

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Februar 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Prof. Dr. Kirchhoff, Feddersen und die Richterin Dr. Schmaltz

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 2. Februar 2018 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1

Die Beklagte bietet Telekommunikationsdienstleistungen an. Sie stellt Verbrauchern, die mit ihr einen Vertrag über einen Internetzugang geschlossen haben, auf Wunsch kostenfrei einen WLAN-Router zur Verfügung, der gegen unberechtigten Zugang Dritter durch eine mit einem Passwort geschützte Verschlüsselung gesichert ist. Die Router verbleiben im Eigentum der Beklagten. Die "Besonderen Geschäftsbedingungen Internet und Telefonie" der Beklagten enthalten folgende Bestimmungen zum Zugriff der Beklagten auf die Router und zum Umfang ihrer Vertragspflicht:

Abschnitt A

- 1.6 Der Kabelnetzbetreiber ist berechtigt, die zur Nutzung der Internet- und/oder Telefoniedienste sowie zu deren Ergänzung oder Änderung erforderliche Software/Firmware auf die Zugangsendgeräte aufzuspielen oder dort vorhandene Software/Firmware oder darauf gespeicherte Dateien zu ergänzen oder

zu ändern oder die Zugangsendgeräte auf Kosten des Kabelnetzbetreibers auszutauschen. ...

Abschnitt B

- 1.1 Der Kabelnetzbetreiber gewährt dem Kunden im Rahmen seiner technischen, betrieblichen und rechtlichen Möglichkeiten nach Maßgabe der vertraglichen Bestimmungen für die Dauer des Vertrages einen Zugang zum Internet ...

- 2 Zu Beginn des Jahres 2016 teilte die Beklagte in Kundenanschriften mit, sie werde die Konfiguration ihrer WLAN-Router zur Erstellung eines flächendeckenden WLAN-Netzes dahin ändern, dass auch Dritte auf diese Router zugreifen und sich mit dem Internet verbinden könnten. Dazu werde ein separates WLAN-Signal ("2nd SSID") aktiviert, welches getrennt vom privaten WLAN-Netz des jeweiligen Kunden ("1st SSID") Dritten einen Zugang zum Internet eröffne. In dem Kundenanschriften hieß es weiter:

Dieses WLAN-Signal arbeitet absolut getrennt von Ihrem privat genutzten WLAN-Netz. Das heißt: Ihre Sicherheit, Ihre Privatsphäre und die garantierte Bandbreite bleiben zu jeder Zeit gewährleistet.

Da der Zugang zu den WifiSpots mit der Aktivierung Teil Ihres Unitymedia Internetanschlusses sein wird, finden Sie die diesbezüglichen Besonderen Geschäftsbedingungen auf der Rückseite dieses Schreibens.

- 3 In dem dem Kundenanschriften beigegefügt "Besonderen Geschäftsbedingungen WifiSpot" hieß es unter anderem:

- 4.1 Der Kunde stimmt der Einrichtung und dem Betrieb eines WifiSpot Zugangspunktes an dem vom Anbieter dem Kunden bereitgestellten WLAN-Router neben dessen privater WLAN-Schnittstelle zu (Homespot). Der Homespot ist technisch vom privaten Zugang des Kunden separiert. Dabei wird die dem Kunden an seinem kabelbasierten Internetzugang zur Verfügung stehende Bandbreite nicht beeinflusst, da der Datenverkehr des Kunden von dem anderer WifiSpot Nutzer getrennt erfolgt. Für die erforderliche Stromversorgung sorgt der Kunde. Dem Kunden ist die Nutzung des Homespots an diesem Router nicht möglich. Der Anbieter stellt den Homespot ausschließlich anderen WifiSpot Nutzern zur Verfügung. Der Kunde hat die Möglichkeit, der Einrichtung und dem Betrieb eines Homespots an diesem Router durch Mitteilung gegenüber dem Anbieter im Onlinekunden-Servicebereich mit Wirkung spätestens zum übernächsten Werktag zu widersprechen. In diesem Fall endet jedoch auch seine Nutzungsmöglichkeit von WifiSpot. ...

