

BGH: Rechtswidrige Facebook-Funktion – Freunde finden

UWG §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 5 Abs. 1 Satz 1 u. 2 Nr. 1, 7 Abs. 1 u. 2 Nr. 3 3. Alt., 8 Abs. 1 u. 3
Urteil vom 14.1.2016 – I ZR 65/14 (KG, LG Berlin)

Leitsätze

1. Einladungs-E-Mails, die der Anbieter eines sozialen Netzwerks im Internet an Empfänger sendet, die nicht Mitglieder des sozialen Netzwerks sind und in den Erhalt der E-Mails nicht ausdrücklich eingewilligt haben, stellen eine unzumutbare Belästigung i.S.d. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG dar.

2. Täuscht der Anbieter eines sozialen Netzwerks im Internet die Nutzer im Rahmen des Registrierungsvorgangs über Art und Umfang der mit dem Import von Kontaktdaten verbundenen Datennutzung, so handelt es sich um eine i.S.d. § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG wettbewerbsrechtlich relevante Irreführung.

Anm. d. Red.: Der Volltext ist abrufbar unter: [BeckRS 2016, 01056](#). Zu den Vorinstanzen vgl. *KG ZD 2014, 412* und *LG Berlin ZD 2012, 276* m. Anm. *Solmeckel/Baursch*; ferner *BGH MMR 2008, 731* m. Anm. *Grapentin – Payback*; *BGH MMR 2008, 661* – Faxanfrage im Autohandel; *BGH MMR 2010, 33* – E-Mail-Werbung II; *BGH MMR 2014, 250* – Empfehlungs-E-Mail; *EuGH MMR 2013, 781* – Belgian Electronic Sorting Technology NV/Peelaers u. a.; *BGH MMR-Aktuell 2014, 358266* (Ls.) – Diplomierte Trainerin; *BGH MMR 2010, 183*; *BGH MMR-Aktuell 2014, 362307* (Ls.) – nickelfrei; *EuGH MMR 2015, 753* m. Anm. *Bergt* = *ZD 2015, 549* m. Anm. *Spies*; *BGH MMR 2009, 115* – Freundschaftswerbung im Internet; *Solmeckel/Baursch, ZD 2012, 271* sowie *OLG Stuttgart MMR 2007, 437*; zur „Teilen“- und „Gefällt mir“-Funktion von Facebook vgl. *OLG Frankfurt/M. MMR 2016, 489*.

Sachverhalt

Der Kl. ist der *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*. Die Bekl. betreibt in Europa die Internetplattform Facebook. Auf dieser Plattform bietet die Bekl. Nutzern die Möglichkeit, eine Profilsseite einzurichten, auf der sie sich vorstellen und in die sie Fotos und Videos einstellen können.

Darüber hinaus können über Facebook für alle Nutzer sichtbare oder persönliche Nachrichten ausgetauscht werden. Die Plattform ist über eine Programmierschnittstelle für die Anwendungen von dritten Anbietern geöffnet. Einnahmen erzielt die Bekl. vor allem über das Werbegeschäft.

Am 21.4.2010 erhielt die beim Kl. angestellte T. eine an ihre Adresse gerichtete E-Mail eines Bekannten, der sich bei Facebook hatte registrieren lassen. Mit dieser E-Mail wurde sie eingeladen, sich bei Facebook anzumelden. Eine Einwilligung in den Erhalt dieser E-Mail hatte die Mitarbeiterin des Kl. nicht erteilt. Am

8.5.2010 erhielt sie eine Erinnerungs-E-Mail. Zu diesem Zeitpunkt war die Funktion „Freunde finden“ so gestaltet, dass der Nutzer jeden Kontakt der ihm angezeigten Adressenliste selbst markieren musste. Der Prozessbevollmächtigte des Kl. erhielt am 2.11.2010 ebenfalls eine Einladungs-E-Mail, ohne hierin eingewilligt zu haben.

Im November 2010 stellte die Bekl. Nutzern bei der Registrierung eine Anwendungsoption „Freunde finden“ zur Verfügung, mit der der Nutzer unter Angabe seiner E-Mail-Adresse, seines E-Mail-Passworts und nach Betätigung des Buttons „Freunde finden“ das Durchsuchen seines E-Mail-Kontos und das Importieren von E-Mail-Adressen veranlassen konnte. Unterhalb des Buttons „Freunde finden“ befand sich der Hinweis „Dein Passwort wird von Facebook nicht gespeichert“. Dieser Hinweis war als Link ausgestaltet. Betätigte der Nutzer diesen Link, so erschien ein Fenster mit folgender Information: „Wir können die E-Mail-Adressen, die du mithilfe des Importeurs hochgeladen hast, dazu benutzen, um dir bei der Vernetzung mit deinen Freunden zu helfen. Dies beinhaltet auch das Generieren von Freundschaftsvorschlägen für dich und deine Kontakte auf Facebook.“

Nach Betätigen des Buttons „Freunde finden“ wurden zunächst die E-Mail-Adressen von Kontakten des Nutzers angeführt, die bereits Mitglieder von Facebook waren. Sodann wurden die E-Mail-Adressen von Kontakten des Nutzers, die nicht bei Facebook registriert waren, importiert und in einer Liste einzeln angeführt. War keine der Kontaktpersonen bereits Mitglied von Facebook, wurde nur eine Liste angezeigt. Den Kontaktdaten war ein Feld vorangestellt, das ein voreingestelltes Häkchen enthielt, das entfernt werden konnte. Unter diesen Listen befanden sich Buttons mit der Beschriftung „Einladungen verschicken“ und „Überspringen“.

Der Kl. ist der Ansicht, die Einladungs-E-Mails, die an nicht bei Facebook registrierte Personen versandt worden seien, stellten eine belästigende Werbung dar. Die Bekl. informiere Nutzer anlässlich der Registrierung nicht in zutreffender Weise über die Verwendung der Funktion „Freunde finden“ und führe die Nutzer und Empfänger in die Irre. Zudem liege ein Verstoß gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen vor. Die Bekl. hingegen sieht in den Einladungs-E-Mails und der Funktion „Freunde finden“ kein wettbewerbsrechtlich unlauteres Verhalten. Das LG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Bekl. war erfolglos. Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kl. beantragt, verfolgt die Bekl. ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Aus den Gründen

9 A. Das *Berufungsgericht* hat die Klage für ... begründet erachtet. ...

12 B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision ist unbegründet. ...

20 II. Das *Berufungsgericht* hat die Klageanträge 1 und 2 zu Recht für begründet erachtet. Die geltend gemachten Ansprüche folgen aus §§ 8 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Nr. 3, 7 Abs. 1 und 2 Nr. 3 3. Alt. UWG.

21 1. Anwendbar ist nach Art. 4 Abs. 1, 6 Abs. 1 der Rom-II-Verordnung das deutsche Wettbewerbsrecht, weil nach Darlegung des Kl. die aus dem beanstandeten Verhalten folgende Beeinträchtigung – die unzumutbare Belästigung der Adressaten einer Mitteilung werblichen Charakters – in Deutschland eintritt. ...

23 3. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung unzulässig, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbar

Soziales Netzwerk
Kontaktdaten
Einwilligung
Unzumutbare Belästigung

rer Weise belästigt wird. Als Unterfall der belästigenden geschäftlichen Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) ist in § 7 Abs. 1 Satz 2 UWG ausdrücklich eine unerwünschte Werbung aufgeführt. Gem. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist eine unzumutbare Belästigung stets anzunehmen bei Werbung unter Verwendung elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt.

