

Volltext zu:	MIR 2021, Dok. 093
Veröffentlicht in:	MIR 11/2021
Gericht:	EuGH
Aktenzeichen:	C-102/20 - StWL Städtische Werke Lauf a. d. Pegnitz
Entscheidungsdatum:	25.11.2021
ECLI:	ECLI:EU:C:2021:954
Vorinstanz(en):	BGH, 30.01.2020 - I ZR 25/19 - Inbox-Werbung OLG Nürnberg, 15.01.2019 - 3 U 724/18
Bearbeiter:	Rechtsanwalt Thomas Ch. Gramespacher
Permanenter Link MIR-Dok.:	http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=3135

medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar. Inhaltliche/redaktionelle Fehler vorbehalten.

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Dritte Kammer)

25. November 2021

In der Rechtssache C-102/20

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Bundesgerichtshof (Deutschland) mit Entscheidung vom 30. Januar 2020, beim Gerichtshof eingegangen am 26. Februar 2020, in dem Verfahren

StWL Städtische Werke Lauf a. d. Pegnitz GmbH

gegen

eprimo GmbH,

Beteiligte:

Interactive Media CCSP GmbH,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Dritte Kammer)

unter Mitwirkung (...) aufgrund des schriftlichen Verfahrens, unter Berücksichtigung der Erklärungen (...) nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 24. Juni 2021

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 2 Abs. 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) (ABl. 2002, L 201, S. 37) in der durch die Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 (ABl. 2009, L 337, S. 11) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 2002/58) sowie von Anhang I Nr. 26 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) (ABl. 2005, L 149, S. 22, Berichtigung in ABl. 2009, L 253, S. 18).

2 Es ergeht im Rahmen zweier Rechtsstreitigkeiten zwischen der StWL Städtische Werke Lauf a. d. Pegnitz GmbH (im Folgenden: StWL) und der eprimo GmbH – zwei Gesellschaften, die Strom an Endkunden liefern – wegen einer Werbemaßnahme, die von der Interactive Media CCSP GmbH im Auftrag von eprimo durchgeführt wird und in der Einblendung von Werbenachrichten in der Inbox von Nutzern des kostenfreien E-Mail-Dienstes „T-Online“ besteht.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

3 Die Erwägungsgründe 4 und 40 der Richtlinie 2002/58 lauten:

„(4) Mit der Richtlinie 97/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation [ABl. 1998, L 24, S. 1] wurden die Grundsätze 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 (ABl. 1995, L 281, S. 31)] in spezielle Vorschriften für den Telekommunikationssektor umgesetzt. Die Richtlinie 97/66/EG muss an die Entwicklungen der Märkte und Technologien für elektronische Kommunikationsdienste angepasst werden, um den Nutzern öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste unabhängig von der zugrunde liegenden Technologie den gleichen Grad des Schutzes personenbezogener Daten und der Privatsphäre zu bieten. Jene Richtlinie ist daher aufzuheben und durch die vorliegende Richtlinie zu ersetzen. (...)

(40) Es sollten Vorkehrungen getroffen werden, um die Teilnehmer gegen die Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung, insbesondere durch automatische Anrufsysteme, Faxgeräte und elektronische Post, einschließlich SMS, zu schützen. Diese Formen von unerbetenen Werbenachrichten können zum einen relativ leicht und preiswert zu versenden sein und zum anderen eine Belastung und/oder einen Kostenaufwand für den Empfänger bedeuten. Darüber hinaus kann in einigen Fällen ihr Umfang auch Schwierigkeiten für die elektronischen Kommunikationsnetze und die Endgeräte verursachen. Bei solchen Formen unerbetener Nachrichten zum Zweck der Direktwerbung ist es gerechtfertigt, zu verlangen, die Einwilligung der Empfänger einzuholen, bevor ihnen solche Nachrichten gesandt werden. Der Binnenmarkt verlangt einen harmonisierten Ansatz, damit für die Unternehmen und die Nutzer einfache, [unions]weite Regeln gelten.“

4 Art. 1 Abs. 1 dieser Richtlinie sieht vor:

„(1) Diese Richtlinie sieht die Harmonisierung der Vorschriften der Mitgliedstaaten vor, die erforderlich sind, um einen gleichwertigen Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere des Rechts auf Privatsphäre und Vertraulichkeit, in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der elektronischen Kommunikation sowie den freien Verkehr dieser Daten und von elektronischen Kommunikationsgeräten und -diensten in der [Europäischen Union] zu gewährleisten.“

5 In Art. 2 („Begriffsbestimmungen“) Abs. 2 Buchst. d, f und h der Richtlinie heißt es:

„Weiterhin bezeichnet im Sinne dieser Richtlinie der Ausdruck

d) ‚Nachricht‘ jede Information, die zwischen einer endlichen Zahl von Beteiligten über einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst ausgetauscht oder weitergeleitet wird. Dies schließt nicht Informationen ein, die als Teil eines Rundfunkdienstes über ein elektronisches Kommunikationsnetz an die Öffentlichkeit weitergeleitet werden, soweit die Informationen nicht mit dem identifizierbaren Teilnehmer oder Nutzer, der sie erhält, in Verbindung gebracht werden können; (...)

f) ‚Einwilligung‘ eines Nutzers oder Teilnehmers die Einwilligung der betroffenen Person im Sinne von Richtlinie 95/46/EG; (...)

h) ‚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“.