- 4.3 Der Anbieter ist Betreiber des Homespots und für etwaige Rechtsverletzungen, die über diesen Zugang begangen werden, im Rahmen der gesetzlichen

Regelungen verantwortlich. Eine Verantwortlichkeit des Kunden besteht hierfür nicht. ...

6.5 Der Kunde hat es zu unterlassen, die Nutzung seines Hotespots zu beeinträchtigen oder zu unterbinden. ...

6.7 Wenn der Kunde die ihm obliegenden Pflichten erheblich und nachhaltig verletzt, ist der Anbieter berechtigt, den Zugang des Kunden zu WifiSpot umgehend zu sperren, insbesondere, wenn der Kunde die Nutzung seines Hotespots nicht nur kurzfristig z.B. zum Neustart des Routers beeinträchtigt oder unterbricht.

4 Die Kunden können nach der Aktivierung der 2nd SSID auf den von ihnen genutzten Routern ihrerseits die von der Beklagten bei Dritten eingerichteten WifiSpots nutzen. Nutzt ein Kunde einen anderen als den von der Beklagten zur Verfügung gestellte WLAN-Router, wird keine 2nd SSID aktiviert.

5 Auf die Abmahnung der Klägerin, der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., gab die Beklagte eine strafbewehrte Unterlassungserklärung wegen der Verwendung des erwähnten Kundenanschreibens sowie der damit übersandten "Besonderen Geschäftsbedingungen WifiSpot" ab. Sie vertrat jedoch den Standpunkt, die angekündigten Konfigurationsänderungen an den WLAN-Routern ohne ausdrückliche Zustimmung der Kunden vornehmen zu dürfen. Die Klägerin hat daraufhin Unterlassungsklage erhoben und beantragt, die Beklagte unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen,

im Rahmen geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen über Internetzugangsdienstleistungen bei Bestandskunden, bei deren Routern bislang kein separates WLAN-Signal für Dritte (WifiSpot) aktiviert ist, auch dann ein solches separates WLAN-Signal für Dritte (WifiSpot) zu aktivieren, wenn diese Aktivierung mit den Verbrauchern nicht vertraglich vereinbart wurde und die Verbraucher zur Aktivierung kein Einverständnis erklärt haben.

6 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben (LG Köln, MMR 2017, 711). Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen (OLG Köln, WRP 2018, 498). Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die

Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

7 I. Das Berufungsgericht hat einen Unterlassungsanspruch der Klägerin weder aus § 7 Abs. 1 UWG noch aus § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 UWG, § 4a Abs. 1 UWG, § 3a UWG oder § 1 UKlaG analog in Verbindung mit §§ 305 ff. BGB oder aber aus § 3 Abs. 1 und 2 UWG für begründet erachtet. Zur Begründung hat es ausgeführt:

8 Für einen Unterlassungsanspruch wegen eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG fehle es an der Unzumutbarkeit der Belästigung. Die Aufschaltung des zusätzlichen Signals stelle keine Vertragsverletzung dar, weil die geschuldete Vertragsleistung nicht beeinträchtigt werde. Eine Belästigung liege aber darin, dass dem Kunden mit dem erweiterten Zugriff auf WLAN-Leistungen eine unbestellte Dienstleistung aufgedrängt werde. Da der Kunde jederzeit widersprechen könne und der Belästigungsgrad des gewählten Mittels nicht so hoch sei, fehle es jedoch an der Unzumutbarkeit der Belästigung. Eine Irreführung durch Täuschung über vertragliche Leistungen scheidet aus. Die Belästigung stelle auch keine aggressive Praktik nach § 4a Abs. 1 UWG dar, weil der Kunde der Aktivierung des zweiten Signals widersprechen könne. Für einen Unterlassungsanspruch aus § 1 UKlaG analog in Verbindung mit §§ 305 ff. BGB fehle es zumindest an der Wiederholungsgefahr. Ein Anspruch aus § 3 Abs. 1 und 2 UWG scheidet aus systematischen Gründen aus.

