

Werbung mit Newsletter und Fax

Da sich Händler und Privatpersonen immer häufiger gegen die Zusendung von unverlangter Email-Werbung (etwa in Form von Newslettern) zur Wehr setzen und die Zahl der Abmahnungen von Online-Händlern kontinuierlich steigt, soll dieser Leitfaden wichtige wettbewerbsrechtliche Voraussetzungen an eine zulässige Email-Werbung sowie mögliche Gefahrenfelder (z.B. die Produktempfehlung mittels tell-a-friend-Funktion) aufzeigen. Dass mit diesem Thema nicht sorglos umzugehen ist, machen die im Anschluss dargestellten Rechtsfolgen bei einem Verstoß und die zu erwartenden Streitwerte deutlich.

von (freier jur. Mitarbeiter der IT-Recht Kanzlei)

Tobias Kuntze

Inhaltsverzeichnis

- 3 Grundregel: Email-Werbung erfordert vorherige ausdrückliche Einwilligung**
- 6 Ausnahme: Einwilligung kann nach § 7 Abs. 3 UWG entbehrlich sein**
- 9 Sonderfall der Werbe-Einwilligung: Tell-a-friend-Funktion**
- 12 Wer trägt die Beweislast für das Vorliegen der Einwilligung?**
- 14 Was sind die Rechtsfolgen bei einem Verstoß?**
- 15 Wie hoch ist der Streitwert bei einem Verstoß?**
- 16 Fazit**
- 16 Impressum

Grundregel: Email-Werbung erfordert vorherige ausdrückliche Einwilligung

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) setzt eine im Sinne des Wettbewerbsrechts zulässige Werbung mittels Email voraus, dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten in den Erhalt der Werbung vorliegt. Hierbei sind die folgenden Faktoren zu berücksichtigen:

- » Die Einwilligung muss ausdrücklich erfolgen, so dass eine konkludente oder mutmaßliche Einwilligung nicht ausreicht.
- » Die Einwilligung muss für den konkreten Fall erteilt worden sein. Daher ist in der Angabe der Email-Adresse eines Verbrauchers in öffentlichen Verzeichnissen keine Einwilligung in die Zusendung von Newsletter-Werbung zu sehen. Handelt es sich hingegen um einen Unternehmer, so ist zu beachten: Sofern der Unternehmer seine Email-Adresse in öffentlichen Verzeichnissen oder auf seiner Homepage mitteilt, willigt er in die bestimmungsgemäße Nutzung seiner Email-Adresse durch potenzielle Kunden zum Zwecke seiner Verkaufstätigkeit ein. In die Nutzung durch gewerbliche Anbieter zu Werbezwecken willigt er hingegen nicht ausdrücklich ein (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl. 2011, § 7 UWG Rn. 187). Im entsprechenden Leiturtel des BGH (Urteil vom 10.12.2009, Az. I ZR 201/07) hatte eine Händlerin an eine andere KFZ-Händlerin Email-Werbung versandt und dabei eine auf der Homepage aufgeführte Email-Adresse benutzt. Der BGH führte hierzu aus, dass die Angabe auf der Homepage allein für die Veräußerung von Kraftfahrzeugen an potentielle Kunden bestimmt war und nicht als Einwilligung in den Erhalt von Werbung gewertet werden könne.
- » Die Einwilligung muss (insbesondere wenn sie zusammen mit anderen Erklärungen erfolgt) mittels einer gesonderten Erklärung erfolgen (sog. "Opt-in" - Erklärung). Dies kann durch zusätzliche Unterschrift oder individuelles Markieren eines entsprechenden Feldes auf einem Internetformular (durch Markieren eines Kästchens mittels Häkchen) erfolgen. Diese Anforderungen werden dann nicht erfüllt, wenn die Einwilligungsklausel in Textpassagen enthalten ist, die auch andere Erklärungen oder Hinweise enthalten (z.B. in Allgemeinen Geschäftsbedingungen). Hier fehlt es dann an der geforderten ausdrücklichen Einwilligungserklärung (so der BGH im sog. "Payback" - Urteil vom 16.07.2008, Az. VIII ZR 348/06; zur unzulässigen Einwilligung mittels AGB, siehe auch folgende News: Ja, ich will? Einwilligung des Kunden in Zusendung von Werbung kann nicht durch AGB fingiert werden (<http://www.it-recht-kanzlei.de/einwilligung-kunde-in-zusendung-von-werbung-nicht%20in>