6 Art. 13 („Unerbetene Nachrichten“) Abs. 1 der Richtlinie bestimmt:

„Die Verwendung von automatischen Anruf- und Kommunikationssystemen ohne menschlichen Eingriff (automatische Anrufmaschinen), Faxgeräten oder elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung darf nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer oder Nutzer gestattet werden.“

7 Der 67. Erwägungsgrund der Richtlinie 2009/136 lautet:

„Vorkehrungen, die getroffen werden, um die Teilnehmer gegen ein Eindringen in ihre Privatsphäre durch unerbetene Direktwerbenachrichten per elektronischer Post zu schützen, sollten auch für SMS- und [Multimedienachrichten (MMS)] sowie für ähnliche Anwendungen gelten.“

8 Art. 2 Buchst. h der Richtlinie 95/46/EG lautet:

„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck (...)

h) ‚Einwilligung der betroffenen Person‘ jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden.“

9 In Art. 94 („Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG“) Abs. 2 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. 2016, L 119, S. 1) heißt es:

„Verweise auf die aufgehobene Richtlinie gelten als Verweise auf die vorliegende Verordnung. (...“

10 Art. 4 Nr. 11 dieser Verordnung bestimmt:

„Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck: (...)

11. ‚Einwilligung‘ der betroffenen Person jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist;“

11 Der 17. Erwägungsgrund der Richtlinie 2005/29 lautet:

„(17) Es ist wünschenswert, dass diejenigen Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen unlauter sind, identifiziert werden, um größere Rechtssicherheit zu schaffen. Anhang I enthält daher eine umfassende Liste solcher Praktiken. Hierbei handelt es sich um die einzigen Geschäftspraktiken, die ohne eine Beurteilung des Einzelfalls anhand der Bestimmungen der Artikel 5 bis 9 als unlauter gelten können. Die Liste kann nur durch eine Änderung dieser Richtlinie abgeändert werden.“

12 Art. 5 dieser Richtlinie bestimmt:

„(1) Unlautere Geschäftspraktiken sind verboten.

(2) Eine Geschäftspraxis ist unlauter, wenn

a) sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht

und

b) sie in Bezug auf das jeweilige Produkt das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet oder des durchschnittlichen Mitglieds einer Gruppe von Verbrauchern, wenn sich eine Geschäftspraxis an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, wesentlich beeinflusst oder dazu geeignet ist, es wesentlich zu beeinflussen. (...)

(4) Unlautere Geschäftspraktiken sind insbesondere solche, die

a) irreführend im Sinne der Artikel 6 und 7

oder

b) aggressiv im Sinne der Artikel 8 und 9 sind.

(5) Anhang I enthält eine Liste jener Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind. Diese Liste gilt einheitlich in allen Mitgliedstaaten und kann nur durch eine Änderung dieser Richtlinie abgeändert werden.“

13 In Art. 8 der Richtlinie heißt es:

„Eine Geschäftspraxis gilt als aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Durchschnittsverbrauchers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung, einschließend der Anwendung körperlicher Gewalt, oder durch unzulässige Beeinflussung tatsächlich oder voraussichtlich erheblich beeinträchtigt und dieser dadurch tatsächlich oder voraussichtlich dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“

14 Nr. 26 von Anhang I der Richtlinie, der eine Liste der Geschäftspraktiken enthält, die unter allen Umständen als unlauter anzusehen sind, lautet:

„Aggressive Geschäftspraktiken (...)

26. Kunden werden durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien geworben, außer in Fällen und in den Grenzen, in denen ein solches Verhalten nach den nationalen Rechtsvorschriften gerechtfertigt ist, um eine vertragliche Verpflichtung durchzusetzen. Dies gilt unbeschadet (...) der Richtlinien 95/46/EG und 2002/58 (...)"

Deutsches Recht

15 § 3 Abs. 1 und 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (vom 3. Juli 2004, BGBl. 2004 I S. 1414) lautet in seiner auf den Ausgangsrechtsstreit anwendbaren Fassung:

„(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig.

(2) Geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, sind unlauter, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen.“

16 In § 5a („Irreführung durch Unterlassen“) Abs. 6 UWG heißt es:

„Unlauter handelt (...), wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“

17 § 7 UWG bestimmt:

„(1) Eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, ist unzulässig. Dies gilt insbesondere für Werbung, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht.

(2) Eine unzumutbare Belästigung ist stets anzunehmen

1. bei Werbung unter Verwendung eines in den Nummern 2 und 3 nicht aufgeführten, für den Fernabsatz geeigneten Mittels der kommerziellen Kommunikation, durch die ein Verbraucher hartnäckig angesprochen wird, obwohl er dies erkennbar nicht wünscht; (...)

3. bei Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt, oder

4. bei Werbung mit einer Nachricht,

a) bei der die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird (...)"

18 In § 8 UWG heißt es:

„(1) Wer eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine derartige Zuwiderhandlung gegen § 3 oder § 7 droht. (...)

(3) Die Ansprüche aus Absatz 1 stehen zu:

1. jedem Mitbewerber; (...)"