24 Mit der Vorschrift des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG hat der deutsche Gesetzgeber die in Art. 13 Abs. 1 der RL 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation enthaltenen Vorgaben zum Schutz der Privatsphäre des Betroffenen vor unverlangt auf elektronischem Wege zugesandter Werbung umgesetzt (BGHZ 177, 253 [= MMR 2008, 731 m. Anm. *Grapentin*], Rdnr. 30 – Payback; BGH, U. v. 17.7.2008 – I ZR 75/06 [= MMR 2008, 661], Rdnr. 10 – Faxanfrage im Autohandel). Die in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG getroffene Regelung ist von dieser Richtlinienvorschrift abgedeckt und steht auch in Einklang mit Nr. 26 Anh. I der RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, der die Anwendung der Vorschriften der Datenschutzrichtlinie ausdrücklich unberührt lässt (*Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl., § 7 Rdnr. 97 und 182; MüKoUWG/Leible, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 150).

25 a) Nach den vom *Berufungsgericht* getroffenen Feststellungen haben die Mitarbeiterin des Kl. T. und der Prozessbevollmächtigte des Kl. jeweils eine ... [Einladungs-E-Mail] erhalten. Bei Frau T. ist ferner die ... [Erinnerungs-E-Mail] eingegangen. Weder T. noch der Prozessbevollmächtigte des Kl. hatten in den Empfang derartiger E-Mails eingewilligt.

26 b) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des *Berufungsgerichts*, die ... Einladungs-E-Mail und die ... Erinnerungs-E-Mail seien als Werbung der Bekl. i.S.v. § 7 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Nr. 3 UWG für die von ihr unter facebook.de und facebook.com angebotene Dienstleistung anzusehen.

27 aa) Nach der Rspr. des *Senats* umfasst der Begriff der Werbung, der weder im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb noch in der RL 2002/58/EG über den Datenschutz in der elektronischen Kommunikation definiert ist, schon 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 – z.B. in Form der Imagewerbung oder des Sponsoring – erfasst. Werbung ist deshalb in Übereinstimmung mit Art. 2 lit. a der RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung 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, U. v. 20.5.2009 – I ZR 218/07 [= MMR 2010, 33], Rdnr. 13 – E-Mail-Werbung II; U. v. 12.9.2013 – I ZR 208/12 [= MMR 2014, 250], Rdnr. 17 – Empfehlungs-E-Mail; vgl. auch BGH, a.a.O., Rdnr. 11 ff. – Faxanfrage im Autohandel).

28 Nach der Rspr. des *EuGH* erfasst die in Art. 2 lit. a der RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung niedergelegte besonders weite Definition sehr unterschiedliche Formen von Werbung. Der Begriff der Werbung ist daher in keiner Weise auf die Formen klassischer Werbung beschränkt (*EuGH*, U. v. 11.7.2013 – C-657/11 [= MMR 2013, 781], Rdnr. 35 – Belgian Electronic Sorting Technology NV/Peelaers u.a.).

29 bb) Nach diesen Maßstäben, die auch das *Berufungsgericht* seiner Entscheidung zu Grunde gelegt hat, ist eine Empfehlungs-E-Mail, mit der auf eine Internetplattform eines Unternehmens hingewiesen wird, als Werbung i.S.v. § 7 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Nr. 3 UWG anzusehen (vgl. *Köhler*, a.a.O., Rdnr. 201).

30 (1) Das *Berufungsgericht* hat angenommen, die beanstandeten Einladungs-E-Mails zielten aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise darauf, Personen, die noch nicht Mitglieder der von der Bekl. unterhaltenen Internetplattform seien, auf diese aufmerksam zu machen und so neue Mitglieder für die Plattform zu gewinnen. Damit werde auch für die von der Bekl. gewerblich angebotene Dienstleistung geworben.

31 (2) Diese Beurteilung ist frei von Rechtsfehlern. Der Adressat einer Einladungs-E-Mail wird nicht nur auf das Profil des einladenden Nutzers und dessen Wunsch aufmerksam gemacht, den Adressaten seinem Freundeskreis hinzuzufügen, sondern zugleich auch auf die Möglichkeit hingewiesen, auf Facebook ein eigenes Nutzerprofil zu erstellen. Die Einladungs-E-Mails enthalten zudem einen Link, über den sich der Adressat unmittelbar bei Facebook registrieren kann. Mithin dienen sie der Vergrößerung der Nutzergemeinschaft von Facebook und damit jedenfalls auch der Förderung des Absatzes von Dienstleistungen von Facebook.

32 c) Ohne Erfolg wendet sich die Revision ferner gegen die Annahme des *Berufungsgerichts*, der werbliche Charakter der Einladungs-E-Mails werde nicht dadurch in Frage gestellt, dass ihre Versendung letztlich auf dem Willen des sich bei Facebook registrierenden Nutzers beruhe.

33 aa) An einer belästigenden Werbung i.S.v. § 7 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Nr. 3 UWG kann es allerdings fehlen, wenn bei einer durch einen Dritten ausgesprochenen Empfehlung der private Charakter der Mitteilung im Vordergrund steht, sodass die Mitteilung letztlich als positive Äußerung über das Unternehmen oder die von ihm angebotenen Waren und Dienstleistungen, nicht jedoch als werbende Äußerung des Unternehmens selbst anzusehen ist (vgl. *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, 6. Aufl., § 7 Rdnr. 67; *DeBhilles*, K&R 2014, 7, 8; *Schirmbacher/Schätzle*, WRP 2014, 1143, 1144). Hiervon ist nach der Rspr. des *Senats* jedoch regelmäßig nicht auszugehen, wenn der Versand der Mitteilung mithilfe einer vom Unternehmer auf der eigenen Internetseite oder Plattform bereitgestellten Empfehlungsfunktion erfolgt. Eine derartige Funktion hat erfahrungsgemäß den Zweck, Dritte auf die eigene Leistung aufmerksam zu machen, sodass der werbliche Charakter einer mit ihrer Hilfe versandten Empfehlungs-E-Mail nicht anders zu beurteilen ist als eine Werbe-E-Mail, die das Unternehmen dem Adressaten selbst übermittelt hat (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 19 – Empfehlungs-E-Mail).

34 bb) Das *Berufungsgericht* ist unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe zutreffend davon ausgegangen, dass die Einrichtung der Empfehlungsfunktion vorliegend darauf zielte, die Adressaten einer Einladungs-E-Mail auch auf die Leistungen der Bekl. aufmerksam zu machen.

35 Das über die Plattform der Bekl. bereitgestellte Netzwerk dient seinen Nutzern zwar dazu, Kontakte herzustellen und zu pflegen, sodass der Nutzer selbst ein Interesse daran hat, seinen Freundeskreis bei Facebook zu erweitern (*Schöler*, in: Harte/Henning, UWG, 3. Aufl., § 7 Rdnr. 335). Die „Freunde finden“-Funktion dient jedoch auch der Förderung des Absatzes der Bekl. Das *Berufungsgericht* hat festgestellt, dass diese Funktion dem Nutzer die manuelle Eingabe der E-Mail-Adressen bestimmter Personen abnimmt, die er als mögliche Freunde vor Augen hat, und stattdessen über einen Zugriff auf sein E-Mail-Konto automatisiert eine breite Auswahl an möglichen Adressaten eines Einladungsschreibens zur Verfügung stellt. Zudem enthält die Einladungs-E-Mails einen Link, über den der Angesprochene zum Registrierungsvorgang bei der Bekl. geleitet wird. Zweck dieser Funktion ist mithin, den Kreis der über den einzelnen Nutzer hinzugewonnenen Mitglieder der Bekl. möglichst weit zu ziehen und damit auch den Werbetreibenden, über die

die Bekl. ihre Einnahmen erzielt, ein breites Publikum zur Verfügung zu stellen (vgl. MüKoUWG/Leible, a.a.O., Rdnr. 170).