9 II. Die dagegen gerichtete Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Klägerin stehe kein Unterlassungsanspruch zu, hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Die Revision ist uneingeschränkt zulässig (dazu II 1). Sie ist aber weder wegen eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG (dazu II 2) noch gegen § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2

Nr. 2 und 7 UWG (dazu II 3), gegen § 4a Abs. 1 UWG (dazu II 4), gegen § 3a UWG in Verbindung mit §§ 305 ff. BGB (dazu II 5) oder gegen § 3 Abs. 1 und 2 UWG (dazu II 6) begründet.

10

1. Die Revision ist uneingeschränkt zulässig. Der Entscheidungssatz des angefochtenen Urteils enthält keine Beschränkung der Revisionszulassung. Eine solche Beschränkung ergibt sich auch nicht aus den Entscheidungsgründen. Das Berufungsgericht hat dort zwar ausgeführt, die Zulassung der Revision sei veranlasst, weil die Frage klärungsbedürftig sei, ob und inwieweit die Nutzung von im Eigentum des Unternehmers verbleibenden Ressourcen, die sich im Haushalt des Kunden befinden, auch dann eine unzumutbare Belästigung sei, wenn sie keine Interessen des Kunden betreffe. Damit ist indes lediglich der Grund für die Zulassung der Revision genannt. Das genügt nicht, um mit der notwendigen Sicherheit von einer nur beschränkten Zulassung des Rechtsmittels auszugehen. Der Grundsatz der Rechtsmittelklarheit gebietet es, dass für die Parteien zweifelsfrei erkennbar ist, welches Rechtsmittel für sie in Betracht kommt und unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist (vgl. BGH, Urteil vom 1. Februar 2018 - I ZR 82/17, GRUR 2018, 627 Rn. 9 = WRP 2018, 827 - Gefäßgerüst, mwN).

11

2. Ein Unterlassungsanspruch ergibt sich nicht aus § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 3, § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG.

12

a) Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung unzulässig, die einen Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt. Ziel der Regelung ist es, das Eindringen in die Privatsphäre von Verbraucherinnen und Verbrauchern zu verhindern. Belästigend in diesem Sinne ist eine geschäftliche Handlung, die dem Empfänger aufgedrängt wird und die bereits wegen der Art und Weise, wie sie den Empfängerkreis erreicht, unabhängig von ihrem Inhalt als störend empfunden wird (vgl. BGH, Urteil vom 3. März 2011 - I ZR 167/09, GRUR 2011, 747 Rn. 17 = WRP 2011, 1054 - Kreditkartenübersendung, mwN;

MünchKomm.UWG/Leible, 2. Aufl., § 7 Rn. 45; Köhler, WRP 2017, 253 Rn. 48; vgl. auch die Begründung des Regierungsentwurfs des UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487, S. 20). Eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer ist - anders als bei einer aggressiven geschäftlichen Handlung nach § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG - nicht Voraussetzung einer nach § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG verbotenen Belästigung (zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG vgl. BGH, Urteil vom 21. April 2016 - I ZR 276/14, GRUR 2016, 831 Rn. 16 = WRP 866 - Lebens-Kost, mwN).

13 b) Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat in der Aktivierung des zweiten WLAN-Signals auf den von der Beklagten ihren Kunden zur Verfügung gestellten WLAN-Routern eine geschäftliche Handlung gesehen und eine Belästigung durch die Aktivierung bejaht, diese aber nicht als unzumutbar im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG angesehen. Diese Beurteilung hält im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand.

14 c) Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Aktivierung des zweiten WLAN-Signals, das von Dritten genutzt werden kann, eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 UWG darstellt. Die Beklagte hat dabei mit dem Ziel gehandelt, zugunsten ihres Unternehmens den Absatz von Dienstleistungen zu fördern. Durch die Aktivierung der 2nd SSID auf den den Kunden für die Vertragsdauer überlassenen WLAN-Routern soll ein möglichst flächendeckendes WLAN-Netz aufgebaut werden, mit dem die Beklagte das Ziel verfolgt, Bestandskunden an sich zu binden und neue Kunden anzuziehen.

15 d) Die Beklagte wendet sich aber erfolgreich gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Aktivierung der 2nd SSID stelle eine Belästigung dar.