-agb-fingiert.html)). Unzulässig ist ferner die Situation, dass der künftige Adressat tätig werden und bei einem Internetformular ein Kästchen ankreuzen muss, um keine Einwilligung in die spätere Zusendung von Werbung mittels E-Mail zu erteilen (sog. "Opt-out" - Erklärung). Hiervon zu unterscheiden - aber gleichsam unzulässig - ist auch eine "voreingestellte" Einwilligung. Hier muss der Kunde bzw. der spätere Adressat das Häkchen (welches in der Regel am Ende des Bestell- bzw. Internetformulars angebracht ist) selbständig entfernen, um im Anschluss keine Werbung zu erhalten. Nach Ansicht des OLG Jena (Urteil vom 21.04.2010, Az. 2 U 88/10) liegt in einem solchen Fall keine nach außen erkennbare Be-tätigung des Willens im Sinne einer ausdrücklichen Einwilligungserklärung vor, sondern lediglich ein bedeutungsloses passives (dem Schweigen vergleichbares) Nichterklären.

- » Die Einwilligung hat ohne Zwang und in Kenntnis der Sachlage zu erfolgen. Sie muss Ausdruck einer freien und unbeirrten Entscheidung sein. In diesem Zusammenhang sei auf ein Urteil des LG Hamburg (10.08.2010, Az. 312 O 25/10) verwiesen, in dem es um die Frage geht, inwieweit die Koppelung einer Gewinnspielteilnahme mit der Einwilligung in Email-Werbung zulässig ist. Im konkreten Fall hatte ein Verlagshaus auf seiner Homepage eine Gewinnspielteilnahme an die Zustimmung zur Telefon- und Email-Werbung gekoppelt. Das LG Hamburg verneinte die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des Koppelungsangebots bereits unter dem Gesichtspunkt, dass eine gesonderte Einwilligungserklärung in die Datenfreigabe fehlte. Für den Fall, dass diese vorliegt, trifft das Urteil allerdings keine Aussage. Die eigentlich interessante Frage, ob und inwieweit ein grundsätzliches Koppelungsverbot zwischen Gewinnspielteilnahme und Einwilligung in elektronische Werbung besteht, wird vom LG nicht weiter behandelt. Insbesondere lässt es die Frage offen, ob die im Rahmen eines Koppelungsangebots abgegebene Einwilligung freiwillig erfolgte oder durch die Gewinnaussicht in unzulässiger Weise beeinflusst wurde. Eine endgültige Antwort auf diese Frage liegt im Moment noch nicht vor, da sich der BGH zu diesem Problem bisher nicht geäußert hat. Zwei OLG Urteile (OLG Köln, vom 12.9.2007, Az. 6 U 63/07; OLG Hamm, vom 15.11. 2007, Az. 4 U 23/07) legen aber den Schluss nahe, dass eine Koppelung zwischen Gewinnspielteilnahme und Werbe-Einwilligung wettbewerbsrechtlich unzulässig ist. Denn zum einen verknüpfe ein solches Koppelungsangebot zwei Leistungen, die nichts miteinander zu tun haben; zum anderen werde die Entschlussfreiheit des Adressaten aufgrund der Gewinnaussicht in unzulässiger Weise beeinträchtigt (vgl. hierzu den Aufsatz "Direktmarketing nach der BDSG-Novelle" von Plath/Frey, Betriebs-Berater 2009, S. 1767). Für eine weitere Darstellung dieses Problemkreises, siehe auch folgende News: Ist die Koppelung einer Gewinnspielteilnahme mit der Einwilligung in elektronische Werbung zulässig? (<http://www.it-recht-kanzlei.de/kopplung-gewinnspiel-werbung.html>)

- » Die Einwilligung darf nicht veraltet sein. Denn eine einmal erteilte Einwilligung verliert mit Ablauf eines längeren Zeitraumes ihre Aktualität und kann die Versendung von Werbe-Mails dann nicht mehr rechtfertigen. Insofern muss dann eine neue bzw. aktuelle Einwilligung eingeholt werden. In einem Fall des LG München I (Urteil vom 08.04.2010, Az. 17 HK O 138/10) wurde einer Einwilligung nach einem Zeitablauf von 19 Monaten nach ihrer Erteilung (also nach ca. eineinhalb Jahren) ihre rechtfertigende Wirkung abgesprochen. Da ein Gericht diese Zeitspanne im Einzelfall durchaus kürzer festlegen könnte, sollten die vorhandenen Einwilligungen fortlaufend auf ihre Aktualität überprüft werden, um eine Abmahnung zu vermeiden.