36 d) Die mithilfe der „Freunde finden“-Funktion versandten Einladungs-E-Mails stehen in objektivem Zusammenhang mit der Förderung des Absatzes der von der Bekl. angebotenen Dienstleistung. In ihrem Versand ist daher eine der Bekl. zuzurechnende geschäftliche Handlung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG zu sehen (vgl. Köhler, a.a.O., § 2 Rdnr. 15 und § 7 Rdnr. 16).

37 e) Die Revision wendet sich ferner ohne Erfolg dagegen, dass das *Berufungsgericht* auch die Erinnerungs-E-Mails nicht als private Mitteilungen der Nutzer, sondern als Werbung der Bekl. für ihr Unternehmen angesehen hat.

38 Nach den vom *Berufungsgericht* getroffenen Feststellungen erscheint die Beklagte aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise nach Inhalt und Gestaltung dieser Erinnerungs-E-Mail unmittelbar als deren Absender. Diese Beurteilung lässt im Hinblick darauf keine Rechtsfehler erkennen, dass die Erinnerungs-E-Mail neben dem Hinweis auf den Wunsch des Einladenden, den Adressaten als Freund auf Facebook zu gewinnen, und neben einem Link zum Registrierungsvorgang eine allgemeine Anpreisung der Vorzüge der Plattform enthält, die mit der Aufforderung verbunden ist, sich „noch heute“ als Mitglied zu registrieren. Bei dieser Sachlage ist für eine Einordnung der Mitteilung als private Kommunikation zwischen potenziellen Facebook-Freunden kein Raum.

39 4. I.E. ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des *Berufungsgerichts*, die Bekl. hafte als Täterin für die belästigende Werbung. Hierbei kommt es allerdings – entgegen der Auffassung des *Berufungsgerichts* – nicht darauf an, ob die Bekl. das Geschehen beherrscht, weil sie die Nutzer der „Freunde finden“-Funktion über den Kreis der potenziellen Empfänger und den werblichen Charakter der Einladungs-E-Mails im Unklaren lässt.

40 a) Die Frage, ob sich jemand als Täter, Mittäter, Anstifter oder Gehilfe in einer seine zivilrechtliche Haftung begründenden Weise an einer deliktischen Handlung beteiligt hat, beurteilt sich nach den im Strafrecht entwickelten Grundsätzen. Täter ist danach, wer die Zuwiderhandlung selbst oder in mittelbarer Täterschaft begeht (§ 25 Abs. 1 StGB). Mittäterschaft (vgl. § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB) erfordert eine gemeinschaftliche Begehung, also ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken (st. Rspr.; vgl. nur *BGH*, U. v. 25.4.2012 – I ZR 105/10, Rdnr. 38 – DAS GROSSE RÄTSELHEFT; U. v. 5.2.2015 – I ZR 240/12, Rdnr. 35 – Kinderhochstühle III). Als Täter einer unzulässigen geschäftlichen Handlung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1, 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 sowie Abs. 2 Nr. 3 UWG kommt hiernach zunächst derjenige in Betracht, der den objektiven Tatbestand der Norm selbst adäquat kausal verwirklicht hat (vgl. *BGH*, U. v. 10.2.2011 – I ZR 183/09, Rdnr. 30 – Irische Butter).

41 b) Nach der Rspr. des *Senats* reicht es für einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gem. §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB durch Zusendung einer E-Mail mit werblichem Inhalt aus, dass das in Anspruch genommene Unternehmen auf seiner Internetseite eine Weiterempfehlungsfunktion vorhält, deren sich Dritte zur Versendung einer Mitteilung bedienen, in der das Unternehmen als Absender ausgewiesen wird. Mit diesem Verhalten hat das Unternehmen gezielt die adäquat kausale Ursache dafür gesetzt, dass der Empfänger eine dem Unternehmen schon auf Grund der äußeren Gestaltung der Mitteilung zurechenbare unerwünschte Werbung erhält; es haftet daher als Täter (vgl. *BGH*, a.a.O., Rdnr. 23 – Empfehlung-E-Mail). Für eine unzulässige Werbung gem. § 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 sowie Abs. 2 Nr. 3 3. Alt. UWG gilt nichts Abweichendes (vgl. Köhler, a.a.O., § 7 Rdnr. 201).

42 c) Von einer täterschaftlichen Haftung ist auch das *Berufungsgericht* ausgegangen. Es hat allerdings angenommen, dass in den beanstandeten Einladungs-E-Mails nicht das werbende Unternehmen, sondern der jeweilige Nutzer als Absender erscheine. Die mit den Einladungs-E-Mails versandte Mitteilung könne der Bekl. lediglich deshalb zugerechnet werden, weil sie das Verhalten der die Mitteilung versendenden Facebook-Nutzer beeinflusse. Dem kann nicht zugestimmt werden. Es handelt sich hierbei vielmehr erkennbar um der Bekl. zuzurechnende Nachrichten.

43 d) Die im Wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet liegende Feststellung und Beurteilung der Verkehrsauffassung durch das *Berufungsgericht*, nach der die Adressaten der Einladungs-E-Mails diese als private Mitteilung des Nutzers der Internetplattform der Bekl. auffassen und auch der jeweilige Nutzer der „Freunde finden“-Funktion als Absender derselben erscheint, ist im Revisionsverfahren nur daraufhin zu überprüfen, ob das *Berufungsgericht* bei seiner Würdigung den Tatsachenstoff fehlerfrei ausgeschöpft und seine Beurteilung frei von Widersprüchen mit Denkgesetzen oder Erfahrungssätzen vorgenommen hat (st. Rspr.; vgl. nur *BGH* GRUR 2015, 504, Rdnr. 16 – Kostenlose Zweitbrille; *BGH*, U. v. 12.2.2015 – I ZR 36/11, Rdnr. 21 – Monsterbacke II).

44 aa) Im Streitfall hat das *Berufungsgericht* nicht hinreichend berücksichtigt, dass für die Ermittlung des Verkehrsverständnisses auf den Gesamteindruck abzustellen ist, den das beanstandete Schreiben vermittelt (*BGH*, U. v. 18.1.2012 – I ZR 104/10, Rdnr. 16 – Neurologisch/Vaskuläres Zentrum; U. v. 20.2.2013 – I ZR 175/11, Rdnr. 19 – Kostenvergleich bei Honorarfactoring; U. v. 18.9.2013 – I ZR 65/12 [= MMR-Aktuell 2014, 358266 (Ls.)], Rdnr. 14 – Diplomierte Trainerin). Es hat ferner bei seiner Beurteilung nicht dem Erfahrungssatz Rechnung getragen, dass der situationsadäquat aufmerksame Adressat eine ihm zugegangene Nachricht nicht nur ausschnittsweise, sondern in ihrer Gesamtheit zur Kenntnis nimmt (vgl. *BGH* GRUR 2014, 1224, Rdnr. 15 – ENERGY & VODKA). Bei der Beurteilung des Verkehrsverständnisses sind daher nicht nur die Angaben zum Absender der Einladungs-E-Mail und die an den Adressaten gerichtete Mitteilung über die Einrichtung eines Facebook-Profiles durch den Absender, sondern auch die weiteren Textbestandteile der Nachricht und deren äußere Gestaltung zu berücksichtigen.