16 aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, eine Belästigung sei nicht bereits deswegen gegeben, weil das Aufschalten des Signals ein Vertragsverstoß

sei; die geschuldete Vertragsleistung werde durch die Aktivierung des zusätzlichen Signals nicht beeinträchtigt. Eine Belästigung sei aber bei vertragsgemäßem Verhalten nicht ausgeschlossen und liege hier darin, dass dem Kunden eine unbestellte Dienstleistung in Form des erweiterten Zugriffs auf WLAN-Leistungen aufgedrängt werde, die er nicht selbst nachgesucht habe und für deren Vornahme seine Entscheidung nicht abgewartet worden sei. Auch bei unbestellter Werbung liege die Belästigung darin, dass sich der Adressat mit der Handlung befassen, ihr Aufmerksamkeit oder in seinem Eigentum oder Besitz befindliche Ressourcen zuwenden müsse. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

17 bb) Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, die Aktivierung des zweiten WLAN-Signals stelle keine Vertragsverletzung dar. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wird die geschuldete Vertragsleistung - Zugang zum Internet - durch das zweite WLAN-Signal nicht beeinträchtigt. Ein ausschließliches Nutzungsrecht der im Eigentum der Beklagten stehenden Router durch die Kunden, das einer Nutzung der Router auch durch die Beklagte entgegenstehen könnte, sehen die Verträge über Internetzugangsleistungen nicht vor. So ist die Beklagte gemäß Abschnitt A Ziffer 1.6 der Besonderen Geschäftsbedingungen Internet und Telefonie berechtigt, für Softwareupdates oder Softwareänderungen auf die Router zuzugreifen. Durch die Aktivierung der 2nd SSID wird entgegen der Auffassung der Revision auch nicht in den dem Kunden vertraglich gewährten Besitz an dem Router eingegriffen (§ 858 Abs. 1 BGB). Weder die Aktivierung der 2nd SSID selbst noch deren Betrieb beeinträchtigen den ungestörten Gebrauch des Routers durch den Kunden (zum Begriff der Besitzstörung vgl. BeckOGK.BGB/Götz, Stand: 1. Januar 2019, § 858 Rn. 29). Der rein technische Vorgang der Aktivierung des zweiten WLAN-Signals ist für die Kunden nicht wahrnehmbar.

18 cc) Mit Recht ist das Berufungsgericht weiter davon ausgegangen, dass der fehlende Vertragsverstoß eine Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1

UWG nicht ausschließt. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Belästigung liege im Streitfall in der unbestellten und damit aufgedrängten Dienstleistung des erweiterten Zugriffs auf WLAN-Leistungen ist dagegen nicht frei von Rechtsfehlern.

19 Nachdem die Beklagte wegen des Kundenanschreibens sowie der "Besonderen Geschäftsbedingungen WifiSpot" eine Unterlassungserklärung abgegeben hat, ist Streitgegenstand nur noch die Aktivierung des zweiten WLAN-Signals ohne vertragliche Vereinbarung und ausdrückliches Einverständnis der Kunden. Allein auf eine Unterlassung dieser Aktivierung ist der Klageantrag gerichtet. Die Revisionserwiderung weist zutreffend darauf hin, dass in der Aktivierung des Signals keine Dienstleistung der Beklagten liege. Der Kunde kann den Home-spot, der auf dem ihm zur Verfügung gestellten Router aktiviert wird, nicht nutzen (vgl. Ziffer 4.1 Satz 5 und 6 der Besonderen Geschäftsbedingungen WifiSpot). Die Eröffnung des Zugriffs auf WLAN-Leistungen über andere WifiSpots, auf die das Berufungsgericht als aufgedrängte Dienstleistung abgestellt hat, ist zwar eine Folge der streitgegenständlichen Aktivierung; die Eröffnung der Möglichkeit, über WifiSpots auf weitere WLAN-Leistungen zuzugreifen, soll mit dem Klageantrag aber gerade nicht verboten werden.

20 dd) Entgegen der Auffassung der Revision gibt es auch sonst keine Anhaltspunkte, die dafür sprechen, dass die Aktivierung der 2nd SSID eine Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG darstellt.