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

19 Aus der Vorlageentscheidung geht hervor, dass StWL und eprimo zwei miteinander im Wettbewerb stehende Stromlieferanten sind. Im Auftrag von eprimo schaltete Interactive Media CCSP, eine Werbeagentur, Werbeeinblendungen in E-Mail-Postfächern von Nutzern des E-Mail-Dienstes T-Online. Dieser Dienst wird durch von den Werbekunden bezahlte Werbung finanziert und den Nutzern unentgeltlich zur Verfügung gestellt.

20 Die Werbeeinblendungen erschienen in der Inbox der privaten E-Mail-Postfächer der Nutzer, d. h. in dem Bereich, in dem die eingegangenen E-Mails listenförmig angezeigt werden, eingebettet in eingegangene E-Mails.

21 Die Nutzer erhielten so am 12. Dezember 2016, am 13. Januar 2017 und am 15. Januar 2017 Werbenachrichten in ihren Inboxes. Darin erschienen Einträge, die sich optisch von der Liste der anderen E-Mails des Kontonutzers nur dadurch unterschieden, dass das Datum durch die Angabe „Anzeige“ ersetzt war, dass kein Absender angegeben war und dass der Text grau unterlegt war. Die Betreffangabe des Listeneintrags enthielt einen Text zur Bewerbung vorteilhafter Preise für Strom und Gas.

22 In technischer Hinsicht ist auf der vom Nutzer eines solchen E-Mail-Postfachs aufgerufenen Internetseite an der entsprechenden Stelle der Inbox ein JavaScript-Code eines Adservers (TAG) eingebunden. Daher wird dann, wenn der Nutzer die Seite öffnet, eine Anfrage (Adrequest) an den Adserver gesendet, der sodann ein Werbebanner aus dem von den Werbekunden gebildeten Pool auswählt und dieses so übermittelt, dass es in der Inbox des Nutzers eingeblendet wird. Klickt der Nutzer auf die eingeblendete Werbung, wird die Eingabe an den Adserver weitergeleitet, der den Klick protokolliert und den Browser auf die Seite des Werbenden weiterleitet.

23 Die Funktionalität des E-Mail-Dienstes T-Online behandelt den Eingang der fraglichen Werbenachricht in der Inbox der Nutzer dieses E-Mail-Systems anders als gewöhnliche E-Mails: Diese Werbenachricht, die in Form einer E-Mail erscheint, kann aus der Liste gelöscht, aber weder archiviert noch geändert oder übermittelt werden, und es ist nicht möglich, darauf zu antworten. Schließlich wird diese Werbenachricht nicht in die Gesamtzahl der E-Mails in der Inbox eingerechnet und belegt dort auch keinen Speicherplatz.

24 StWL war der Ansicht, dass diese Werbepaxis, bei der elektronische Post ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten verwendet werde, gegen die Vorschriften über unlauteren Wettbewerb verstoße, da sie eine „unzumutbare Belästigung“ im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG darstelle und irreführend im Sinne von § 5a Abs. 6 UWG sei. StWL nahm eprimo daher vor dem Landgericht Nürnberg-Fürth auf Unterlassung in Anspruch. Dieses Gericht gab der Klage von StWL statt und verurteilte eprimo unter Androhung von Ordnungsmitteln, eine solche Werbung im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Strom an Letztverbraucher auf dem E-Mail-Konto von T-Online.de zu unterlassen.

25 Auf die von eprimo beim Oberlandesgericht Nürnberg (Deutschland) eingelegte Berufung stellte dieses Gericht fest, dass die beanstandete Platzierung der Werbung in der Inbox der privaten T-Online-E-Mail-Postfächer keine wettbewerbsrechtlich unzulässige geschäftliche Handlung sei.

26 Insbesondere stelle zum einen die Werbung der Beklagten keine unzumutbare Belästigung unter Verwendung „elektronischer Post“ im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG dar, da diese Werbung nicht als „elektronische Post“ im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden könne. Jedenfalls führe die streitige Werbung – über die „normale“ belästigende Wirkung von Werbung hinaus – nicht zu Belastungen oder Kosten des Nutzers des E-Mail-Dienstes T-Online und verursache daher keine „unzumutbare Belästigung“ im Sinne der Generalklausel des § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG, insbesondere in Anbetracht der Kostenfreiheit dieses E-Mail-Dienstes.

27 Zum anderen vertrat dieses Gericht die Auffassung, dass die fragliche Werbung nicht gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. a UWG unzulässig sei, da es sich nicht um Werbung mit Nachrichten handle. Auch § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG sei nicht anwendbar, da er ein „Ansprechen“ im Sinne eines „Bedrängens“ eines Verbrauchers voraussetze, woran es vorliegend fehle. Da die Anzeigen der Beklagten ihren werblichen Charakter nicht verschleierten, könne im Übrigen keine Unlauterkeit wegen Irreführung gemäß § 5a Abs. 6 UWG angenommen werden.

28 Der mit der von StWL eingelegten Revision befasste Bundesgerichtshof (Deutschland) ist der Auffassung, dass der Erfolg der Revision von der Auslegung von Art. 2 Abs. 2 Buchst. d und h und Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 sowie Anhang I Nr. 26 der Richtlinie 2005/29 abhängt.