45 bb) Für die Annahme des *Berufungsgerichts*, als Absender der Einladungs-E-Mail sei aus Sicht der Adressaten nicht die Bekl., sondern der jeweilige Nutzer der „Freunde finden“-Funktion ausgewiesen, spricht zwar, dass im Kopf der E-Mail der Name des jeweiligen Facebook-Nutzers erscheint. Hinter dieser Absenderangabe ist jedoch keine private E-Mail-Adresse, sondern ein Funktionspostfach angegeben.

46 Auch der folgende Text der ... Einladungs-E-Mail ist nur vordergründig als persönliche Botschaft des als Unterzeichner angegebenen ausgestaltet (vgl. hierzu *BGH*, U. v. 29.5.2008 – I ZR 189/05 [= MMR 2009, 115], Rdnr. 20 – Freundschaftswerbung im Internet). Dieser lautet: „Betreff: Schau dir meine Fotos auf Facebook an – von dir ist bestimmt auch eins dabei. Ich habe ein Facebook-Profil erstellt, in dem ich meine Bilder, Videos und Veranstaltungen posten kann, und möchte dich als Freundin hinzufügen, damit du diese sehen kannst. Zuerst musst du Facebook beitreten! Sobald du dich registriert hast, kannst du ebenfalls dein eigenes Profil erstellen. Grüße“. Schon der dort enthaltene Hinweis auf die Notwendigkeit des Beitritts weist den Adressaten darauf hin, dass ihm nicht nur eine privat veranlasste Aufforderung übermittelt wird, sich dem Freundeskreis des Unterzeichners der E-Mail auf Facebook anzuschließen, sondern auch eine Aufforderung, die von einem Unternehmen angebotenen

Leistungen selbst in Anspruch zu nehmen. Die über die bloße Einladung, den bereits eingerichteten Account des Absenders zu betrachten, hinausgehende Aufforderung, einen eigenen Account einzurichten, ordnet der angesprochene Verkehr schon angesichts des erkennbar vorformulierten Texts nicht dem Facebook-Nutzer zu.

47 cc) Der Empfänger der Einladungs-E-Mail wird ferner auch den sich an die Grußformel anschließenden Text zur Kenntnis nehmen, der mehrere elektronische Verweise zu Facebook-eigenen Seiten beinhaltet und wie folgt lautet: „Um dich für Facebook zu registrieren, folge dem untenstehenden Link ... Already have an account? Add this email address to your account ... Wenn du diese Art von E-Mails von Facebook in Zukunft nicht mehr erhalten möchtest, klicke bitte auf den Link unten, um sie abzubestellen. ... Die Facebook-Büros befinden sich hier ... Click here to report this email as spam“.

48 Der werbliche und unmittelbar auf die Bekl. als Verfasserin der Einladungs-E-Mail hinweisende Charakter dieses Texts relativiert den nur auf den ersten Blick persönlich erscheinenden Eindruck und weist den Adressaten der Einladungs-E-Mail darauf hin, dass diese maßgeblich von der Bekl. gestaltet ist, von der auch die mehrfach ausgesprochene Aufforderung ausgeht, sich als Mitglied bei Facebook zu registrieren.

49 dd) In der Gesamtschau wird der Adressat der Einladungs-E-Mail erkennen, dass der Versand der Empfehlungs-E-Mail auf die Bekl. zurückgeht, die mit dieser Mitteilung auf ihre Internetplattform und die dort angebotenen Dienstleistungen aufmerksam machen will. Darauf, dass ihr Versand auf die Aktivierung der „Freunde finden“-Funktion durch den Nutzer der Internetplattform der Bekl. zurückgeht, und darauf, ob der einzelne Nutzer von der „Freunde finden“-Funktion in Kenntnis des werblichen Charakters der zu versendenden Nachricht und des über bereits bei Facebook registrierte hinausgehenden potenziellen Adressatenkreises Gebrauch macht, kommt es nicht entscheidend an (vgl. *BGH*, a.a.O. – Empfehlungs-E-Mail).

50 5. Die Beurteilung des *Berufungsgerichts*, die Bekl. hafte täterschaftlich für den Versand der Erinnerungs-E-Mail, lässt ebenfalls keinen Rechtsfehler erkennen. Das *Berufungsgericht* ist insoweit vielmehr zu Recht davon ausgegangen, dass die unmittelbar auf die Bekl. als Absenderin hinweisende Erinnerungs-E-Mail nach den mit Urteil des *Senats* v. 12.9.2013 (a.a.O. – Empfehlungs-E-Mail) aufgestellten Grundsätzen ohne weiteres als der Bekl. zurechenbare werbliche Mitteilung anzusehen ist.

51 6. Die Übersendung von E-Mails mit werblichem Inhalt an Empfänger, die hierin nicht zuvor ausdrücklich eingewilligt haben, führt gem. § 7 Abs. 2 UWG stets zu einer unzumutbaren Belästigung, ohne dass es einer Interessenabwägung im Einzelfall bedarf (vgl. (zu § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG a.F.) *BGH*, B. v. 10.12.2009 – I ZR 201/07 [= MMR 2010, 183], Rdnr. 10; *Köhler*, a.a.O., Rdnr. 200; *MüKoUWG/Leible*, a.a.O., Rdnr. 95; *Ohly*, a.a.O., Rdnr. 34). ...

63 III. Das *Berufungsgericht* hat den Klageantrag 3 ebenfalls i.E. zu Recht als nach §§ 8 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Nr. 3, 3, 5 Abs. 1 UWG begründet angesehen. Ob der Klageantrag auch wegen Verstoßes gegen § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. §§ 4a, 28 Abs. 3 lit. a BDSG begründet ist, kann daher offen bleiben. ...

66 3. Das *Berufungsgericht* ist zutreffend davon ausgegangen, dass die mit dem Klageantrag angegriffenen, i.R.d. Registrierungsvorgangs von der Bekl. gemachten Angaben zu Gegenstand und Funktionsweise der „Freunde finden“-Funktion geschäftliche Handlungen i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG darstellen.

67 a) Gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist eine „geschäftliche Handlung“ jedes Verhalten einer Person zu Gunsten des eigenen oder

fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Der Begriff der geschäftlichen Handlung dient dazu, den Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts ggü. dem allgemeinen Deliktsrecht abzugrenzen. Das Merkmal des objektiven Zusammenhangs ist daher funktional zu verstehen. Es setzt voraus, dass die Handlung bei objektiver Betrachtung darauf gerichtet ist, durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu fördern (*BGH*, U. v. 10.1.2013 – I ZR 190/11, Rdnr. 17 – Standardisierte Mandatsbearbeitung).

68 b) Danach ist das vom Kl. mit dem Klageantrag 3 beanstandete Verhalten der Bekl. als geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG anzusehen.

69 Die im Verlauf des Registrierungsvorgangs gemachten Angaben sind Bestandteil des auf den Absatz ihrer Dienstleistung gerichteten Verhaltens der Bekl. Die Bekl. bezweckt, den Nutzer i.R.d. Registrierung dazu zu veranlassen, durch die Nutzung der „Freunde finden“-Funktion von der gesamten Bandbreite ihrer bereitgestellten Leistungen Gebrauch zu machen, zu denen auch die Auswertung des E-Mail-Kontos des Nutzers im Hinblick auf Kontaktdaten zählt. Die Angaben der Bekl. zielen ferner darauf, den Absatz der eigenen Leistungen auch im Verhältnis zu Dritten zu fördern. Auf Grund der Entscheidung des Nutzers, der Bekl. die Auswertung seiner E-Mail-Kontakte und die Versendung von Einladungs-E-Mails zu ermöglichen, wird die Bekl. in die Lage versetzt, Dritten werbliche Nachrichten zukommen zu lassen.