21 (1) Die Auffassung der Revision, eine Belästigung liege darin, dass die Beklagte für sich in Anspruch nehme, in der Wohnung der jeweiligen Kunden ohne deren Zustimmung eine Sende- und Empfangsvorrichtung zu betreiben, greift nicht durch. Die Aktivierung der 2nd SSID ist ein ausschließlich technischer Vorgang, der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts keinerlei Auswirkungen, Beeinträchtigungen oder sonstige Nachteile für die Kunden mit

sich bringt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts fehlt es insbesondere an Eingriffen in die Privatsphäre, das Eigentum oder das Besitzrecht der Kunden. Die Router, auf denen die 2nd SSID aktiviert werden soll, stehen im Eigentum der Beklagten. Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die Aktivierung weder einen mit Störungen verbundenen Besuch bei den Kunden noch deren Mitwirkung erfordert. Der Internetzugang der Kunden wird durch die Aktivierung der 2nd SSID nicht beeinträchtigt. Anhaltspunkte für eine Sicherheitsgefährdung oder durch die erweiterte Nutzung des Routers verursachte Mehrkosten zu Lasten der Kunden hat das Berufungsgericht ebenfalls nicht festgestellt. Ein Haftungsrisiko für von Dritten über das zweite WLAN-Signal begangene Rechtsverletzungen besteht für die Kunden nicht (aA Schröder, MMR 2018, 391, 394). Diese sind nicht Diensteanbieter im Sinne von § 2 Satz 1 Nr. 1 TMG für das zweite WLAN-Signal. Nicht die Kunden bieten über das zweite WLAN-Signal einen Internetzugang an, sondern die Beklagte; das wird in Ziffer 4.3 Satz 1 und 2 der Besonderen Geschäftsbedingungen WifiSpot ausdrücklich klargestellt. Das Haftungsrisiko trägt allein die Beklagte. Es ist nicht festgestellt, dass die Gefahr einer Inanspruchnahme des Kunden für über den Router begangene Rechtsverletzungen besteht.

22 (2) Eine unzumutbare Belästigung liegt entgegen der Auffassung der Revision nicht darin, dass die Beklagte ihre Kunden zur Abgabe einer Erklärung zwingt, wenn diese mit der Änderung des bestehenden Vertragsverhältnisses durch die Aktivierung der 2nd SSID nicht einverstanden sind. Allein die Aktivierung des zweiten WLAN-Signals auf den den Kunden zur Verfügung gestellten Routern führt nicht zu einer Vertragsänderung. Soweit die Beklagte in ihrem Kundenanschreiben und den damit übersandten "Besonderen Geschäftsbedingungen WifiSpot" von einer Vertragsänderung ausgegangen war, hat sie eine Unterlassungserklärung abgegeben.

23 (3) Aus der Übersendung des Informationsschreibens kann eine Belästigung nicht hergeleitet werden, weil das Schreiben und dessen Übersendung

nicht vom Streitgegenstand umfasst sind und dazu eine Unterlassungserklärung der Beklagten vorliegt. Die Übersendung eines Informationsschreibens im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses mit dem Ziel einer Vertragsänderung muss außerdem schon deshalb zulässig sein, weil dem Unternehmer sonst jede Möglichkeit für eine Vertragsänderung genommen wäre (zur fehlenden Wettbewerbswidrigkeit bei Übersendung unbestellter Waren in einer laufenden Geschäftsverbindung vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 1960 - I ZR 52/59, GRUR 1960, 382, 384 [juris Rn. 44] - Verbandstoffe; Urteil vom 21. Mai 1965 - Ib ZR 106/63, GRUR 1966, 47, 48 f. [juris Rn. 22] = WRP 1965, 369 - Indikator). Dementsprechend fordert der Klageantrag eine Vertragsänderung und ein ausdrückliches Einverständnis der Kunden.