29 Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts könnte das eprimo vorgeworfene Verhalten nämlich gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG, der Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 umsetze, unzulässig sein. Auch komme in Betracht, dass die Werbung gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG, der Anhang I Nr. 26 der Richtlinie 2005/29 umsetze, unzulässig sei.

30 Insoweit ersucht das vorlegende Gericht den Gerichtshof um Klärung der Kriterien, die für den Begriff „elektronische Post“ im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. h der Richtlinie 2002/58 und den Begriff „Verwendung“ elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 dieser Richtlinie gelten. Außerdem ersucht das vorlegende Gericht den Gerichtshof, die Kriterien des „Ansprechens“ im Sinne von Anhang I Nr. 26 der Richtlinie 2005/29 zu präzisieren.

31 Unter diesen Umständen hat der Bundesgerichtshof beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist der Begriff des Verschickens im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. h der Richtlinie 2002/58 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 vorgesehenen 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 Abs. 2 Buchst. h der Richtlinie 2002/58 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 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 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 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?

Zu den Vorlagefragen

Zu den Fragen 1 bis 4

32 Mit seinen Fragen 1 bis 4, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorliegende Gericht zum einen wissen, ob Art. 2 Buchst. h und Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 dahin auszulegen sind, dass die Kriterien für den Begriff „elektronische Post“ im Sinne dieser Bestimmungen erfüllt sind, wenn eine Werbenachricht nach dem Öffnen der passwortgeschützten Internetseite, die einem E-Mail-Konto entspricht, auf bestimmten dafür vorgesehenen Flächen der E-Mail-Inbox eines nach dem Zufallsprinzip ausgewählten Nutzers angezeigt wird, und zum anderen, ob Art. 13 Abs. 1 dieser Richtlinie dahin auszulegen ist, dass eine solche Werbemaßnahme nur dann unter den Begriff „Verwendung ... elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung“ im Sinne dieser Bestimmung – die verlangt, dass der Nutzer des betreffenden E-Mail-Systems seine vorherige Einwilligung zu einer solchen Maßnahme erklärt hat – fällt, wenn eine Belastung des Nutzers festgestellt wird, die über eine Belästigung hinausgeht.

33 Für die Beantwortung dieser Fragen ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 2002/58 nach ihrem Art. 1 Abs. 1 u. a. eine Harmonisierung der Vorschriften der Mitgliedstaaten vorsieht, die erforderlich sind, um einen gleichwertigen Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere des Rechts auf Privatsphäre und Vertraulichkeit, in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der elektronischen Kommunikation zu gewährleisten.

34 Wie im 40. Erwägungsgrund dieser Richtlinie ausgeführt wird, zielt diese u. a. darauf ab, die Teilnehmer gegen die Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung, insbesondere durch automatische Anrufsysteme, Faxgeräte und elektronische Post, einschließlich SMS, zu schützen.

35 Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2002/58 enthält eine weite Definition des Begriffs „Nachricht“, die jede Information umfasst, die zwischen einer endlichen Zahl von Beteiligten über einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst ausgetauscht oder weitergeleitet wird.

36 Insoweit gestattet Art. 13 („Unerbetene Nachrichten“) Abs. 1 dieser Richtlinie die Verwendung verschiedener Arten der Kommunikation, nämlich von automatischen Anrufsystemen ohne menschlichen Eingriff (automatische Anrufmaschinen), Faxgeräten oder elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung, vorausgesetzt, sie erfolgt mit vorheriger Einwilligung der Teilnehmer oder Nutzer.

37 Für die Anwendung dieser Bestimmung ist daher erstens zu prüfen, ob die Art der Kommunikation, die für die Zwecke der Direktwerbung verwendet wird, zu den von dieser Bestimmung erfassten gehört, zweitens, ob diese Kommunikation die Direktwerbung bezweckt, und drittens, ob das Erfordernis einer vorherigen Einwilligung des Nutzers beachtet wurde.

38 Was erstens die elektronischen Kommunikationsmittel anbelangt, mit denen Direktwerbung durchgeführt wird, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass, wie der Generalanwalt in Nr. 53 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, die Liste der im 40. Erwägungsgrund und in Art. 13 Abs. 1 dieser Richtlinie angeführten Kommunikationsmittel nicht erschöpfend ist.

39 Zum einen nimmt nämlich die Richtlinie 2009/136, mit der die Richtlinie 2002/58 geändert wurde, in ihrem 67. Erwägungsgrund auf andere Formen der Kommunikation als die in der Richtlinie 2002/58 genannten Bezug, wenn es dort heißt, dass Vorkehrungen, die getroffen werden, um die Teilnehmer gegen ein Eindringen in ihre Privatsphäre durch unerbetene Direktwerbenachrichten per elektronischer Post zu schützen, „auch für SMS- und MMS-Nachrichten sowie für ähnliche Anwendungen gelten [sollten]“. Zum anderen muss, wie im vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 2002/58 klargestellt wird, das Ziel, sicherzustellen, dass den Nutzern der öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienste der gleichen Grad des Schutzes personenbezogener Daten und der Privatsphäre geboten wird, „unabhängig von der zugrunde liegenden Technologie“ gewährleistet sein, was bestätigt, dass ein weiter und aus technologischer Sicht entwicklungsfähiger Begriff der von dieser Richtlinie erfassten Art von Kommunikation geboten ist.