70 4. Das *Berufungsgericht* hat i.E. zu Recht angenommen, dass das vom Kl. mit dem Klageantrag 3 beanstandete Verhalten eine nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG unlautere Irreführung beinhaltet.

71 a) Eine geschäftliche Handlung ist irreführend, wenn sie geeignet ist, bei einem erheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise irriige Vorstellungen hervorzurufen und die zu treffende Marktentscheidung in wettbewerblich relevanter Weise zu beeinflussen (st. Rspr.; vgl. nur *BGH*, a.a.O., Rdnr. 11 – Neurologisch/Vaskuläres Zentrum; *BGH*, U. v. 18.10.2012 – I ZR 137/11, Rdnr. 24 – Steuerbüro; U. v. 10.4.2014 – I ZR 43/13 [= MMR-Aktuell 2014, 362307 (Ls.)], Rdnr. 37 – nickelfrei). Eine Irreführung liegt vor, wenn das Verständnis, das die geschäftliche Handlung bei den angesprochenen Verkehrskreisen erweckt, mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt (*BGH*, U. v. 6.11.2013 – I ZR 104/12, Rdnr. 30 – Vermittlung von Netto-Policen; *BGH*, a.a.O., Rdnr. 39 – nickelfrei).

72 b) Entgegen den Ausführungen des *Berufungsgerichts* ist allerdings nicht auf eine Irreführung der Empfänger der Einladungs-E-Mails abzustellen.

73 aa) Das *Berufungsgericht* hat zu einer Verletzung des in § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG bestimmten Irreführungsverbots ausgeführt, die Nutzung der vom Kl. beanstandeten „Freunde finden“-Funktion führe zu einer Täuschung der Empfänger der Einladungs-E-Mails, weil die Bekl. die Einladungs-E-Mails als private E-Mails der im Absender genannten Freunde oder Bekannten tarne, obwohl es sich um Werbung der Bekl. handele. Diese Beurteilung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

74 bb) Die vom *Berufungsgericht* angenommene Fehlvorstellung ist vom Klageantrag 3 nicht erfasst. Dieser Klageantrag – dessen Auslegung der *Senat* ohne Bindung an die Würdigung

des *Berufungsgerichts* in vollem Umfang nachprüfen kann (st. Rspr.; vgl. *BGH*, U. v. 7.5.2015 – I ZR 29/14, Rdnr. 12 – Äquipotenzangabe in Fachinformation, m.w.Nw.) – zielt nicht darauf, der Bekl. eine Irreführung der Empfänger der Einladungs-E-Mails über den werblichen Charakter der Mitteilung zu untersagen. Er ist vielmehr dahin zu verstehen, dass eine Irreführung der Nutzer über Art und Umfang der Nutzung der E-Mail-Adressdaten i.R.d. „Freunde finden“-Funktion beanstandet wird. Das Begehren des Kl. richtet sich bereits nach dem Wortlaut des Klageantrags 3 darauf, dass der Bekl. untersagt wird, dem potenziellen Nutzer ihrer Internetplattform i.R.d. Registrierungsvorgangs eine Funktion zum Import seiner E-Mail-Adressdaten in den Datenbestand von Facebook zur Verfügung zu stellen, ohne hinreichend auf die zu erwartende Nutzung der Daten hinzuweisen. Auch nach dem zur Begründung des Klageantrags Vorgetragenen ist davon auszugehen, dass sich der Kl. gegen eine unzureichende Aufklärung des sich registrierenden Nutzers wendet.

75 c) Das *Berufungsgericht* hat allerdings auch rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die beanstandete Gestaltung des Registrierungsvorgangs eine Irreführung des Nutzers über Art und Umfang der Datennutzung i.R.d. „Freunde finden“-Funktion beinhaltet. Die Bekl. klärt nicht hinreichend darüber auf, dass sie diese Funktion dazu nutzt, noch nicht bei Facebook registrierten Personen Einladungs-E-Mails zu senden, mit denen sie für ihr Dienstleistungsangebot wirbt.

76 aa) Das *Berufungsgericht* hat ausgeführt, die von der Bekl. im Zuge des Registrierungsvorgangs gegebenen Informationen seien darauf angelegt, den Nutzer unter Vortäuschen einer Suche nach befreundeten Facebook-Mitgliedern dazu zu veranlassen, seine E-Mail-Kontakte preiszugeben und eine „getarnte“ Werbung für die Bekl. auszulösen. Dem Nutzer werde im ersten Schritt des Registrierungsvorgangs suggeriert, dass mithilfe der von ihm zur Verfügung gestellten E-Mail-Adressen nur diejenigen seiner Freunde gesucht würden, die bereits bei Facebook registriert seien. Der unter dem Button „Freunde finden“ angebrachte elektronische Verweis „Dein Passwort wird von Facebook nicht gespeichert“ werde von dem angesprochenen Durchschnittsverbraucher lediglich als Hinweis auf Informationen zur Datensicherheit, nicht aber als Hinweis auf weitere Angaben zu Art und Umfang der Nutzung der E-Mail-Adressdaten verstanden. Gehe der Nutzer dem Verweis zur Speicherung des Passworts gleichwohl nach, erscheine lediglich ein Hinweis darauf, dass die vom Nutzer offenbarten E-Mail-Adressen dazu genutzt werden könnten, dem Nutzer „bei der Vernetzung mit (seinen) Freunden“ zu helfen und dass diese Hilfestellung „auch das Generieren von Freundschaftsvorschlägen für dich und deine Kontakte auf Facebook“ umfasse. Diese Hinweise könnten ohne weiteres als allein auf eine Suche nach bereits bei Facebook registrierten Freunden bezogen verstanden werden. Tatsächlich würden aber auch die E-Mail-Adressen von noch nicht bei Facebook registrierten Personen erfasst. Zwar würden nach Betätigung des „Freunde finden“-Buttons zwei Listen – zunächst diejenige mit schon bei Facebook registrierten Personen, dann die Liste mit dort noch nicht registrierten Personen – angezeigt. Jedenfalls dann, wenn in dem E-Mail-Konto des Nutzers keine bereits bei Facebook registrierten Personen vorhanden seien, werde jedoch nur eine Liste mit Kontakten angezeigt, der eine hinreichende Aufklärung darüber, dass es sich um nicht bei Facebook registrierte Personen handele, nicht zu entnehmen sei. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

77 bb) Die im Wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet liegende Feststellung und Beurteilung der Verkehrsauffassung durch das *Berufungsgericht* ist im Revisionsverfahren nur daraufhin zu

überprüfen, ob das *Berufungsgericht* bei seiner Würdigung den Tatsachenstoff fehlerfrei ausgeschöpft und seine Beurteilung frei von Widersprüchen mit Denkgesetzen oder Erfahrungssätzen vorgenommen hat (s. Rdnr. 43). Solche Rechtsfehler sind dem *Berufungsgericht* hier nicht unterlaufen. Das *Berufungsgericht* hat ferner zutreffend geprüft, ob die Angaben, die die Bekl. in verschiedenen vom angesprochenen Verkehr isoliert wahrgenommenen Abschnitten des Registrierungsvorgangs macht, für sich genommen zur Täuschung des Nutzers geeignet sind (vgl. *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 5 Rdnr. 2.90; *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, a.a.O., § 5 Rdnr. 128).

