

# E-Mail-Werbung vor dem Aus?

Anm. zu OLG München, Urt. v. 27.9.2012 – 29 U 1682/12

Potenzsteigernde Mittel zu Ramschpreisen, geringwertige „Replica Watches“, Espressomaschinen aus China oder die Einladung zu einem Online-Casino – mit der zunehmenden Verlagerung schriftlicher Kommunikation vom Brief auf die E-Mail hat in gleichem Maße die „Vermüllung“ virtueller Postfächer durch Werbemails Einzug in die digitalen Welt gehalten. Im Jahr 2011 belief sich der Anteil von sog. Spam-Mails am gesamten weltweiten E-Mail-Verkehr laut einer Statistik von Kaspersky Lab, einem namhaften Entwickler von Sicherheitssoftware, auf etwa 80 Prozent. Zur E-Mail-Werbung im rechtlichen Sinn zählen neben den eingangs erwähnten Auswüchsen auch seriöse Werbemails, z.B. per E-Mail versandte Newsletter, in denen Unternehmen neue Produkte bewerben oder schlicht über ihre Geschäftstätigkeit informieren. Auch wenn solche Mails keine unmittelbar produktbezogenen Anpreisungen enthalten, sind sie nach dem sehr weiten Verständnis des BGH „Werbung“ und unterliegen strengen wettbewerbsrechtlichen Anforderungen.

## E-Mail-Werbung grundsätzlich nur mit Einwilligung („Opt-in“) zulässig

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist Werbung mit E-Mails nur nach vorheriger Einwilligung („Opt-in“) des Werbeadressaten zulässig. Dies gilt für an Verbraucher wie an Unternehmer gerichtete Werbung. Mit dem Einwilligungserfordernis werden der E-Mail-Werbung enge wettbewerbsrechtliche Grenzen gesetzt. Gründe sind der Belästigungseffekt und die – angesichts des geringen finanziellen und technischen Aufwands des Mailversands – hohe Nachahmungsgefahr. Eine Ausnahme sieht § 7 Abs. 3 UWG unter bestimmten Voraussetzungen für Bestandskundenwerbung vor, wenn sich die Werbung auf Waren oder Dienstleistungen bezieht, die den zuvor bestellten Produkten ähneln. Der Grundsatz für die in der Praxis relevanten Fälle bleibt aber das Erfordernis der vorherigen Einwilligung. Kommt es zum Rechtsstreit – meist dadurch, dass ein Verband, z.B. eine Verbraucherzentrale, oder ein Konkurrent Kenntnis von der Versendung unerwünschter Werbemails erlangt, das werbende Unternehmen abmahnt und ggf. gerichtlich auf Unterlassung in Anspruch nimmt – muss das per E-Mail werbende Unternehmen die Einwilligung des Empfängers darlegen und beweisen. Werbeadressaten können sich auf deliktsrechtlicher Grundlage gegen unverlangte E-Mail-Werbung wehren, wobei die Gerichte im Wesentlichen die gleichen materiellen Grundsätze anwenden.

## Double-opt-in-Verfahren

Diese Beweislastverteilung bereitet werbenden Unternehmen Schwierigkeiten. Erklärt der Werbeadressat seine Einwilligung in elektronischer Form, z.B. bei Bestellung eines auf einer Website angebotenen Newsletters, so muss das per E-Mail werbende Unternehmen nach der Rechtsprechung des BGH die elektronisch übermittelte Einwilligung speichern und jederzeit ausdrucken können. Der sichere Nachweis einer solchen elektronischen Einwilligung setzt darüber hinaus ein Verfahren voraus, mit dem sich ausschließen lässt, dass nicht die in der Einwilligungserklärung angegebene Person (gegenüber der im Anschluss geworben wird), sondern ein Dritter die Einwilligung erklärt hat. Der in der Einwilligungserklärung angegebene Adressat und die tatsächlich einwilligende Person können aus zahlreichen Gründen auseinanderfallen, z.B. wegen versehentlicher oder auch bewusster Falscheingabe in Belästigungs- und Schädigungsabsicht.