Ausnahme: Einwilligung kann nach § 7 Abs. 3 UWG entbehrlich sein

Sofern der Empfänger keine ausdrückliche Einwilligung erteilt hat, muss der elektronische Versand von Werbung nicht zwangsläufig unzulässig sein. Denn das Wettbewerbsrecht enthält in § 7 Abs. 3 UWG eine Ausnahmeregelung, nach der eine Einwilligung des Kunden bzw. Adressaten in bestimmten Fällen entbehrlich ist. Innerhalb existierender Kundenbeziehungen soll es den Händlern möglich sein, für den Verkauf ähnlicher Produkte mittels Email zu werben, ohne die Einwilligung des Kunden eingeholt zu haben (siehe Köhler/Bornkamm, § 7 UWG Rn. 202). Nach dem Gesetzeswortlaut handelt es sich trotz Fehlens einer ausdrücklichen Einwilligungserklärung dann um zulässige Email-Werbung, wenn

- » ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat,
- » der Unternehmer die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet,
- » der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und
- » der Kunde bei Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

Was die in **Nr. 1** geregelte Erlangung der Adresse angeht, so ist zu beachten, dass der werbende Unternehmer die Email-Adresse vom Kunden selbst erlangt haben muss. Dies kann auf Anfrage oder im Rahmen einer Bestellung erfolgen, nicht aber mittels Adressbücher oder durch andere Händler (vgl. Köhler/Bornkamm, § 7 UWG Rn. 204). Ferner muss ein Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung bestehen; dieser liegt typischerweise vor, wenn der Kunde eine Bestellung mittels Email durchgeführt hat, wobei nicht mehr als zwei Jahre vergangen sein dürfen (vgl. Köhler/Bornkamm, § 7 UWG Rn. 204).

Die in **Nr. 2** geregelte Direktwerbung für "eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen" erfordert, dass auch **nur** für **eigene** und **ähnliche** Produkte geworben wird. Was unter dem Begriff des ähnlichen Produkts zu verstehen ist und welche Produkte im Einzelfall noch erfasst sind, kann Schwierigkeiten bereiten. Die zwei folgenden Urteile sollen daher Licht

ins Dunkel bringen:

Nach Ansicht des OLG Jena (Urteil vom 21.04.2010, Az. 2 U 88/10) muss sich die Ähnlichkeit auf die bereits gekauften Waren beziehen und mit dem gleichen typischen Verwendungszweck oder Bedarf des Kunden übereinstimmen; im Einzelfall kann auch die Werbung für Zubehör oder Ergänzungswaren zulässig sein (vgl. Köhler/Bornkamm, § 7 UWG Rn. 205). Wird hingegen für Waren aus einem ganz anderen Verwendungsbereich geworben, so widerspricht dies den Anforderungen an ein "ähnliches Produkt". So geschehen auch im Fall des OLG Jena, in dem ein Kunde Holzkitt erwarb und der anschließend erhaltene Newsletter u.a. für Macheten, Laubstaubsauger, Energiesparlampen, Regenbekleidung und Einkochautomaten Werbung machte.

Weitere Anhaltspunkte hinsichtlich des Ähnlichkeitsbegriffs bietet auch ein Urteil des KG Berlin (vom 18.03.2011, Az. 5 W 59/11). Konkret ging es in der Entscheidung um die Frage, ob die Antragsgegnerin eine im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Geduldsspiels erhaltene Email-Adresse trotz Fehlens einer ausdrücklichen Einwilligung zur Direktwerbung nutzen darf und es sich bei den in der Werbe-Mail angepriesenen Produkten um "ähnliche Waren" im Sinne der Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 3 Nr. 2 UWG handelt. In der Werbe-Mail wurden u.a. ein Wireless Lautsprecher Set, Origami Papier-Servietten, Leuchtende Party-Gläser, Witzige Eiswürfelformen sowie ein Musik-Abmischgerät als "Must-haves für deine Silvesterparty" beworben. In seinem Urteil verneinte das KG Berlin das Vorliegen "ähnlicher Waren". Denn grundsätzlich müsse sich die Ähnlichkeit auf die bereits gekauften Produkte beziehen und demselben typischen Verwendungszweck oder Bedarf des Kunden entsprechen. Dies sei regelmäßig erfüllt, wenn die Produkte austauschbar seien oder dem gleichen oder zumindest einem ähnlichen Bedarf oder Verwendungszweck dienten. Dabei müsse diese Regelung eng ausgelegt werden, um den Adressaten vor unerbetener Werbung zu schützen. Im konkreten Fall sahen die Berliner Richter daher den gleichen typischen Verwendungszweck oder eine Austauschbarkeit zwischen dem gekauften Geduldsspiel und den in der E-Mail beworbenen Produkten (siehe oben) nicht als gegeben (weitere Einzelheiten, siehe: [KG Berlin: Zulässigkeit von Email-Werbung ohne Einwilligung des Adressaten hängt speziell vom Begriff der "ähnlichen Ware" \(§ 7 Abs. 3 Nr. 2 UWG\) ab](#)).