78 (1) Die Revision rügt ohne Erfolg, das *Berufungsgericht* habe erfahrungswidrig angenommen, der durchschnittliche Nutzer fasse den im ersten Schritt des Registrierungsvorgangs eingeblendeten Hinweis mit der Überschrift „Sind deine Freunde schon bei Facebook?“ dahin auf, dass die in den Datenbestand von Facebook importierten Adressdaten nur nach bereits bei Facebook registrierten Freunden ausgewertet würden. Die Annahme des *Berufungsgerichts* trägt der Gestaltung des Registrierungsvorgangs Rechnung und entspricht der Lebenserfahrung. Die unter der Überschrift „Sind deine Freunde schon bei Facebook?“ gegebene Erläuterung „Viele deiner Freunde sind vielleicht schon hier. Das Durchsuchen deines E-Mail-Kontos ist der schnellste Weg, um deine Freunde auf Facebook zu finden“, kann schon ihrem Wortsinn nach nur dahin aufgefasst werden, dass die Durchsuchung der E-Mail-Kontaktdaten dem Auffinden von Freunden dient, die bereits bei Facebook registriert sind, nicht aber der vollständigen Auswertung aller Nutzerkontakte auch in Bezug auf dort noch nicht registrierte Personen.

79 (2) Das *Berufungsgericht* hat weiter rechtsfehlerfrei angenommen, dass die durch den vorgenannten Hinweis hervorgerufene Fehlvorstellung über Art und Umfang der Datennutzung auch durch weitere Angaben im Rahmen des Registrierungsvorgangs nicht ausgeräumt wird. Der Nutzer erwartet nicht, dass sich hinter dem elektronischen Verweis mit der Bezeichnung „Dein Passwort wird von Facebook nicht gespeichert“ Hinweise auf Art und Umfang der Datennutzung verbergen. Mithin ist durch diesen elektronischen Verweis nicht sichergestellt, dass der Nutzer die darüber erreichbaren Erläuterungen überhaupt zur Kenntnis nimmt. Nicht zu beanstanden ist auch die Annahme des *Berufungsgerichts*, eine hinreichende Aufklärung der Nutzer erfolge nicht durch den nach Betätigung dieses elektronischen Verweises erscheinenden Hinweis „Wir können die E-Mail-Adressen, die du mithilfe des Importeurs hochgeladen hast, dazu benutzen, um dir bei der Vernetzung mit Deinen Freunden zu helfen. Dies beinhaltet auch das Generieren von Freundschaftsvorschlägen für dich und deine Kontakte auf Facebook ...“

80 Dieser Erläuterung ist eine Einbeziehung noch nicht registrierter Personen ebenfalls nicht hinreichend deutlich zu entnehmen.

81 (3) Die Revision rügt ohne Erfolg, das *Berufungsgericht* habe den Vortrag der Bekl. nicht gewürdigt, in Ziff. 2 und 5 ihrer Datenschutzrichtlinien auf den Import von Kontaktdaten noch nicht bei Facebook registrierter Dritter hingewiesen zu haben. ...

82 Das *Berufungsgericht* ist jedenfalls rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass der Nutzer die in den Datenschutzrichtlinien und Nutzungsbedingungen der Bekl. an unterschiedlichen Stellen enthaltenen Informationen zur „Freunde finden“-Funktion nicht vor Augen hat, wenn er zu Beginn des Registrierungsvorgangs zur Nutzung der „Freunde finden“-Funktion aufgefordert wird. Es entspricht der Lebenserfahrung, dass dem Nutzer während des Registrierungsvorgangs diese Hinweise nicht gegenwärtig sind, selbst wenn er sie zuvor tatsächlich zur Kenntnis genommen hat.

83 (4) Rechtsfehlerfrei hat das *Berufungsgericht* angenommen, dass die nach Betätigung des „Freunde finden“-Buttons erscheinende Listenanzeige jedenfalls dann keine hinreichende Aufklärung enthält, wenn im E-Mail-Konto des Nutzers keine bereits bei Facebook registrierten Personen vorhanden waren. Auch diese Würdigung entspricht der Lebenserfahrung. Wird nur eine Liste angezeigt, weil die Kontakte des Nutzers nicht bei Facebook registriert sind, vermag diese Liste den durch die zuvor gegebenen Informationen entstandenen Eindruck, es werde ausschließlich nach Facebook-Mitgliedern gesucht, nicht zu entkräften. Damit ist nicht sichergestellt, dass der Nutzer vor Abschluss der Registrierung darüber informiert wird, dass externe Personen Einladungs-E-Mails erhalten.

84 d) Das *Berufungsgericht* ist ferner zutreffend davon ausgegangen, dass die bei den angesprochenen Nutzern hervorgerufene Fehlvorstellung über Art und Umfang der mit der Aktivierung der „Freunde finden“-Funktion verbundenen Nutzung ihrer E-Mail-Adressdaten wettbewerbslich relevant ist.

85 Die von der Bekl. hervorgerufene Fehlvorstellung über Art und Umfang der mit dem Import von E-Mail-Adressdaten verbundenen Datennutzung ist geeignet, die von den Nutzern zu treffende Entscheidung darüber, ob sie unter Preisgabe der in ihrem E-Mail-Konto vorgehaltenen E-Mail-Adressdaten von der von der Bekl. vorgehaltenen „Freunde finden“-Funktion Gebrauch machen möchten, in wettbewerbslich relevanter Weise zu beeinflussen. Art und Umfang der zu erwartenden Nutzung der eigenen Daten und solcher Daten, aus denen Rückschlüsse auf Kontakte zu Dritten geschlossen werden können, stellen ein für die Inanspruchnahme von Leistungen eines Social-Media-Diensts wie Facebook wesentliches Kriterium dar, das für die Entschließung des potenziellen Nutzers, die angebotene Leistung in Anspruch zu nehmen, von erheblicher Bedeutung ist. Nichts anderes gilt für die mögliche Nutzung eigener und fremder Adressdaten zu Werbezwecken. ...

Anmerkung

RA Christian Solmecke, LL.M. / Ass. iur. Sibel Kocatepe, LL.M.,
Wilke Beuger Solmecke Rechtsanwälte, Köln

Auch wenn wohl viele auf den Ausgang dieses Verfahrens gewartet haben, überrascht haben dürfte er eher nicht. Denn auch in diesem Urteil verdeutlichen die Richter des *BGH* einmal mehr, dass die Praktiken des US-amerikanischen Unternehmens *Facebook* nicht in Einklang mit unserem deutschen Rechtssystem stehen – eine Einschätzung, die unter Datenschützern und Verbraucherschützern schon seit längerer Zeit auf große Zustimmung trifft. Denn immer wieder versucht *Facebook* US-amerikanisches Recht in Deutschland anzuwenden – mit wenig Erfolg, wie dieses Urteil erneut zeigt. Denn der Datenschutz wird in Europa sehr ernst genommen, was nicht zuletzt durch die Entscheidung des *EuGH* zum Safe Harbor-Abkommen bestätigt wurde (*EuGH* MMR 2015, 753 m. Anm. *Bergt* = ZD 2015, 549 m. Anm. *Spies*).

Bereits das vor einigen Jahren ergangene erstinstanzliche Urteil in diesem Verfahren feierten *Facebook*-Kritiker als Meilenstein (*Solmecke/Baurisch*, ZD 2012, 271). Nun wurden sie höchststrichterlich in ihrer Auffassung bestätigt: Der „Freunde-Finder“ verstößt gegen das deutsche Wettbewerbsrecht und dieses ist von *Facebook* zwingend einzuhalten. Zwar hat *Facebook* die Streitgegenständliche Funktion inzwischen in Kooperation mit dem Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Prof. Dr. Johannes Caspar verändert, doch dies war für die Entscheidung des *Gerichts* nicht von Bedeutung. Was den *BGH* zu seiner Entscheidung bewog und ob die neue Version des „Freunde-Finders“ nun den geltenden Bestimmungen entspricht, soll nachfolgend erörtert werden.