In der Praxis hat sich daher eine Technik herausgebildet, die den Anforderungen des BGH an den Nachweis der Einwilligung bislang gerecht zu werden schien: das sog. Double-opt-in-Verfahren. Dieses Verfahren kommt vor allem bei der E-Mail-Werbung per Newsletter zum Einsatz. Wie der Name schon sagt, besteht das Double-opt-in-Verfahren aus zwei nacheinander geschalteten Erklärungen des E-Mail-Empfängers. In einem ersten Schritt trägt sich der Empfänger mit seinem Namen und seiner E-Mail-Adresse in ein Online-Formular des Unternehmens ein. Im Anschluss hieran erhält er in einem zweiten Schritt eine E-Mail (Bestätigungsaufforderung oder auch „Check-Mail“ genannt) des Unternehmens, die an die bei der vorangegangenen Eintragung benutzte bzw. an die in der Erklärung angegebene E-Mail-Adresse gesendet wird. Mit der „Check-Mail“ wird der Empfänger gebeten, durch Anklicken eines in der Mail enthaltenen, individualisierten Links zu bestätigen, dass die erste Einwilligung tatsächlich vom Adressaten der „Check-Mail“ stammt.

In der Rechtsprechung wurde das Double-opt-in-Verfahren bislang als Verfahren der Wahl angesehen. Der BGH hat kürzlich für den Fall der E-Mail-Werbung klargestellt, dass die Verwendung dieses Verfahrens geeignet und ausreichend ist, die elektronisch übermittelte Einwilligung zu dokumentieren (BGH, Urt. v. 10.2.2011 – I ZR 647/09, WRP 2011, 1153, 1156, Rn. 37 – „Double-opt-in-Verfahren“). Der Werbende stellt nach Meinung des BGH mit



**Dr. Jochen Scholz**  
Rechtsanwalt

Partner am Freiburger Standort der Sozietät Bender Harrer Krevet.

Studium der Rechtswissenschaften in Heidelberg und Genf, Referendariat in Berlin. 1998 Promotion an der Humboldt-Universität Berlin über ein Urheberrechtliches Thema. 1999 bis 2009 Rechtsanwalt in einer überregional tätigen, IT-rechtlich spezialisierten Kanzlei in Karlsruhe, seit 2009 Rechtsanwalt bei Bender Harrer Krevet.

Veröffentlichungen zum Urheber-, Wettbewerbs-, Marken- und IT-Recht sowie zum E-Commerce.

„Dr. Scholz ist Mitherausgeber und -autor des 2013 erschienenen „Handbuch Versandhandelsrecht – E-Commerce, M-Commerce, Katalog“.

Dr. Scholz ist u.a. Mitglied der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. und der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik e.V.



**Till Sebastian Wipperfürth**  
Rechtsanwalt

Associate am Freiburger Standort der Sozietät Bender Harrer Krevet.

Studium der Rechtswissenschaften in Würzburg, Lyon (Licence en droit) und Freiburg. Begleitstudien im Europäischen Recht (Europajurist). Referendariat in Offenburg, Freiburg und New York. Seit 2012 Rechtsanwalt bei BENDER HARRER KREKET.

Derzeit nimmt Herr Wipperfürth berufsbegleitend am LL.M.-Studiengang „Wirtschaftsrecht“ der Universität Köln teil.

einem solchen Verfahren ausreichend sicher, dass es nicht aufgrund von Falscheingaben zu einer Versendung von unerwünschter E-Mail-Werbung kommt.