40 Allerdings ist festzustellen, dass im vorliegenden Fall die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Werbenachricht an die betroffenen Personen unter Verwendung eines der in Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 ausdrücklich genannten Kommunikationsmittel, nämlich der elektronischen Post, verbreitet wurde.

41 Insoweit wird die Werbenachricht aus der Sicht des Adressaten nämlich in der Inbox des Nutzers des E-Mail-Systems, d. h. in einem normalerweise privaten E-Mails vorbehaltenen Bereich, angezeigt. Der Nutzer kann diesen Bereich erst nach Überprüfung des Inhalts der Werbenachricht und nur durch aktives Löschen derselben freimachen, um einen Überblick über seine ausschließlich privaten E-Mails zu erhalten. Klickt der Nutzer auf eine Werbenachricht wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, so wird er zu einer Website mit der betreffenden Werbung weitergeleitet, anstatt mit dem Lesen seiner privaten E-Mails fortfahren zu können.

42 Anders als Werbebanner oder Pop-up-Fenster, die am Rand der Liste mit privaten Nachrichten bzw. separat von diesen erscheinen, behindert die Einblendung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Werbenachrichten in der Liste der privaten E-Mails des Nutzers somit den Zugang zu diesen E-Mails in ähnlicher Weise wie dies bei unerbetenen E-Mails (auch als „Spam“ bezeichnet) der Fall ist, da ein solches Vorgehen die gleiche Entschlussfassung seitens des Teilnehmers erfordert, was die Behandlung dieser Nachrichten betrifft.

43 Wie der Generalanwalt in Nr. 55 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, besteht außerdem, da die Werbenachrichten Zeilen in der Inbox einnehmen, die normalerweise privaten E-Mails vorbehalten sind, und wegen ihrer Ähnlichkeit mit privaten E-Mails, die Gefahr einer Verwechslung zwischen diesen beiden Kategorien von Nachrichten, die dazu führen kann, dass ein Nutzer, der auf die der Werbenachricht entsprechende Zeile klickt, gegen seinen Willen auf eine die betreffende Werbung enthaltende Internetseite weitergeleitet wird, anstatt weiter seine privaten E-Mails zu konsultieren.

44 Wenn aber, wie die Kommission ausgeführt hat, in der Inbox der Internet-Mailbox, d. h. in dem Bereich, in dem sämtliche an den Nutzer gerichteten E-Mails angezeigt werden, Werbeeingänge jedweder Art erscheinen, ist davon auszugehen, dass diese Inbox das Mittel darstellt, mit dem die betreffenden Werbenachrichten diesem Nutzer übermittelt werden, was die Verwendung seiner elektronischen Post für die Zwecke der Direktwerbung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 bedeutet. Das bedeutet, dass die Beklagte und die Streithelferin des Ausgangsverfahrens sowie der beteiligte E-Mail-Provider die Existenz der Liste der privaten E-Mails unter Berücksichtigung des Interesses und des besonderen Vertrauens des Teilnehmers in Bezug auf diese Liste nutzen, um ihre Direktwerbung zu platzieren, indem sie diese wie eine echte E-Mail aussehen lassen.

45 Eine solche Vorgehensweise stellt eine Verwendung elektronischer Post im Sinne von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 dar, die geeignet ist, das mit dieser Bestimmung verfolgte Ziel, die Nutzer vor einer Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung zu schützen, zu beeinträchtigen.

46 Unter diesen Umständen wird die Frage, ob Werbenachrichten wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden selbst die Kriterien erfüllen, die es erlauben würden, sie als „elektronische Post“ im Sinne von Art. 2 Buchst. h dieser Richtlinie einzustufen, überflüssig, da sie den betroffenen Nutzern über ihr E-Mail-Postfach und damit über ihre elektronische Post übermittelt wurden.

47 Was zweitens die Frage betrifft, ob die Nachrichten im Sinne von Art. 13 Abs. 1 der genannten Richtlinie die Direktwerbung bezwecken, ist zu prüfen, ob mit einer solchen Nachricht ein kommerzielles Ziel verfolgt wird und ob sie sich direkt und individuell an einen Verbraucher richtet.

48 Im vorliegenden Fall erlauben es bereits die Art der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Werbenachrichten, die die Bewerbung von Diensten zum Gegenstand haben, und der Umstand, dass sie in der Form

einer E-Mail verbreitet werden, so dass sie direkt in der Inbox des privaten E-Mail-Postfachs des betreffenden Nutzers erscheinen, diese Nachrichten als Nachrichten für die Zwecke der Direktwerbung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 einzustufen.

49 Der Umstand, dass der Adressat dieser Werbenachrichten nach dem Zufallsprinzip ausgewählt wird, was im Rahmen der dritten Frage des vorliegenden Gerichts erwähnt wird, kann diese Schlussfolgerung nicht in Frage stellen.