Zu Recht schloss sich der *BGH* den Vorinstanzen an und entschied, dass Einladungs- und Erinnerungs-E-Mails, mit denen *Facebook* Nichtnutzer zum Eintritt in sein Netzwerk bewegen will, eine unzumutbare belästigende Werbung i.S.d. § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3 3. Alt. UWG und damit einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht darstellen, wenn keine Einwilligung des Empfängers vorliegt. Dabei stützen die Richter ihre Entscheidung auf eine sehr breite Definition des Werbebegriffs (*EuGH* MMR 2013, 781, Rdnr. 35 – Belgian Electronic Sorting Technology NV/ Peelaers u.a.). Nach Ansicht des *Gerichts* diene diese E-Mail primär der Förderung des Absatzes des Unternehmens *Facebook* und stelle daher zweifelsfrei eine Werbemaßnahme im Interesse des Netzwerks dar. Dies ließe sich auch daran erkennen, dass die Nachrichten einen Link enthielten, über den sich der Empfänger unmittelbar im Netzwerk registrieren lassen kann.

Dabei ließ das *Gericht* richtigerweise auch nicht die Argumente der Beklagtenvertreter gelten, die sich darauf beriefen, die Einladungs-E-Mail diene dem Nutzer nur dazu, privat sein eigenes soziales Netzwerk aufzubauen. Der „Freunde-Finder“ sei allein eine technische Hilfestellung von Seiten *Facebooks* für den Nutzer, mit dem dieser sein Netzwerk erweitern können soll. Zu Recht berücksichtigt der *BGH*, dass grds. der Werbecharakter entfallen kann, wenn bei einer Einladung durch einen Nutzer des Netzwerks der private Charakter der Mitteilung im Vordergrund steht (vgl. *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, 6. Aufl., § 7 Rdnr. 67; *DeBhilles*, K&R 2014, 7, 8; *Schirnbacher/Schätzle*, WRP 2014, 1143, 1144). Er stellt aber auch klar, dass diese Ausnahme dann nicht gilt, wenn die Einladung auf Basis einer von dem Netzwerk bereitgestellten Funktion erfolgt, da diese primär den Zweck hat, die Dienstleistungen des Netzwerks zu bewerben. Weiter führt der *BGH* aus, dass sich die kommerziellen Interessen von *Facebook* auch anhand der Erinnerungs-E-Mail erkennen ließen, da dort das Netzwerk auch selbst als Absender eingetragen worden sei. Dieser Auffassung des *Gerichts* kann ebenfalls nur zugestimmt werden. Denn das höchste Interesse an einem Beitritt zu *Facebook* hat die Plattform selbst und nicht der Nutzer. Auch wenn der Nutzer von der Funktion profitiert, wäre doch eine gegenteilige Auffassung in dieser Sache mit Blick auf die Tatsache, dass es sich bei *Facebook* um ein auf Gewinne ausgelegtes Unternehmen und nicht um einen gemeinnützigen Verein handelt, realitätsfern. Der „Freunde-Finder“ ist damit nichts anderes als eine Werbemaßnahme von *Facebook* in eigener Sache, die als individueller Kontaktwunsch getarnt wird, in der Hoffnung so die rechtlichen Einschränkungen umgehen zu können. Dies wird letztlich auch durch den in der Einladungs-E-Mail enthaltenen Link zur Registrierung noch einmal unterstrichen (vgl. *MüKoUWG/Leible*, § 7 Rdnr. 170). Der *BGH* kommt damit konsequent zu dem Ergebnis, dass Einladungs-E-Mails nicht anders zu bewerten seien als klassische Werbe-E-Mails, und bestätigt mit diesem Urteil auch noch einmal seine Rspr. zur Tell-a-friend-Funktion bei Online-Händlern (*BGH* MMR 2014, 250 – Empfehlungs-E-Mail).

Ein weiterer Schwerpunkt des Verfahrens lag auf der Frage, ob das soziale Netzwerk die Nutzer bei der Registrierung ausreichend über die Funktionsweise des „Freunde-Finders“ aufgeklärt hat. Das *Gericht* bemängelte zu Recht, dass dem Nutzer suggeriert worden sei, dass mithilfe der von ihm zur Verfügung gestellten E-Mail-Adressen nur die Freunde gesucht werden würden, die bereits im Netzwerk registriert waren. In der Praxis wurden jedoch auch die E-Mail-Adressen externer Personen verwendet, um an diese ebenfalls Einladungs-E-Mails zu versenden und sie zu einem Beitritt zu animieren – darüber seien die Nutzer jedoch nicht hinreichend informiert worden. *Facebook* fragte die Nutzer lediglich „Sind Deine Freunde schon bei Facebook?“ und berief sich auf die Datenschutzerklärung, der jeder Nutzer

vor der Registrierung zustimmen musste. Zu Recht ließ der *BGH* diesen Einwand jedoch nicht gelten, da eine solche Vorgehensweise nicht ausreichend transparent sei. Dieser Auffassung kann nur zugestimmt werden. Denn auch wenn die Nutzer sich beim Registrierungsvorgang mit den Datenschutzbestimmungen einverstanden erklären müssen, so zeigt doch die Praxis der Social Media-Nutzung, dass nur ein Bruchteil der Nutzer tatsächlich einen Blick in das Regelwerk der Plattformen werfen. Daher ist dem *BGH* auch darin beizupflichten, dass es sich bei der Informationsgestaltung um den „Freunde-Finder“ letztlich um ein wettbewerbsrechtlich relevantes Verhalten handelt, da eine transparente Informationspolitik geeignet ist, die von den Nutzern zu treffende Entscheidung über die Preisgabe ihrer E-Mail-Kontakte wesentlich zu beeinflussen. Daher kamen die Richter konsequent zu dem Ergebnis, dass eine Verletzung des in § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 1 UWG bestimmten Irreführungsverbots vorliegt.

Mit diesem Urteil fühlen sich nun all jene bestätigt, die *Facebook* ohnehin schon dafür kritisieren, es mit der Einhaltung der deutschen Gesetze nicht so genau zu nehmen. Doch für die Zukunft kommt dem Urteil zumindest für *Facebook* wohl keine maßgebliche Bedeutung mehr zu. Denn inzwischen hat *Facebook* die Funktionsweise des „Freunde-Finders“ verändert. Dennoch ist die Entscheidung des *BGH* von besonderer Relevanz, nicht zuletzt auch deshalb, weil *Facebook* nicht die einzige Plattform ist, die ihren Nutzern solche Funktionen bietet. Die Entscheidung bleibt damit grundsätzlich von Bedeutung. Daneben hat das Urteil auch für Unternehmen, die die „Custom Audiences“-Funktion von *Facebook* zu Werbezwecken nutzen, eine nicht zu unterschätzende Relevanz. Denn das System funktioniert ähnlich wie beim „Freunde-Finder“: Nutzer können mittels der Funktion „Custom Audiences“ Listen mit E-Mail-Adressen oder Telefonnummern hochladen und damit Werbemaßnahmen schnell, gezielt und auf die jeweiligen Kunden angepasst einsetzen.

