

von Rechtsanwalt **Jan Lennart Müller**

OLG München: Newsletterbestätigung im "Double-opt-in"-Verfahren zwingend unzulässige Werbung (Spam)?

Das OLG München (Urteil vom 27.09.2012, Az. 29 U 1682/12) hat entschieden, dass die erste E-Mail, welche im Rahmen des "Double-opt-in"-Verfahrens zur Bestätigung der Newsletter-Bestellung auffordert, als unzulässige Werbe-E-Mail (Spam) anzusehen sei, wenn der Empfänger keine Einwilligung in den Empfang dieser E-Mail gegeben hat. Das Werbekonzept einer ganzen Branche droht auf der Kippe zu stehen. Lesen Sie unseren Beitrag für mehr Informationen.

Voraussetzung für ein zulässiges E-Mail-Marketing

Die Versendung von E-Mail-Werbung (wie z.B. Newsletter) ist grundsätzlich nur dann zulässig, wenn der Empfänger in den Bezug der E-Mail-Werbung ausdrücklich eingewilligt hat. Diese Erkenntnis ist aus § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG zu gewinnen, da diese Norm die unerwünschte Versendung von E-Mail-Werbung (Spam) ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten als unzumutbare Belästigung qualifiziert.

Zwar kann E-Mail-Werbung auch unter den Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des § 7 Abs. 3 UWG in zulässiger Weise versendet werden, jedoch sind die Vorgaben für diesen ausnahmsweise zulässigen Versand sehr eng und werden von der Rechtsprechung auch streng gehandhabt, so dass im Endeffekt kaum ein Händler die Voraussetzungen hierfür erfüllt. Es bleibt somit dabei, dass der Versender von E-Mail-Werbung grundsätzlich die ausdrückliche Einwilligung des Empfängers zum Bezug der E-Mail-Werbung nachweisen muss. Die absolut überwiegende Auffassung war der Ansicht, dass das sog. "Double-opt-in"-Verfahren geeignet ist, diese ausdrückliche Einwilligung zu belegen.

Was versteht man unter "Double-Opt-In"-Verfahren?

Bei diesem Verfahren muss der Empfänger einer Werbe-E-Mail dem Empfang weiterer regelmäßiger Zusendungen in Form von E-Mails zunächst ausdrücklich zustimmen. Dies geschieht regelmäßig durch die einmalige Eintragung in eine Abonnentenliste (sog. einfaches Opt-In-Verfahren). Anschließend muss der Eintrag in die Abonnentenliste in einem weiteren Schritt bestätigt werden. Hierzu wird dem Newsletter-Empfänger eine erste E-Mail mit der Bitte um Bestätigung des Bezugs der E-Mail-Werbung an die angegebene E-Mail-Kontaktadresse gesendet.

Im Rahmen dieser ersten E-Mail wird der Abonnent aufgefordert, dem Empfang weiterer E-Mail-Werbung zuzustimmen, indem ein in der E-Mail enthaltener Internetlink angeklickt werden soll. Erst wenn der Abonnent diesen Link auch anklickt, wird die E-Mail-Adresse für den Newsletterbezug freigeschaltet. Der Empfang von Werbe-E-Mails muss bei diesem Verfahren also doppelt bestätigt werden, daher auch der Name Double-opt-in-Verfahren. Des Weiteren wird durch dieses Verfahren sichergestellt, dass es nicht aufgrund von Falscheingaben zu einer Versendung von E-Mail-Werbung kommt.