50 Insoweit genügt der Hinweis, dass, wie der Generalanwalt in Nr. 61 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, die zufällige oder vorbestimmte Auswahl des Empfängers keine Voraussetzung für die Anwendung von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 ist. Das bedeutet, dass es unerheblich ist, ob die betreffende Werbung an einen individuell vorbestimmten Empfänger gerichtet ist oder ob es sich um eine massenhafte und nach dem Zufallsprinzip vorgenommene Verbreitung gegenüber zahlreichen Empfängern handelt. Entscheidend ist, dass eine zu kommerziellen Zwecken vorgenommene Kommunikation vorliegt, die einen oder mehrere Nutzer von E-Mail-Diensten direkt und individuell erreicht, indem sie in der Inbox des E-Mail-Kontos dieser Nutzer eingeblendet wird.

51 Die Adressaten solcher Werbenachrichten sind u. a. als Nutzer eines bestimmten E-Mail-Providers aber individualisiert, da der Nutzer erst Zugang zu seiner Inbox erhält, nachdem er seine Anmeldedaten und sein Passwort eingegeben hat. Folglich erfolgt die Einblendung am Ende dieses Prozesses der Authentifizierung durch den Nutzer in einem privaten Bereich, der ihm vorbehalten und für die Konsultierung der privaten Inhalte in der Form von E-Mails bestimmt ist.

52 Drittens ist, was konkret das in Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 vorgesehene Erfordernis der vorherigen Einwilligung anbelangt, darauf hinzuweisen, dass eine Nachricht, wenn sie in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fällt, unter der Voraussetzung gestattet ist, dass ihr Empfänger zuvor darin eingewilligt hat.

53 Insoweit ergibt sich aus Art. 2 Abs. 2 Buchst. f der Richtlinie 2002/58 in Verbindung mit Art. 94 Abs. 2 der Verordnung 2016/679, dass diese Einwilligung den Anforderungen des Art. 2 Buchst. h der Richtlinie 95/46 bzw. des Art. 4 Nr. 11 der genannten Verordnung genügen muss, je nachdem, welche der beiden Vorschriften in zeitlicher Hinsicht auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens anwendbar ist.

54 Art. 2 Buchst. h der Richtlinie 95/46 definiert den Begriff „Einwilligung“ als „jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden“.

55 Dieselbe Anforderung gilt auch im Rahmen der Verordnung 2016/679. Art. 4 Nr. 11 dieser Verordnung definiert die „Einwilligung der betroffenen Person“ nämlich dahin, dass eine „freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene“ Willensbekundung der betroffenen Person in Form einer Erklärung oder einer „eindeutigen bestätigenden Handlung“ erforderlich ist, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.

56 Was eine Unterlassungsklage gegen eine unzulässige geschäftliche Handlung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende anbelangt, ist, wie der Generalanwalt in Nr. 50 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, nicht ausgeschlossen, dass auch die Verordnung 2016/679, sofern das von StWL angestrebte Verfahren darauf abzielen sollte, dass eprimo ihr Verhalten künftig unterlässt, in zeitlicher Hinsicht im Rahmen des Ausgangsrechtsstreits anwendbar ist, obwohl der Sachverhalt, der diesem Rechtsstreit zugrunde liegt, vor dem 25. Mai 2018 liegt, dem Tag, an dem diese Verordnung anwendbar wurde und die Richtlinie 95/46 mit Wirkung von diesem Tag durch diese Verordnung aufgehoben wurde.

57 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass eine solche Einwilligung zumindest in einer Willensbekundung zum Ausdruck kommen muss, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt.

58 Im vorliegenden Fall geht aus den dem Gerichtshof vorgelegten Akten hervor, dass der E-Mail-Dienst T-Online bei der Registrierung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden E-Mail-Adresse den Nutzern in Form zweier Kategorien von E-Mail-Diensten angeboten wird, nämlich zum einen einen unentgeltlichen E-Mail-Dienst, der durch Werbung finanziert wird, und zum anderen einen entgeltlichen E-Mail-Dienst ohne Werbung. Somit sind die Nutzer, die wie im Ausgangsverfahren die unentgeltliche Variante wählen, damit einverstanden, Werbeeinblendungen zu erhalten, um kein Entgelt für die Nutzung dieses E-Mail-Dienstes zahlen zu müssen.

59 Insoweit ist es jedoch Sache des vorlegenden Gerichts, festzustellen, ob der betroffene Nutzer, der sich für die unentgeltliche Variante des E-Mail-Dienstes T-Online entschieden hat, ordnungsgemäß über die genauen Modalitäten der Verbreitung einer solchen Werbung informiert wurde und tatsächlich darin einwilligte, Werbenachrichten wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden zu erhalten. Insbesondere muss zum einen festgestellt werden, dass dieser Nutzer klar und präzise u. a. darüber informiert wurde, dass Werbenachrichten in der Liste der empfangenen privaten E-Mails angezeigt werden, und zum anderen, dass er seine Einwilligung, solche Werbenachrichten zu erhalten, für den konkreten Fall und in voller Kenntnis der Sachlage bekundet hat (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. November 2020, Orange Romania, C-61/19, EU:C:2020:901, Rn. 52).

60 Schließlich ist zur Beantwortung der vierten Frage, mit der das vorlegende Gericht wissen möchte, ob für die Einstufung einer Werbemaßnahme wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden als „Verwendung ... elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung“ im Sinne von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 festgestellt werden muss, dass die Belastung des Nutzers über eine Belästigung hinausgeht, klarzustellen, dass diese Richtlinie die Einhaltung eines solchen Erfordernisses nicht vorschreibt.