Hinsichtlich des „Freunde-Finders“ bleibt jedoch erst einmal die Frage, was genau sich verändert hat und ob diese Änderungen den Maßstäben des *BGH* gerecht werden. In der aktuellen Version des sozialen Netzwerks geben die Nutzer über den Button „Freunde finden“ ihre E-Mail-Adresse und ihr E-Mail-Passwort ein, um ihre E-Mail-Kontakte in den „Freunde-Finder“ zu importieren (<https://www.facebook.com/find-friends/browser/>). Gleichzeitig hält *Facebook* in einem separat erscheinenden Hinweiskästchen Informationen zur Funktionsweise bereit. Darin heißt es: „Importiere Kontakte von deinem Konto und speichere sie auf den Facebook-Servern. Dort können sie verwendet werden, um anderen bei der Suche nach bzw. beim Verbinden mit Personen zu helfen oder um Freundschaftsvorschläge für dich und andere zu generieren. Du kannst Kontaktinformationen aus deiner Kontaktliste und deinen Nachrichtenordnern importieren. Berufliche Kontakte können ebenfalls importiert werden, aber du solltest Einladungen nur an persönliche Kontakte versenden. Bitte sende Einladungen nur an Freunde, die diese auch erhalten möchten.“

Hat der Nutzer sich für einen Import seiner E-Mail-Kontakte entschieden, kann er diese danach auch verwalten. Das bedeutet, dass er nun anders als zuvor die Möglichkeit hat, die Liste der Kontakte, die Nachrichten bekommen, jederzeit zu prüfen und zu verändern und damit auch Personen aus der Liste zu löschen, die den Erhalt solcher Nachrichten nicht wünschen. Damit hat *Facebook* auf die Forderungen deutscher Juristen reagiert und die Einflussnahmemöglichkeiten der Nutzer auf den Versand von Einladungs-E-Mails deutlich erhöht. Gleichzeitig wird dem Nutzer in den Nutzungsbedingungen (Unterpunkt 9.13) unter sagt, „Personen, die keine Nutzer sind, ohne ihre Zustimmung E-Mail-Einladungen schicken.“ Auch nach der versandten Einla-

dung hat der Nutzer noch Einfluss auf den weiteren Prozess: Indem er die Kontakte aus der importierten Liste löscht, erreicht er, dass alle geplanten Einladungserinnerungen abgebrochen werden. Ist eine Einladungs-E-Mail fälschlicherweise an einen Empfänger versandt worden, kann der Nutzer dies *Facebook* mitteilen und die Plattform verhindert dann den Versand der Erinnerung-E-Mail. Auf diese Weise können Dritte zumindest vor dem Versand weiterer belästigender Nachrichten geschützt werden.

Diese Änderungen und Hinweise zeigen, dass *Facebook* im Zuge der Auseinandersetzung deutliche Änderungen in seiner Praxis vorgenommen hat. Diese umfassen einerseits die Aufklärung des Nutzers und die Einräumung von Einflussnahmemöglichkeiten und andererseits Strategien, um Dritte vor unerwünschten Einladungs-E-Mails sowie vor weiteren Belästigungen durch Erinnerung-E-Mails zu schützen. Damit ist die aktuelle Version des „Freunde-Finders“ näher an den Forderungen des *BGH* als noch vor einigen Jahren.

Was nun bleibt, ist jedoch die Frage, ob dies reicht. Denn nach wie vor ist der Versand von Einladungs-E-Mails an nicht registrierte Dritte ohne deren Einwilligung äußerst problematisch. Daran ändern auch die Einflussnahmemöglichkeiten und Aufklärungen des Nutzers nichts. Wie bereits der *BGH* andeutete, kann von einer rechtskonformen Einladungs-E-Mail nur dann ausgegangen werden, wenn der Werbecharakter entfällt. Es stellt sich dabei die Frage, ob es dafür reicht, wenn es sich bei der „Freunde-Finden“-Funktion lediglich um eine technische Hilfeleistung der Plattform zum Finden von Kontakten handelt, im Rahmen derer der Nutzer eigenverantwortlich eine Einladungs-E-Mail versenden kann und damit auch als Absender der E-Mail erscheint. Oder ob man nicht vielmehr sagen muss, dass die „Freunde-Finden“-Funktion letztlich keinen anderen Zweck hat, als auf die Plattform aufmerksam zu machen und den Empfänger zu einem Beitritt zu animieren. Letztere Ansicht vertritt auch der *BGH* und folgt damit seiner bisherigen Rspr. (MMR 2009, 115 – Freundschaftswerbung im Internet; *BGH*, a.a.O. – Empfehlung-E-Mail), wonach Nachrichten, die nur vordergründig als persönliche Botschaft des Absenders getarnt werden, Werbung darstellen und damit auch die wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen. Denn nach Ansicht des *BGH* ist die Tatsache, wer als Absender der Nachricht eingetragen ist, zwar maßgeblich, jedoch keineswegs allein entscheidend. Zu Recht geht das *Gericht* davon aus, dass der Blick nicht nur darauf gerichtet werden kann, wer als Absender eingetragen worden ist und wer die Weiterempfehlungsfunktion eingerichtet hat. Vielmehr müsse der Gesamteindruck der Nachricht Beachtung finden und daher auch die textliche sowie die äußere Gestaltung geprüft werden. Denn richtigerweise kann nicht allein entscheidend sein, wer technisch als Absender eingetragen ist. Dies zu beeinflussen ist schließlich – wie *Facebook* deutlich zeigt – für Plattformbetreiber unproblematisch möglich: Hinter dem vordergründig eingetragenen Namen des Nutzers als Absender verbarg sich in der damaligen Version des „Freunde-Finders“ tatsächlich keine private E-Mail-Adresse des Nutzers, sondern vielmehr ein Funktionspostfach. In Kombination mit der textlichen Anpreisung des Netzwerks und der Aufforderung zur Registrierung reichten diese Tatsachen den Richtern aus, um dem Aspekt, wer nun vordergründig als Absender eingetragen wurde, keine weitere Bedeutung beizumessen.

Grundsätzlich lässt sich daher sagen, dass zumindest kommerzielle Plattformen mit der Bereitstellung von Weiterempfehlungsfunktionen in erster Linie ihre eigenen Interessen im Blick haben und daher deren Verwendung per se als rechtswidrig eingestuft werden kann, wenn mit ihrer Hilfe weiterhin Nachrichten an Personen geschickt werden, die ihre Einwilligung zuvor nicht erteilt haben. Daher bleibt für eine rechtskonforme Einladungs-E-Mail

nur dort Platz, wo der Nutzer die Empfehlungs-E-Mail auf eigene Initiative selbst formuliert und über seinen eigenen E-Mail-Client selbst versendet oder eine Einwilligung des Empfängers eingeholt hat. Denn selbst wenn die Plattform die Weiterempfehlungsfunktion künftig technisch so ausgestaltet, dass als Absender die private E-Mail-Adresse des Nutzers erscheint, wird die Gesamtschau letztlich entscheidend sein, ob ein werblicher Charakter der Nachricht vorliegt. Nur wenn die Nachricht ohne die Verwendung einer Weiterempfehlungsfunktion vom Nutzer privat versandt wird, ist irrelevant, welchen Inhalt die E-Mail im Detail hat und ob sie gar einen Link zur Plattform enthält (so auch schon *Micklitz/Schirmbacher*, in: *Spindler/Schuster, UWG*, 3. Aufl. 2015, § 7 Rdnr. 144.). Nichts anderes sollte dann in der Konsequenz auch für die Erinnerungs-E-Mail gelten.

Offen ließ der *BGH* hingegen die weitaus interessantere Frage, ob die Einhaltung des Einwilligungserfordernisses eine Marktverhaltensregel i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG darstellt (so die Vorinstanz *KG Berlin ZD 2014, 412*) und daher darin ein abmahnbarer Wettbewerbsverstoß liegt (ähnlich auch schon *OLG Stuttgart MMR 2007, 437*). Es bleibt abzuwarten, ob der *BGH* in Zukunft noch einmal Gelegenheit bekommt, sich dazu zu äußern.