Festzuhalten bleibt, dass die Rechtsprechung strenge Auslegungsmaßstäbe an das Erfordernis eines "ähnlichen Produkts" anzulegen scheint, so dass bei der Zusammenstellung einer Werbe-Mail erhöhte Vorsicht hinsichtlich der Auswahl der beworbenen Produkte geboten ist.

Bei dem in **Nr. 3** geregelten Widerspruch ist zu beachten, dass dieser nicht nur per Email,

sondern auch mit anderen Kommunikationsmitteln erfolgen kann (siehe Köhler/Bornkamm, § 7 UWG Rn. 206).

Bei **Nr. 4** ist schließlich zu beachten, dass sowohl bei der Erhebung der Email-Adresse als auch bei jeder Verwendung eindeutig (d.h. nicht versteckt) auf die Widerspruchsmöglichkeit gegen die weitere Verwendung der Email-Adresse und auf die dabei entstehenden Übermittlungskosten nach den Basistarifen hingewiesen werden muss. Folglich hat der Händler dem Kunden bzw. Adressaten seine Kontaktadresse mitzuteilen, an die der Widerspruch geschickt werden kann; zudem müssen sich die Kosten des Widerspruchs innerhalb der Basistarife bewegen (vgl. Köhler/Bornkamm, § 7 UWG, Rn. 207).

Die dargestellte Ausnahmeregelung greift aber nur dann ein, wenn alle vier Voraussetzungen (§ 7 Abs. 3 Nr. 1 bis Nr. 4 UWG) gemeinsam (kumulativ) vorliegen.

Nur dann ist die Einwilligung des Kunden in die Email-Werbung entbehrlich. Ist aber nur eine der vier Voraussetzungen nicht erfüllt (ist z.B. die Email-Adresse nicht korrekt erlangt oder für nicht "ähnliche" Produkte geworben worden), so greift die Ausnahmeregelung nicht und es bleibt bei der grundsätzlichen Voraussetzung der ausdrücklichen Einwilligung des Kunden. Ist die Einwilligung dann nicht vorhanden, so stellt die Werbung eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG dar.

Sonderfall der Werbe-Einwilligung: Tell-a-friend-Funktion

In den letzten Jahren hat sich eine neue Form der Email-Werbung in Form der Produktweiterempfehlung via Email - die sog. tell-a-friend-Funktion - verbreitet. Hierunter fasst man folgende Situation: Auf der Homepage vieler Onlineshops besteht die Möglichkeit, ein "Produkt weiterzuempfehlen". Klickt der Websitebesucher auf diesen Button, kann er einer bestimmten Person (z.B. einem Freund oder Bekannten) das Produkt via Email weiterempfehlen, sofern er die Email-Adresse dieser Person in ein vom Händler vorgesehenes Formular eingetragen hat. Der Vorteil dieser Funktion liegt darin, dass nicht der Händler die (abmahngefährdete) Email verschickt, sondern die Kunden bzw. Websitebesucher selbst. Doch kann der Händler durch dieses Vorgehen das Verbot unzulässiger Werbung umgehen und sich aus der Verantwortung entziehen?

Nach wie vor fehlt es an einer höchstrichterlichen Klärung dieser Frage durch den BGH. Die unterinstanzgerichtliche Rechtsprechung ist uneinheitlich (zum gesamten Meinungsstand siehe: [Ist Produktmarketing via der "Tell a friend"- bzw. "Mailingpoint-Funktion" rechtlich zulässig?](#)). So entschied etwa das OLG Nürnberg (Urteil vom 25.10.2005; Az. 3 U 1084/05), dass die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der tell-a-friend-Funktion davon abhängt, ob die an den Dritten versendete Email ausschließlich eine Produktempfehlung oder darüber hinaus noch weitere Werbung enthalte. Sofern weitere Werbung angefügt sei, müsse die Email als wettbewerbswidrig i.S.v. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG gewertet werden, es sei denn dass der Empfänger in den Erhalt der Werbe-Mail eingewilligt hat (dies wird bei der Produktweiterempfehlung mittels der tell-a-friend-Funktion aber in der Regel nicht der Fall sein). Enthält die Email hingegen lediglich die reine Produktempfehlung, dann kann nach Ansicht der OLG Nürnberg nicht von einem Wettbewerbsverstoß gesprochen werden, da der Email-Versand allein auf dem Entschluss eines Dritten (des empfehlenden Websitebesuchers) beruhe, dessen Tätigkeit nicht auf den Absatz eigener Waren gerichtet sei.