24

(4) Eine Belästigung folgt entgegen der Auffassung der Revision nicht aus der Wertung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Danach ist eine unzumutbare Belästigung stets anzunehmen bei Werbung unter Verwendung von - unter anderem - elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt. Die Aktivierung des zweiten WLAN-Signals im Streitfall ist mit E-Mail-Werbung nicht vergleichbar. Die Revisionserwiderung weist mit Recht darauf hin, dass eine E-Mail in die Privatsphäre des Verbrauchers eindringt und zudem Speicherplatz im E-Mail-Konto belegt; ähnliche Beeinträchtigungen sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Streitfall gerade nicht gegeben. Auch wird mit der Aktivierung der 2nd SSID keine Nachricht aufgedrängt, die zur Kenntnis genommen werden muss.

25

ee) Gegen eine Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG spricht schließlich das zeitlich uneingeschränkte Widerspruchsrecht der Kunden. Sie können die Nutzung der ihnen zur Verfügung gestellten Router durch Dritte über ein von der Beklagten betriebenes zusätzliches WLAN-Signal jederzeit durch einen Widerspruch kurzfristig - spätestens zum übernächsten Werktag

(vgl. Ziffer 4.1 Satz 7 der Besonderen Geschäftsbedingungen WifiSpot) - beenden.

- 26 e) Selbst wenn mit dem Berufungsgericht davon auszugehen wäre, dass die Aktivierung der 2nd SSID mit der Eröffnung des Zugriffs auf weitere WLAN-Leistungen derart eng zusammenhängt, dass darin eine aufgedrängte Dienstleistung liegt, die zu einer Belästigung führt, wäre ein Anspruch aus § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG abzulehnen. Es fehlte an der Unzumutbarkeit der Belästigung.

27 aa) Unzumutbar ist eine Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG, wenn sie eine solche Intensität erreicht, dass sie von einem großen Teil der Verbraucher als unerträglich empfunden wird, wobei der Maßstab des durchschnittlich empfindlichen Adressaten zugrunde zu legen ist (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 2010 - I ZR 29/09, GRUR 2010, 1113 Rn. 15 = WRP 2010, 1502 - Grabmalwerbung; BGH, GRUR 2011, 747 Rn. 17 - Kreditkartenübersendung). Dabei kommt es nicht einseitig auf die Perspektive des Adressaten der geschäftlichen Handlung an. Die Unzumutbarkeit ist vielmehr zu ermitteln durch eine Abwägung der auch verfassungsrechtlich geschützten Interessen des Adressaten, von der geschäftlichen Handlung verschont zu bleiben (Art. 2 Abs. 1 GG), und des Unternehmers, der seine gewerblichen Leistungen zur Geltung bringen will (Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG; vgl. BGH, GRUR 2010, 1113 Rn. 15 - Grabmalwerbung; GRUR 2011, 747 Rn. 17 - Kreditkartenübersendung, mwN).

28 bb) Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht ausgegangen und hat angenommen, die Belästigung sei nicht allein deswegen unzumutbar, weil der Kunde einer Handlung nicht ausdrücklich zugestimmt habe; dies genüge nur in den Fällen elektronischer und telefonischer Werbung gegenüber Verbrauchern (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG), in denen der Gesetzgeber ein Opt-in-System eingeführt habe. Die Belästigung sei auch nicht deswegen unzumutbar, weil dem Kunden die Möglichkeit zum Widerspruch verweigert worden wäre. Tatsächlich sei über das Widerspruchsrecht informiert worden, das zudem jederzeit ausgeübt werden könne. Im Übrigen sei der Belästigungsgrad des gewählten Mittels nicht so hoch, dass die Art und Weise der Ansprache unzumutbar sei. Auf Seiten der Beklagten sei das Interesse, ihr Dienstleistungsangebot durch Zusatzfunktionen auszuweiten, für sich genommen nicht zu beanstanden. Es sei zu berücksichtigen, dass es ein Interesse von Altkunden gebe, Wifi-Hotspots außerhalb ihrer Privatwohnung zu nutzen. Die Interessen der Kunden würden durch die Aktivierung des zweiten WLAN-Signals letztlich