### Münchener Sonderweg

Dass Gerichte gelegentlich über das legitime Ziel, Marktteilnehmer vor belästigender Werbung zu schützen, hinausschießen, zeigt eine viel diskutierte aktuelle Entscheidung des OLG München (OLG München, Urt. v. 27.9.2012 – 29 U 1682/12, WRP 2013, 111 – „Bestätigungsaufforderung“). Das beklagte, in der Anlageberatung tätige Unternehmen bot auf seiner Internet-Seite einen Newsletter zum kostenlosen Abonnement an. Das Unternehmen setzte hierbei das Double-opt-in-Verfahren ein. Mit einer „Check-Mail“ bat die Beklagte die klagende Steuerberatungsgesellschaft, die Teilnahme am Newsletter mit dem mitgeschickten Link zu bestätigen. Ein Mitarbeiter der Klägerin klickte daraufhin den Link an, so dass die Klägerin in den Newsletter-Verteiler aufgenommen wurde. Die Klägerin nahm die Beklagte u.a. wegen der „Check-Mail“, der keine wirksame Einwilligung vorausgegangen sei, auf Unterlassung und Erstattung von Rechtsverfolgungskosten in Anspruch.

Anders als die Vorinstanz stufte das OLG München die „Check-Mail“ als Werbung ein, obwohl darin keinerlei Werbebotschaften enthalten waren. Die Übersendung der „Check-Mail“ war deshalb nach Meinung des OLG ihrerseits nur nach vorheriger Einwilligung zulässig. Eine solche Einwilligung hatte die hierfür beweislasternde Beklagte im Streitfall allerdings offenbar nicht hinreichend dokumentiert und konnte eine Einwilligung nicht nachweisen, so dass nach Auffassung des OLG die „Check-Mail“ nicht hätte versandt werden dürfen. Mit dem Einwilligungserfordernis für die „Check-Mail“ stellt das OLG München das Double-opt-in-Verfahren grundlegend infrage.

### Ausblick: Double-opt-in-Verfahren passé?

Nähme man die Berufungsentscheidung aus München beim Wort, könnte streng genommen das Double-opt-in-Verfahren wegen des dort behaupteten Werbecharakters der „Check-Mail“ guten Gewissens nur noch praktiziert werden, wenn der „Check-Mail“ ihrerseits ein Double-opt-in-Verfahren vorausgeht (und damit wiederum eine kaum rechtsicher zu versendende „Check-Mail“). Damit aber wäre das etablierte und, wie erwähnt, höchststrichlerlich grundsätzlich für geeignet und erforderlich

befundene Double-opt-in-Verfahren ad absurdum geführt. Die Entscheidung ist deshalb in der Literatur mit Recht auf Kritik gestoßen (vgl. z.B. Gamespacher, WRP 2013, 113; Kartheuser, ITRB 2013, 4; vgl. auch bereits Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 7 Rn. 189).

Man wird zwar nicht schematisch jede „Check-Mail“ als unbedenklich ansehen können, nur weil sie Teil des Double-opt-in-Verfahrens ist. Beschränkt sich eine solche E-Mail nicht auf die Überprüfungsfunktion, sondern enthält darüber hinaus irgendwelche eigenständigen Werbebotschaften, unterliegt sie selbstverständlich den allgemeinen Anforderungen.



Ist dies allerdings nicht der Fall, ist die „Check-Mail“ nicht als Werbung anzusehen. Alles andere wäre auch mit Sinn und Zweck des Double-opt-in-Verfahrens nicht in Einklang zu bringen. Dieses Verfahren beinhaltet, dass sich der Werbende per Bestätigungsanfrage vergewissert, ob die zuvor abgegebene Einwilligungserklärung tatsächlich von dem angegebenen E-Mail-Empfänger stammt. Dieses Vorgehen muss sanktionslos bleiben, weil die Frage nach der Einwilligungsbestätigung immer auch eine ablehnende Antwort zur Folge haben kann. Setzt sich die Sichtweise des OLG München durch, könnten Unternehmen kaum mehr per E-Mail werben – gerade auch mit den von vielen Nutzern ausdrücklich gewünschten Newsletter-Abonnements –, ohne sich dem Risiko wettbewerbs- und zivilrechtlicher Unterlassungsansprüche auszusetzen. Das Münchener Urteil sollte deshalb nicht Richtschnur für künftige Entscheidungen sein.

Referendariat bei  
Bender Harrer Krevet

Dr. Jörg Vogel  
Fahnenbergplatz 1  
79098 Freiburg

Telefon + 49 761 28287-0  
Telefax + 49 761 28287-44  
j.vogel@bender-harrer.de