Wesentlich strenger ist eine aktuelle Entscheidung des LG Berlin (Urteil vom 18.08.2009, Az. 15 S 8/09; Bestätigung von AG Berlin-Mitte, Urteil vom 22.05.2009, Az. 15 C 1006/09). Hier klagte der Empfänger einer Email, die er im Zuge einer Produktempfehlung mittels tell-a-friend-Funktion eines Shopping-Clubs erhielt. Der klagende Empfänger wurde hierin wörtlich in "Deutschlands No. 1 Shopping-Club" eingeladen, um "bei täglich wechselnden Aktionen dabei zu sein und bis zu 70% bei Mode und Lifestyle zu sparen". Das LG bestätigte dem Kläger einen Unterlassungsanspruch gegen den Shopping-Club wegen

Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, da die erhaltene Email werbenden Charakter habe (zwar wurde kein bestimmtes Produkt, aber das Geschäft selbst als "Deutschlands No. 1 Shopping-Club" beworben) und keine Einwilligung in deren Erhalt vorlag. Indem der beklagte Shopping-Club auf seiner Internetseite eine Produktweiterempfehlungsfunktion bereitstelle und der Websitebesucher in eine vorformulierte Einladung nur noch seinen Namen und die Email-Adresse des Einzuladenden einzutragen habe, hafte der Shopping-Club zumindest als Mitstörer, so die Berliner Richter.

Im vorliegenden Fall kam hinzu, dass dem Einladenden bei erfolgreicher Einladung Prämien versprochen wurden, so dass es nach Ansicht des Gerichts nicht darum ging, nur guten Bekannten einen freundschaftlichen Hinweis auf ein Produkt zu geben, sondern dass eine unbestimmte große Anzahl von Personen durch finanzielle Anreize dazu verleitet werden sollte, Werbe-Mails zu verschicken. Eine Entlastung des Shopping-Clubs mit dem Argument, dass eine Überprüfung der von den Websitebesuchern eingegebenen Email-Adressen angeblicher "Freunde" nicht möglich sei, wurde vom Gericht abgelehnt.

Was folgt hieraus für die Praxis? Mangels höchstrichterlicher Klärung durch den BGH ist bei der Verwendung einer Produktweiterempfehlungsfunktion erhöhte Vorsicht geboten, um keine Abmahnung zu erhalten. Die unterinstanzgerichtliche Rechtsprechung verbietet die tell-a-friend-Funktion nicht von vorneherein, stellt jedoch klare Grenzen auf (vgl. Schirnbacher, Anmerkung zu LG Berlin, in GRUR-Prax 2010, S. 207). Folgende Praxistipps sollten beachtet werden:

- » Um das Risiko einer Abmahnung einzugrenzen, sollte die Email nur die reine Produktempfehlung und keine zusätzliche Werbung enthalten (vgl. oben das Urteil des OLG Nürnberg).
- » Als Absender sollte der Name und die Email-Adresse des empfehlenden Kunden erscheinen und lediglich auf die empfohlene Homepage - ohne Werbung - verwiesen werden (vgl. Schirnbacher, Anmerkung zu LG Berlin, in GRUR-Prax 2010, S. 207).
- » Das Inaussichtstellen von Prämien oder anderen Anreizen, um potenzielle Versender zum häufigen Verschicken von Werbe-Mails mittels tell-a-friend-Funktion zu animieren, sollte vermieden werden (vgl. oben das Urteil des LG Berlin).
- » Anstatt eines vorformulierten Einladungs-Formulars sollte dem empfehlenden Versender die Möglichkeit offen stehen, seine Empfehlung eigenständig zu formulieren (vgl. Schirnbacher, Anmerkung zu LG Berlin, in GRUR-Prax 2010, S. 207).