nicht verletzt. Eingriffe in ihre Privatsphäre, Eigentum oder Besitzrechte seien nicht gegeben. Der Router stehe im Eigentum der Beklagten. Die Aktivierung erfordere weder einen mit Störungen verbundenen Besuch beim Kunden noch dessen Mitwirkung. Anhaltspunkte für eine Sicherheitsgefährdung gebe es nicht. Die Aktivierung beeinträchtige auch nicht das für den Internetzugang wesentliche Besitzrecht am Router. Insbesondere sei nicht ersichtlich, dass durch die Erweiterung der Nutzung Kosten beim Kunden entstünden. Der dahingehende neue Vortrag der Klägerin in der Berufungsinstanz sei nicht nur verspätet, sondern auch unsubstantiiert. Die Zusendung des Informationsschreibens allein sei möglicherweise belästigend, nicht aber unzumutbar belästigend. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

29

cc) Die Interessenabwägung des Berufungsgerichts weist keinen Rechtsfehler auf. Mit Recht hat das Berufungsgericht eine Verletzung rechtlich geschützter Interessen der Kunden im Zuge der Aktivierung des zweiten WLAN-Signals verneint und bei der Prüfung der Zumutbarkeit berücksichtigt, dass die Kunden der Aktivierung des zweiten WLAN-Signals jederzeit widersprechen können. Die Möglichkeit zum Widerspruch ist ausreichend, weil entgegen der Auffassung der Revision allein die Aktivierung des zweiten WLAN-Signals nicht zu einer Vertragsänderung führt (siehe bereits oben Rn. 22). Auch auf die Unterschiede zu der nur im Rahmen eines Opt-in-Modells zulässigen Werbung mittels elektronischer Post hat das Berufungsgericht hingewiesen. Die Revisionserwiderung führt insofern zutreffend aus, dass die in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG geregelten Werbeformen (automatische Anrufmaschinen, Faxgeräte, elektronische Post) nahezu ohne jeden Kostenaufwand betrieben werden könnten, so dass sie im Falle ihrer Freigabe ohne vorherige Einwilligung zum Massenphänomen würden (vgl. MünchKomm.UWG/Leible aaO § 7 Rn. 149); damit sei der Streitfall nicht vergleichbar, der den vorherigen Abschluss eines Internetzugangsvertrags und die Überlassung eines WLAN-Routers voraussetze. Das beuge einer massenhaften Nutzung vor. Darüber hinaus ist die Freischaltung des zweiten WLAN-Signals im Streitfall auch deshalb nicht mit der E-Mail-

Werbung vergleichbar, weil sie nicht zu ähnlichen Beeinträchtigungen führt (vgl. oben Rn. 24).

30 3. Ein Unterlassungsanspruch ergibt sich nicht unter dem Gesichtspunkt einer Irreführung aus § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 2 und Nr. 7 UWG. Die von der Revision gerügte Irreführung ist nicht vom Streitgegenstand umfasst.

31 Die Revision rügt, die irreführende Handlung der Beklagten liege darin, dass sie die Kunden mit dem Versprechen, ihnen werde ein Router zur eigenen Nutzung überlassen, zum Abschluss eines Internet- und Telefonievertrags bewege, um diesen Router nachfolgend für eigene, nicht im Nutzungsinteresse der Kunden liegende Zwecke zu verwenden. Diese behauptete Irreführung betrifft den Zeitpunkt des ursprünglichen Vertragsschlusses; Streitgegenstand ist indes alleine die dem Vertragsschluss nachgelagerte Aktivierung des zweiten WLAN-Signals. In der Freischaltung dieses zweiten WLAN-Signals liegt keine Irreführung.

32 4. Zutreffend hat das Berufungsgericht einen Wettbewerbsverstoß im Sinne von § 4a Abs. 1 UWG und einen daraus folgenden Unterlassungsanspruch verneint.

33 a) Nach § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG handelt unlauter, wer eine aggressive geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte. Eine geschäftliche Handlung ist nach § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers durch Belästigung erheblich zu beeinträchtigen. Nach § 4a Abs. 1 Satz 3 UWG liegt eine unzulässige Beeinflussung vor, wenn der Unternehmer eine Machtposition gegenüber dem Verbraucher zur Ausübung von Druck, auch ohne Anwendung oder An-

drohung von körperlicher Gewalt, in einer Weise ausnutzt, die die Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt.