Entscheidung des OLG München: Erste E-Mail bei "Double-opt-in"-Verfahren ist bereits unzulässige Werbung

In dem vom OLG München entschiedenen Fall wurde der Klägerin die folgende erste E-Mail zur Bestätigung des Bezugs eines Newsletters von der Beklagten (einer Anlageberatung) übersandt:

*"Betreff: Bestätigung zum H Newsletter
Willkommen bei unserem Newsletter(n)...
Sie haben sich mit Ihrer Email-Adresse an folgendem oder folgenden Newsletter(n) angemeldet:
*Newsletter
Wenn diese Angaben richtig sind bitten wir Sie folgenden URL zu klicken um das Abonnement zu bestätigen
<http://www.h.eu/newsletter/?p 439>
Sollte das aber ein Fehler sein, so bitten wir Sie diese Email einfach nur zu löschen.
Vielen Dank"*

Knackpunkt der Entscheidung des OLG München war, dass das Gericht in der vorstehenden E-Mail bereits eine "Werbung" (für den Newsletterbezug) gesehen hat. Hierbei legt das Gericht den Begriff der "Werbung" europarechtskonform aus, danach ist 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. Nach diesen Grundsätzen falle auch eine E-Mail, mit der zur

Bestätigung einer Newsletterbestellung im Double-opt-in-Verfahren aufgefordert wird, als Werbung unter das Verbot des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Das Gericht argumentierte weiter, dass die Einbeziehung von Aufforderungen zur Bestätigung einer Newsletterbestellung im Einklang mit einem am Ziel der Absatzförderung orientierten Verständnis des Begriffs der Werbung stehe.

Das OLG München führte hierzu näher das Folgende aus:

"Mit der E-Mail vom 20. Februar 2011 verfolgte die Beklagte das Ziel, die Erbringung ihrer Dienstleistung (Anlageberatung) zu fördern, wenn auch zunächst lediglich mit dem Bestreben, eine ausdrückliche Einwilligung des Adressaten für weitere Werbemaßnahmen zu erlangen. Diese E-Mail war daher eine in unmittelbarem Zusammenhang mit der Förderung ihrer Anlageberatungstätigkeit stehende Äußerung der Beklagten und damit eine Werbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Dabei ist es nicht erforderlich, dass die angegriffene Mail selbst eine Werbebotschaft enthält."

Interessant ist ferner, dass der Versender die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer ausdrücklichen Einwilligung zu tragen hat, wenn der Empfänger bestreitet, sich in die Bestellliste für den Newsletterbezug eingetragen zu haben. Genau diese Einwilligung ist die Beklagte allerdings schuldig geblieben, die Beklagte hatte nämlich lediglich behauptet, dass sich die Klägerin auf der Internetseite der Beklagten unter Angabe ihrer E-Mail-Adresse für das Newsletter-Abonnement angemeldet habe. Dies genügt nicht, um eine Einwilligung der Beklagten zu beweisen.

BGH hält "Double-opt-in"-Verfahren hingegen für zulässig?!

Der BGH hatte in einer jüngeren Entscheidung (**Urteil vom 10.02.2011, Az.: I ZR 164/09-Double-opt-in-Verfahren**) festgehalten, dass die Durchführung eines "Double-opt-in"-Verfahrens geeignet sein kann, eine ausdrückliche Einwilligung im Sinne der gesetzlichen Vorgaben zu belegen. Allerdings ist damit nicht absolut gesichert, dass das "Double-opt-in"-Verfahren auch in jeder Hinsicht rechtlich zulässig sein muss.

Der BGH hatte sich nämlich nicht damit zu beschäftigen gehabt, ob bereits die erste E-Mail, welche zur Bestätigung auffordert, bereits als unzulässige Werbung aufzufassen sein könnte. Im Ergebnis hatte sich der BGH also gar nicht mit dem Streitgegenstand auseinander zu setzen gehabt, ob die Bestätigungs-E-Mail bereits eine unzulässige Werbung darstellt, welche selbst einer Einwilligung bedarf. Zwar erscheint es unwahrscheinlich, dass der BGH ein Verfahren als geeignet zum Nachweis von Einwilligungen einstufen würde, wenn die Bestätigungs-E-Mail als gedachter Zwischenschritt für sich gesehen wieder unzulässig wäre. Zu beachten ist aber noch, dass der BGH in seiner Entscheidung die Möglichkeit für den Werbeempfänger offen gelassen hatte, dass dieser darlegt und beweist, dass die Bestätigung nicht von ihm versandt worden sei. In diesem Fall, dass dem Empfänger dieser Nachweis gelingt, wäre eine Werbezusendung unzulässig, auch wenn die Bestätigung im "Double-opt-in"-Verfahren

gewonnen worden ist.