61 Wie der Generalanwalt in Nr. 62 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, ergibt sich nämlich aus dem 40. Erwägungsgrund dieser Richtlinie, dass das in der genannten Bestimmung vorgesehene Erfordernis der vorherigen Einwilligung seine Erklärung u. a. darin findet, dass für die Zwecke der Direktwerbung vorgenommene unerbetene Nachrichten „eine Belastung und/oder einen Kostenaufwand für den Empfänger bedeuten“ können. Da solche Nachrichten in den Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 fallen, braucht somit nicht geprüft zu werden, ob die Belastung, die sich daraus für den Empfänger ergibt, über eine Belästigung hinausgeht.

62 Im vorliegenden Fall steht zudem fest, dass eine Werbemaßnahme wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende dem betroffenen Nutzer tatsächlich eine Belastung auferlegt, da die Einblendung der Werbenachrichten in der Liste der privaten E-Mails des Nutzers, wie in Rn. 42 des vorliegenden Urteils ausgeführt worden ist, dadurch, dass sie den Zugang zu diesen E-Mails in ähnlicher Weise behindert wie dies bei unerbetenen E-Mails (Spam) der Fall ist, die gleiche Entschlussfassung seitens des Teilnehmers erfordert, was die Behandlung dieser Nachrichten betrifft.

63 Nach alledem ist auf die Fragen 1 bis 4 zu antworten, dass Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 dahin auszulegen ist, dass die Einblendung von Werbenachrichten in der Inbox eines Nutzers eines E-Mail-Dienstes in einer Form, die der einer tatsächlichen E-Mail ähnlich ist, und an derselben Stelle wie eine solche E-Mail, eine „Verwendung ... elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung“ im Sinne dieser Bestimmung darstellt, ohne dass die Bestimmung der Empfänger dieser Nachrichten nach dem Zufallsprinzip oder die Belastung, die dem Nutzer auferlegt wird, insoweit von Bedeutung sind, da diese Verwendung nur unter der Voraussetzung gestattet ist, dass der Nutzer klar und präzise über die Modalitäten der Verbreitung solcher Werbung, namentlich in der Liste der empfangenen privaten E-Mails, informiert wurde und seine Einwilligung, solche Werbenachrichten zu erhalten, für den konkreten Fall und in voller Kenntnis der Sachlage bekundet hat.

Zur fünften Frage

64 Mit seiner fünften Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Anhang I Nr. 26 der Richtlinie 2005/29 dahin auszulegen ist, dass ein Vorgehen, das darin besteht, in der Inbox eines Nutzers eines E-Mail-Dienstes Werbenachrichten in einer Form, die der einer tatsächlichen E-Mail ähnlich ist, und an derselben Stelle wie eine solche E-Mail einzublenden, unter den Begriff des „harnäckigen und unerwünschten Ansprechens“ der Nutzer von E-Mail-Diensten im Sinne dieser Bestimmung fällt.

65 Art. 5 Abs. 1 dieser Richtlinie verbietet unlautere Geschäftspraktiken und legt in seinem Abs. 2 die Kriterien fest, anhand deren festgestellt werden kann, ob eine Geschäftspraxis unlauter ist.

66 Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie 2005/29 stellt klar, dass unlautere Geschäftspraktiken insbesondere solche sind, die „irreführend“ im Sinne der Art. 6 und 7 dieser Richtlinie oder „aggressiv“ im Sinne der Art. 8 und 9 der Richtlinie sind.

67 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 2005/29 die Regeln über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern auf Unionsebene vollständig harmonisiert und in ihrem Anhang I eine abschließende Liste von 31 Geschäftspraktiken aufstellt, die gemäß Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie „unter allen Umständen“ als unlauter anzusehen sind. Folglich handelt es sich dabei, wie im 17. Erwägungsgrund der Richtlinie ausdrücklich klargestellt wird, um die einzigen Geschäftspraktiken, die – ohne eine Beurteilung des Einzelfalls anhand der Bestimmungen der Art. 5 bis 9 der genannten Richtlinie – als solche als unlauter

gelten können (Urteil vom 2. September 2021, Peek & Cloppenburg, C-371/20, EU:C:2021:674, Rn. 34 und die dort angeführte Rechtsprechung).

68 So gilt es nach Anhang I Nr. 26 der Richtlinie 2005/29 als „Geschäftspraktik, die unter allen Umständen unlauter ist“, in Gestalt einer aggressiven Geschäftspraktik, wenn von einem Gewerbetreibenden „Kunden ... durch hartnäckiges und unerwünschtes Ansprechen über Telefon, Fax, E-Mail oder sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien geworben [werden], außer in Fällen und in den Grenzen, in denen ein solches Verhalten nach den nationalen Rechtsvorschriften gerechtfertigt ist, um eine vertragliche Verpflichtung durchzusetzen“.

69 Wie in den Rn. 48, 50 und 51 des vorliegenden Urteils ausgeführt worden ist, ist eine Werbenachricht wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende als direkt und individuell an den betreffenden Nutzer gerichtet anzusehen, da sie in der Form einer E-Mail verbreitet wird und unmittelbar in der privaten Inbox des E-Mail-Systems des betreffenden Nutzers in einem privaten, passwortgeschützten Bereich eingeblendet wird, der ihm vorbehalten ist und in dem er nur individuell an ihn gerichtete Nachrichten erwartet.