34 b) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Vorschrift des § 4a Abs. 1 UWG verbiete nicht jegliche Belästigungen, sondern nur solche, denen der Adressat nicht mit zumutbaren Mitteln ausweichen könne. Selbst wenn die Beklagte ihre Marktposition gegenüber Bestandskunden ausnutze, wenn sie ein neues Angebot aufschalte, fehle dieser Handlung die Aggressivität. Den Kunden werde ein einfach auszuübendes Widerspruchsrecht belassen, so dass die Belästigung jedenfalls nicht unausweichlich sei. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand.

35 c) Die Anwendung der Vorschrift des § 4a Abs. 1 UWG setzt eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit voraus. Daran fehlt es nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts im Streitfall. Soweit die Revision das den Kunden von der Beklagten eingeräumte Widerspruchsrecht erstmals in der Revision in Frage stellt, legt sie damit keinen Rechtsfehler dar, sondern stützt sich auf neuen Vortrag, der in der Revisionsinstanz unbeachtlich ist (§ 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

36 5. Der Klägerin steht auch kein Unterlassungsanspruch wegen eines Verstoßes gegen § 3a UWG in Verbindung mit §§ 305 ff. BGB zu.

37 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt ein Verstoß gegen das Umgehungsverbot (§ 306a BGB) vor, wenn eine als Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksame Regelung bei gleicher Interessenlage durch eine andere rechtliche Gestaltung erreicht werden soll, die nur den Sinn haben kann, dem gesetzlichen Verbot zu entgehen (BGH, Urteil vom 8. März 2005 - XI ZR 154/04, BGHZ 162, 294, 299 [juris Rn. 24]).

38

b) Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die Beklagte könne sich in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht das Recht ausbedingen, die Router ohne Zustimmung der Kunden umzukonfigurieren und für andere Kunden öffnen zu dürfen. Die tatsächliche Aktivierung des zweiten WLAN-Signals ohne Zustimmung stelle eine Umgehung dieses Verbots dar.

39 aa) Entgegen der Ansicht der Revision steht ein entsprechendes Verbot nicht aufgrund der Unterwerfungserklärung der Beklagten fest. Die Beklagte hat wegen den von der Klägerin als unzulässig gerügten "Besonderen Geschäftsbedingungen WifiSpot" eine Unterlassungserklärung abgegeben. Die Revisionserwiderung weist zutreffend darauf hin, dass die von der Unterlassungserklärung erfassten Teile der "Besonderen Geschäftsbedingungen WifiSpot" die Pflicht des Kunden zur Stromversorgung und die Pflicht des Kunden, die Nutzung seines Homespots nicht zu beeinträchtigen, betrafen. Hinsichtlich der Aktivierung des zweiten WLAN-Signals hat die Beklagte die geforderte Unterlassungserklärung ausdrücklich nicht abgegeben.

40 bb) Ein Verbot ergibt sich auch nicht aus § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Danach sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Freischaltung des zweiten WLAN-Signals stellt keine Vertragsverletzung dar und beeinträchtigt die Rechte der Kunden auch nicht auf andere Weise (vgl. oben Rn. 17 und 21).

41 6. Ein Unterlassungsanspruch der Klägerin folgt schließlich nicht aus einem Verstoß gegen § 3 Abs. 1 und 2 UWG. Nach der Verbrauchergeneralklausel des § 3 Abs. 2 UWG sind geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, unlauter, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen. Es fehlt schon an Vortrag

dazu, worin der Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt liegen soll. Überdies fehlt es auch insoweit mit Blick auf das den Kunden eingeräumte Widerspruchsrecht an hinreichenden Anhaltspunkten für eine spürbare Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher.

42 III. Die Revision der Klägerin ist danach mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Koch

Schaffert

Kirchhoff

Feddersen

Schmaltz

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 09.05.2017 - 31 O 227/16 -

OLG Köln, Entscheidung vom 02.02.2018 - 6 U 85/17 -