Fazit

Die Entscheidung des OLG München ist in der Begründung nicht vollkommen von der Hand zu weisen, allerdings zeichnet sich diese Entscheidung vor allem durch ein hohes Maß an Praxisferne aus, da zu fragen bleibt, wie eine ausdrückliche Einwilligung in den Newsletterbezug wirksam und nachvollziehbar eingeholt werden können soll, wenn nicht durch die Installierung eines "Double-opt-in"-Verfahrens.

Des Weiteren setzt sich das OLG München nicht mit der Rechtsprechung des BGH (a.a.O. - Double-opt-in-Verfahren) auseinander, obwohl dies zwingend angezeigt gewesen wäre. Aus der Rechtsprechung des OLG München resultiert nunmehr große Unsicherheit für die Versender von Werbe-E-Mails. Es steht zu befürchten, dass eine Inanspruchnahme im Gerichtsbezirk des OLG München in der geschilderten Situation Aussicht auf Erfolg verspricht, solange die Rechtsprechung des OLG München nicht durch den BGH überprüft wurde. Die Revision zum BGH wurde durch das OLG München ausdrücklich zugelassen, es bleibt zu hoffen, dass dieser Fall sodann dem höchsten Zivilgericht zur abschließenden Klärung vorgelegt werden wird.

Benötigen Sie Beratung hinsichtlich Ihres E-Mail-Marketings?

Gerne stehen wir Ihnen für eine Beratung zur Verfügung! Bitte nehmen Sie hierzu einfach Kontakt mit Herrn RA Jan Lennart Müller unter der E-Mail-Adresse j.mueller@it-recht-kanzlei.de auf.

Update vom 06.07.2016: Das OLG Düsseldorf (Urteil vom 17.03.2016, Az.: I-15 U 64/15) hatte mittlerweile gegenteilig entschieden und wie folgt begründet:

"Die Übersendung einer solchen Aufforderung zur Bestätigung stellt ihrerseits keine unerbetene Werbung dar, weil es im Interesse des Empfängers nur um die Klärung geht, ob er in Werbung eingewilligt hat und nicht um die Erlangung der Einwilligung (...)."

Es bleibt abzuwarten, ob die Frage zur Zulässigkeit der Versendung einer Bestätigungs-E-Mail im Rahmen eines Double-Opt-In-Verfahrens zur endgültigen Klärung dem BGH vorgelegt werden wird.

Update vom 08.03.2017: Ein anderer Senat des OLG München (Urteil vom 23.01.2017, Az.: 21 U 4747/15) hatte nunmehr erneut über eine Konstellation zum Double-Opt-In-Verfahren zu entscheiden gehabt und hierbei anklingen lassen, dass eine Bestätigungs-E-Mail evtl. doch keine unzulässige Werbung darstellen könnte:

"Wenn ein Unternehmen auf eine Nachfrage eines Kunden reagiert und nachfragt, ob er tatsächlich mit der Kontaktaufnahme einverstanden ist, mag dies als bloße Nachfrage nicht unter den Begriff der Werbung fallen."

Da allerdings im entschiedenen Fall des OLG München der Anspruch aus anderen rechtlichen Erwägungen begründet war, ließ das OLG München die Frage schlussendlich offen.

Es bleibt abzuwarten, ob die Frage zur Zulässigkeit der Versendung einer Bestätigungs-E-Mail im Rahmen eines Double-Opt-In-Verfahrens zur endgültigen Klärung dem BGH vorgelegt werden wird.

Autor:

RA Jan Lennart Müller

Rechtsanwalt