Doch selbst wenn die oben aufgeführten Hinweise beachtet werden, ist nicht ausgeschlossen, dass die Verwendung einer tell-a-friend-Funktion im Einzelfall als unzulässig abgeurteilt wird. Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung dieses Problemfelds ist daher erhöhte Vorsicht bei ihrer Verwendung geboten.

Wer trägt die Beweislast für das Vorliegen der Einwilligung?

Kommt es zum Prozess, so hat der werbende Newsletter-Versender das Vorliegen einer ausdrücklichen Einwilligung des Adressaten bzw. das Eingreifen des Ausnahmetatbestandes des § 7 Abs. 3 UWG zu beweisen (Urteil des BGH vom 11.03.2004, Az. I ZR 81/01; vgl. auch Köhler/Bornkamm, § 7 UWG Rn. 189, 204). Was die Anforderungen an den Nachweis für das Vorliegen der Adressateneinwilligung angeht, so ist zu beachten:

- Nicht ausreichend ist der Hinweis, dass der Adressat der Werbe-Mail seine Daten und Email-Adresse auf der Homepage des Werbenden (etwa in ein vorbereitetes Formular) eingetragen und dadurch seine Einwilligung erteilt hat (sog. "Opt-in" - Verfahren). Denn durch dieses Verfahren kann nicht sichergestellt werden, dass die Eintragung tatsächlich vom Inhaber der eingetragenen Email-Adresse stammt

es besteht mithin Missbrauchsgefahr (allgemeine Ansicht, vgl. u.a. LG Essen, Urteil vom 20.04.2009, Az. 4 O 368/08).

- Unzureichend ist auch der Einwilligungsnachweis mithilfe des sog. "confirmed Opt-in" - Verfahrens. Bei diesem Verfahren wird dem Websitebesucher nach dem Eintragen und Abschicken seiner Daten eine automatische Bestätigungsnachricht per Email zugesendet. Um den Bezug von Werbe-Mails zu verhindern, muss der Adressat diese mittels eines in der Bestätigungsmail enthaltenen Links abbestellen. Allerdings kann auch dieses Verfahren nicht sicherstellen, dass die Eintragung tatsächlich vom Inhaber der eingetragenen Email-Adresse stammt und dieser mit dem Newsletter-Bezug einverstanden ist. Wegen Missbrauchsgefahr kann daher auch das "confirmed Opt-in" - Verfahren nicht als Nachweismittel für das Vorliegen einer Einwilligungserklärung verwendet werden (vgl. u.a. AG Düsseldorf, Urteil vom 14.07.2009, Az. 48 C 1911/09

siehe auch AG Berlin-Mitte, Urteil vom 11.06.2008, Az. 21 C 43/08).

- Einzig das sog. "Double Opt-In" - Verfahren ist geeignet, um eine Einwilligungserklärung des Adressaten beweiskräftig zu beschaffen. Dies wurde bereits von der unterinstanzgerichtlichen Rechtsprechung angenommen (vgl. AG Hamburg, Urteil vom 11.10.2006, Az. 6 C 404/06

siehe auch LG Essen, Urteil vom 20.04.2009, Az. 4 O 368/08) und nun vom BGH kürzlich bestätigt (Urteil vom 10.02.2011, Az. I ZR 164/09). Beim "Double Opt-In" - Verfahren erhält der Websitebesucher nach der Eintragung seiner Daten eine Begrüßungsmail mit der Aufforderung, einen Link anzuklicken. Tut er dies, so bestätigt er seine Einwilligung und aktiviert den Empfang elektronischer Post. Reagiert der Empfänger auf die Begrüßungsmail hingegen nicht, gilt dies als Ablehnung. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Begrüßungsmail sich nur auf die Bestätigung beschränken darf, inhaltlich also neutral zu gestalten ist und keine Werbung enthalten darf (LG Essen, Urteil vom 20.04.2009, Az. 4 O 368/08). Zum "Double Opt-In" - Verfahren führte der BGH ferner aus:

"Nach Eingang der erbetenen Bestätigung kann angenommen werden, dass der Antrag tatsächlich von der angegebenen E-Mail-Adresse stammt. Hat der Verbraucher durch Setzen eines Häkchens in dem Teilnahmeformular bestätigt, dass er mit der Übersendung von Werbung einverstanden ist, ist grundsätzlich hinreichend dokumentiert, dass er in E-Mail-Werbung an diese E-Mail-Adresse ausdrücklich eingewilligt hat (?) Nach der Rechtsprechung des Senats hat der Werbende mit einem solchen Verfahren ausreichend sichergestellt, dass es nicht aufgrund von Falscheingaben zu einer Versendung von E-Mail-Werbung kommt (?) Das schließt es aber nicht aus, dass sich der Verbraucher auch nach Bestätigung seiner E-Mail-Adresse im Double-opt-in-Verfahren noch darauf berufen kann, dass er die unter dieser Adresse abgesandte Einwilligung in E-Mail-Werbung nicht abgegeben hat - etwa mit der Begründung, bei der E-Mail-Adresse, unter der die Bestätigung versandt worden sei, handele es sich nicht um die seine; er habe auch keinen Zugang zu dieser Adresse. Dafür trägt er allerdings (dann) die Darlegungslast. Kann der Verbraucher darlegen, dass die Bestätigung nicht von ihm stammt, war die Werbezusendung auch dann wettbewerbswidrig, wenn die E-Mail-Adresse im Double-opt-in-Verfahren gewonnen wurde."

Um das Vorliegen einer (im Wege des "Double-opt-in" - Verfahrens erlangten) Einwilligung im Streitfall auch tatsächlich beweisen zu können, hat der Werbende die Einwilligungserklärung jedes einzelnen Kunden vollständig zu dokumentieren. Im Fall einer elektronisch übermittelten Einwilligungserklärung setzt dies - nach Ansicht des BGH - deren Speicherung und die jederzeitige Möglichkeit eines Ausdrucks voraus (Urteil vom 10.02.2011, Az. I ZR 164/09).

Was sind die Rechtsfolgen bei einem Verstoß?

Der Empfänger einer unverlangt zugesendeten Newsletter-Werbung bzw. Werbe-Email kann gegen den Absender gemäß §§ 1004, 823 I BGB auf Unterlassung klagen. Privatpersonen können sich dabei auf die Beeinträchtigung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts berufen; bei Unternehmern basiert der Anspruch auf einem widerrechtlichen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Des Weiteren stellt das Versenden von Werbe-Emails ohne Einwilligung auch eine unzumutbare Belästigung bzw. eine unlautere Wettbewerbshandlung im Sinne des § 7 II Nr. 3 UWG dar und kann von den in § 8 III UWG genannten Gruppen (z.B. Mitbewerber, IHK und weitere qualifizierte Verbände und Einrichtungen) abgemahnt werden, auch wenn diese nicht selbst Empfänger der Werbung sind. Läuft eine solche Abmahnung über einen Rechtsanwalt, so können bereits hierdurch hohe Kosten auf den Versender von Werbe-Mails zukommen, da dieser dem berechtigt Abmahnenden zur Kostenerstattung verpflichtet ist. Die Kosten für die Abmahnung richten sich nach dem Streitwert der Angelegenheit (siehe hierzu die News: [Abmahnungen wegen unverlangt zugesandter Email-Newsletter: nehmen zu](#)).

Wie hoch ist der Streitwert bei einem Verstoß?

Der Streitwert richtet sich nach dem Interesse des Empfängers, das dieser daran hat, zukünftig nicht weiter mit unverlangten Werbe-Mails gestört zu werden. Anhaltspunkte für die konkrete Höhe lassen sich beispielsweise aus einem Urteil des LG Lübeck (vom 06.03.2006, Az. 5 O 315/05) ableiten:

- » Einmaliges Zusenden einer Werbe-Mail an privaten Empfänger: Streitwert von 3.000 ?
- » Einmaliges Zusenden einer Werbe-Mail an beruflichen Empfänger: Streitwert von 4.000 ?
- » Mehrmaliges Zusenden einer Werbe-Mail an privaten Empfänger: Streitwert von 5.000 ?
- » Mehrmaliges Zusenden einer Werbe-Mail an beruflichen Empfänger: Streitwert bis zu 7.000 ?
- » Ab einer Zusendung von 5 Werbe-Mails: Streitwert zwischen 8.000 ? und 12.500 ?. Der Streitwert wird 8.000 ? übersteigen, wenn eine berufliche Nutzung der Email-Adresse hinzukommt oder ein erheblicher Aufwand durch die Beseitigung der Emails gegeben ist.
- » Die Höchstgrenze des Streitwerts liegt bei 12.500 ?

Diese Zahlen geben lediglich Richtwerte an und können von anderen Gerichten - insbesondere wenn zusätzlich ein wettbewerbswidriges Verhalten sanktioniert werden soll - höher angesetzt werden. Sie sollten daher nur als unverbindliche Einschätzungsgrundlage dienen (für weitere Informationen, siehe hierzu die [News: Abmahnungen wegen unverlangt zugesandter Email-Newsletter: nehmen zu](#)).