70 Aufgrund dessen ist die Wirkung dieser Nachricht, wie der Generalanwalt in Nr. 71 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, mithin der einer individualisierten Direktwerbung ähnlich, unabhängig davon, ob der Werbende den konkreten Empfänger bei der technischen Bereitstellung der betreffenden Nachricht individualisiert hat oder nicht und ob diese Nachricht hinsichtlich Speicherplatz und Funktionalitäten im Zusammenhang mit der Behandlung einer tatsächlichen E-Mail anders behandelt wird als E-Mails oder nicht.

71 Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass eine solche Werbenachricht ein „Ansprechen“ der Nutzer von E-Mail-Diensten im Sinne von Anhang I Nr. 26 der Richtlinie 2005/29 darstellt.

72 Es ist jedoch noch zu prüfen, ob ein solches Ansprechen „hartnäckig und unerwünscht“ ist, so dass es unter allen Umständen nach dieser Bestimmung untersagt sein muss.

73 Hierzu ist zum einen festzustellen, dass die betroffenen Nutzer, wie in Rn. 21 des vorliegenden Urteils ausgeführt worden ist, in der Inbox ihrer privaten E-Mail-Postfächer drei Mal Werbenachrichten erhalten haben, nämlich am 12. Dezember 2016, am 13. Januar 2017 und am 15. Januar 2017. Unter diesen Umständen ist ein solches Ansprechen, auch in Anbetracht seiner Häufigkeit innerhalb eines begrenzten Zeitraums, als „hartnäckig“ im Sinne von Anhang I Nr. 26 der Richtlinie 2005/29 anzusehen, wie das vorliegende Gericht festgestellt hat.

74 Zum anderen ist hinsichtlich des „Unerwünschtseins“ einer solchen Werbemaßnahme im Sinne der genannten Nr. 26 zu prüfen, ob die Einblendung einer Werbenachricht wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden diese Voraussetzung erfüllt, wobei das Vorliegen oder Fehlen einer von diesem Nutzer vor der Einblendung erteilten Einwilligung und der von ihm etwa geäußerte Widerspruch gegen ein solches werbliches Vorgehen zu berücksichtigen sind. Ein solcher Widerspruch ist zudem, wie das vorliegende Gericht festgestellt hat, im Ausgangsrechtsstreit erwiesen.

75 Nach alledem ist auf die fünfte Frage zu antworten, dass Anhang I Nr. 26 der Richtlinie 2005/29 dahin auszulegen ist, dass ein Vorgehen, das darin besteht, in der Inbox eines Nutzers eines E-Mail-Dienstes Werbenachrichten in einer Form, die der einer tatsächlichen E-Mail ähnlich ist, und an derselben Stelle wie eine solche E-Mail einzublenden, unter den Begriff des „hartnäckigen und unerwünschten Ansprechens“ der Nutzer von E-Mail-Diensten im Sinne dieser Bestimmung fällt, wenn die Einblendung dieser Werbenachrichten zum einen so häufig und regelmäßig war, dass sie als „hartnäckiges Ansprechen“ eingestuft werden kann, und zum anderen bei Fehlen einer von diesem Nutzer vor der Einblendung erteilten Einwilligung als „unerwünschtes Ansprechen“ eingestuft werden kann.

Kosten

76 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem beim vorliegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Dritte Kammer) für Recht erkannt:

1. 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) in der durch die Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009

geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass die Einblendung von Werbenachrichten in der Inbox eines Nutzers eines E-Mail-Dienstes in einer Form, die der einer tatsächlichen E-Mail ähnlich ist, und an derselben Stelle wie eine solche E-Mail, eine „Verwendung ... elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung“ im Sinne dieser Bestimmung darstellt, ohne dass die Bestimmung der Empfänger dieser Nachrichten nach dem Zufallsprinzip oder die Belastung, die dem Nutzer auferlegt wird, insoweit von Bedeutung sind, da diese Verwendung nur unter der Voraussetzung gestattet ist, dass der Nutzer klar und präzise über die Modalitäten der Verbreitung solcher Werbung, namentlich in der Liste der empfangenen privaten E-Mails, informiert wurde und seine Einwilligung, solche Werbenachrichten zu erhalten, für den konkreten Fall und in voller Kenntnis der Sachlage bekundet hat.

2. Anhang I Nr. 26 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) ist dahin auszulegen ist, dass ein Vorgehen, das darin besteht, in der Inbox eines Nutzers eines E-Mail-Dienstes Werbenachrichten in einer Form, die der einer tatsächlichen E-Mail ähnlich ist, und an derselben Stelle wie eine solche E-Mail einzublenden, unter den Begriff des „hartnäckigen und unerwünschten Ansprechens“ der Nutzer von E-Mail-Diensten im Sinne dieser Bestimmung fällt, wenn die Einblendung dieser Werbenachrichten zum einen so häufig und regelmäßig war, dass sie als „hartnäckiges Ansprechen“ eingestuft werden kann, und zum anderen bei Fehlen einer von diesem Nutzer vor der Einblendung erteilten Einwilligung als „unerwünschtes Ansprechen“ eingestuft werden kann.