWG) und es muss stets sichergestellt sein, dass solche Werbebotschaften auch unmittelbar beachtet werden. Weitere Zumutbarkeitserwägungen sind aufgrund der klaren Stoßrichtung der gesetzlichen Vorgaben und des daraus gebotenen Gleichlaufs der einschlägigen Tatbestände im Lauterkeitsrecht sowie im Bürgerlichen Recht regelmäßig ausgeschlossen. Bezogen auf den entschiedenen Fall kann sodann festgestellt werden, dass es sich bei den von der Beklagten beworbenen Services auch nicht um mit einer Versicherung „ähnlichen Waren oder Dienstleistungen“ der Beklagten handelte (vgl. § 7 Abs. 3 Nr. 2 UWG – Stichwort: „Up-selling“ vs. „Cross-selling“).
- 10 5. Der Entscheidung des VI. Zivilsenats mag zwar im Ergebnis für den entschiedenen Fall zuzustimmen sein, in ihrer Begründung ist sie aber unbefriedigend. Die offen gelassene Frage der Rechtswidrigkeit bereits der Ausgangs-E-Mail gibt unnötigen Raum für Spekulationen und führt damit letztlich zu einer gewissen Rechtsunsicherheit. Dies hätte der Senat mit einer Begründung auf der – bereits angedeuteten – Linie und auch im Einklang mit der Rechtsprechung des I. Zivilsenats und den europarechtlichen Vorgaben vermeiden können. Bereits die erste Autoreply-E-Mail stellte hier eine unzulässige Werbung und damit einen rechtswidrigen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Empfängers dar.

Liegt also in jeder Autoreply-E-Mail, die Werbung enthält, eine – rechtswidrige – unzumutbare Belästigung des Empfängers, wenn hierfür keine vorherige und ausdrückliche Einwilligung vorliegt? Grundsätzlich „ja“, mit ein wenig „vielleicht“, d. h. sehr wenigen, restriktiven Ausnahmen (vgl. insbesondere die Wertung von § 7 Abs. 3 UWG). Dies gilt in Harmonisierung der gesetzgeberischen Grundentscheidung ex lege sowohl für die einschlägigen lauterkeitsrechtlichen als auch für die bürgerlich-rechtlichen Tatbestände.

RA Thomas Ch. Gramespacher, Bonn\*

## Wettbewerbsrecht

### Bestell-Button

#### UWG § 3a; BGB § 312j Abs. 2 und 3

OLG Köln, Urteil vom 03.02.2016 – 6 U 39/15

Vorinstanz: LG Köln, 05.03.2015 – 31 O 247/14

**1. Die Gestaltung der Schaltfläche zur Bestellung eines Leistungspakets, bestehend aus einer Premium-Mitgliedschaft, eines Streaming-Dienstes und eines DVD-Verleihs mit der Aufschrift „Jetzt gratis testen – danach kostenpflichtig“ verstößt gegen § 312j Abs. 3 BGB, wonach eine solche Schaltfläche mit nichts anderem als den Wörtern „zahlungspflichtig bestellen“ oder mit einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet werden darf.**

**2. § 312j BGB Abs. 2 BGB fordert die Angabe eines Gesamtpreises pro Abrechnungszeitraum, wenn der Kunde mehrere Dienstleistungen aus dem Paket auswählt und wenn aus der Sicht des angesprochenen Verbrauchers ein einheitliches Leistungsangebot vorliegt, das Gegenstand eines einheitlichen Vertragsschlusses ist.**

### Aus den Gründen:

I. Der Kläger ist der Bundesverband für Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände. Die Beklagte veräußert im Internet über die Plattform [www.amazon.de](http://www.amazon.de) Waren. Daneben bietet sie Kunden eine Premium-Mitgliedschaft („Prime“, einschließlich Streaming-Dienst), einen Streaming-Dienst („Prime Instant Video“) für 7,99 € monatlich und einen DVD-Verleih („Lovefilm DVD Verleih“) ebenfalls für 7,99 € monatlich an. Der Bestellvorgang auf der Internetseite der Beklagten für diese Angebote gliederte sich im Frühjahr 2014 in verschiedene Schritte. Zunächst konnte der Kunde eines der Angebote per Mausclick auswählen. Setzte er zusätzlich in einem entsprechenden Kästchen einen Haken, wurden die Angebote „Prime“ oder „Prime Instant Video“ um den DVD-Verleih ergänzt. Nach Angaben zur Zahlungsweise und zur Adresse gelangte der Kunde schließlich zu dem mit „Angaben bestätigen“ überschriebenen letzten Schritt. Dort war zunächst neben Informationen über u. a. den Preis der jeweils gewählten Leistung/en und einen Gratiszeitraum von 30 Tagen eine Schaltfläche mit der Aufschrift „Jetzt anmelden“ vorgesehen. Nach erfolgloser Abmahnung im März 2014 änderte die Beklagte die Aufschrift der Schaltfläche in „Jetzt gratis testen – danach kostenpflichtig“. Eine weitere Änderung lehnte sie ab.

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 539.