Eine aktuelle Zusammenstellung festgesetzter Streitwerte kann auch unter dem folgenden Link eingesehen werden: [Abmahnung wegen Zusendung unverlangter E-Mail-Werbung: Händler und Privatpersonen wehren sich immer öfter!](#)

Fazit

Damit sie als Händler keine Abmahnung wegen einer unlauteren Wettbewerbshandlung erhalten, ist beim Versand von Newsletter-Werbung per Email unbedingt die vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten einzuholen. Von diesem Grundsatz kann mithilfe der Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 3 UWG abgewichen werden, die es Händlern ermöglicht, innerhalb existierender Kundenbeziehungen für den Verkauf ähnlicher Produkte mittels Email zu werben, ohne die Einwilligung des Kunden erlangt zu haben. Hierbei sollte insbesondere der Begriff des "ähnlichen Produkts" beherzigt und die in den einschlägigen Urteilen (siehe oben) aufgestellten Anhaltspunkte beachtet werden.

Besondere Vorsicht ist auch bei der Verwendung einer Produktweiterempfehlungsfunktion (tell-a-friend-Funktion) geboten. Hier sollten die oben genannten Praxisempfehlungen unbedingt eingehalten werden, um das Risiko einer Abmahnung zu verringern.

Was die Beweislast angeht, so hat im Streitfall der werbende Newsletter-Versender das Vorliegen einer ausdrücklichen Einwilligung bzw. das Eingreifen des Ausnahmetatbestandes des § 7 Abs. 3 UWG zu beweisen. Nach Ansicht der Rechtsprechung ist hierbei nur das sog. "Double Opt-In" - Verfahren geeignet, um die Einwilligungserklärung des Adressaten beweiskräftig zu beschaffen.

Angesichts der zunehmenden Abmahngefahr im Bereich des Newsletter-Versandes und der erheblichen Streitwerte bei Nichteinhalten der gesetzlichen Vorschriften (siehe oben) ist es jedem Händler angeraten, sich vor dem Versand von Email-Werbung mit den dargestellten Problemkreisen vertraut zu machen und bei Bedarf, weitere Spezialfragen abzuklären.

Hinweis:

Für sicheres E-Mail Marketing empfehlen wir unseren [Partner CleverReach](<http://www.cleverreach.de>). Mit über 9.000 Kunden ist CleverReach einer der größten Anbieter in Deutschland und unterstützt mit seinen hilfreichen Antispam-Regeln jeden Versender.

01.09.2011, (freier jur. Mitarbeiter der IT-Recht Kanzlei) Tobias Kuntze

Impressum

IT-Recht Kanzlei

Rechtsanwälte Keller-Stoltenhoff, Keller
Alter Messeplatz 2
80339 München

Rechtsform: Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Vertretungsberechtigte Gesellschafter: RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff, RA Max-Lion Keller, LL.M.
(IT-Recht)

Telefon: +49 (0)89 / 130 1433 - 0

Telefax: +49 (0)89 / 130 1433 - 60

E-Mail: info@it-recht-kanzlei.de

USt.-Identifikationsnummer: DE252791253

Rechtsanwälte

Die Rechtsanwälte haben ihre Berufszulassung in Deutschland erworben und sind Mitglieder der Rechtsanwaltskammer für den Oberlandesgerichtsbezirk München, der zuständigen Zulassungs- und Aufsichtsbehörde (Adresse: Tal 33, 80331 München, Telefon: 089/53 29 44-0, Telefax: 089/53 29 44-28, E-Mail: info@rak-muenchen.de).

Name und Anschrift der Berufshaftpflichtversicherung: HDI Gerling Firmen und Privat Vers. AG,
Dürrenhofstraße 4-6, 90402 Nürnberg

Der räumliche Geltungsbereich des Versicherungsschutzes umfasst Tätigkeiten in den Mitgliedsländern der Europäischen Union.

Die Tätigkeit der Berufsträger der IT-Recht Kanzlei bestimmt sich nach den Berufsregeln für Rechtsanwälte.

Es gelten

- Berufsordnung (BORA)
- Fachanwaltsordnung (FAO)
- Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO)
- Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG)

Sie finden diese Normen auf der Homepage der Bundesrechtsanwaltskammer, <http://www.brak.de>, unter der Rubrik "Berufsrecht".

Die Berufs-/Amtsbezeichnung lautet Rechtsanwalt.