

von Rechtsanwalt **Felix Barth**

Der Haken mit dem Häkchen: Double-Opt-In bei Newsletter-Versand nun doch zulässig?

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat sich jüngst mit den Voraussetzungen einer zulässigen Übersendung von Newslettern auseinandergesetzt (OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.03.2016, Az.: I - 15 U 64/15) und geurteilt, dass die Übersendung einer Email mit der Aufforderung zur Bestätigung der Einwilligung in die Übersendung von Werbung per Email im Rahmen des sog. double-opt-in-Verfahrens zulässig ist. Diese Entscheidung steht in grobem Widerspruch zu einer hierzu ergangenen älteren Entscheidung des OLG München (Urteil vom 27.09.2012, Az. 29 U 1682/12). Es bleibt also spannend - to be continued...

Das bleibt: Email-Werbung nur mit Einwilligung

In Zeiten von Datenkauf liegt es nahe, dass DAS Werbemittel der Stunde die Versendung von Werbung per mail ist – es geht schnell, man spart Porto und erreicht vergleichsweise viele Interessenten. Aber: Grundsätzlich setzt eine im Sinne des Wettbewerbsrechts zulässige Werbung mittels Email voraus, dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG) - ohne eine entsprechende Einwilligung stellt Werbung per Email nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG eine unzumutbare Belästigung dar und kann wegen Verstoßes gegen das Wettbewerbsrechts abgemahnt werden. So weit - so gut - so einig. Denn in diesem Punkt sind sich die OLGe Düsseldorf und München noch einer Meinung: Die email-Werbung funktioniert grds. nur mit Einwilligung des Empfängers und diese hat der Absender nachzuweisen – hierzu das OLG Düsseldorf:

“

"Im Rahmen des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG hat der Werbende bei Werbung unter Verwendung elektronischer Post darzulegen und zu beweisen, dass im Zeitpunkt der Werbung eine vorherige ausdrückliche Einwilligung vorlag (BGH, GRUR 2004, 517 – E-Mail-Werbung I; BGH, WRP 2011, 1153 – Double-opt-in-Verfahren; OLG München, GRUR-RR 2013, 226; OLG Celle, WRP 2014, 1218)....Demzufolge muss jedoch die Einwilligung vom Anschlussinhaber bzw. Inhaber der Email-Adresse erteilt worden sein, an den der Unternehmer die Werbung versendet (OLG Köln, GRUR-RR 2011, 336; Köhler in: Köhler/Bornkamm, Kommentar zum UWG, 34. Aufl., § 7 UWG Rn. 187; vgl. auch BGH, WRP 2011, 1153 – Double-opt-in-Verfahren m. w. N.). Zum Nachweis muss der Werbende daher die konkrete Einverständniserklärung jedes einzelnen Empfängers vollständig dokumentieren (OLG München, GRUR-RR 2013, 226; Köhler in: Köhler/Bornkamm, aaO, § 7 UWG Rn. 189 m. w. N.).

”

Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang erwähnt: Zwar kann E-Mail-Werbung auch

unter den Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des § 7 Abs. 3 UWG in zulässiger Weise ohne Einwilligung versendet werden, jedoch sind die Vorgaben für diese Ausnahme sehr eng, so dass letztlich kaum ein Händler diese strengen Voraussetzungen erfüllt.

Das rechtliche Gros der mailing-Problematik spielt sich also im Bereich Einwilligung ab.

Das bleibt umstritten: Double-opt-in zulässig?

Lange Zeit waren sich Versender und Gerichte einig, dass das sog. „Double-opt-in“-Verfahren geeignet ist, diese ausdrückliche Einwilligung zu belegen.

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 verifiziert 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 Empfänger aufgefordert, dem Empfang weiterer E-Mail-Werbung zuzustimmen, indem ein in der E-Mail enthaltener Internetlink angeklickt werden soll. Erst wenn der Empfänger diesen Link dann anklickt, wird die E-Mail-Adresse für den Newsletter-Bezug freigeschaltet. Der Empfang von Werbe-E-Mails muss bei diesem Verfahren also doppelt bestätigt werden, daher auch der Name Double-opt-in-Verfahren.

Und genau an dieser Stelle sind sich das OLG Düsseldorf und München nicht ganz grün.

Während das OLG München entschieden hatte (hier), dass diese erste E-Mail, welche im Rahmen des „Double-opt-in“-Verfahrens zur Bestätigung der Newsletter-Bestellung auffordert, als unzulässige Werbe-E-Mail (Spam) einzuordnen sei, wenn der Empfänger keine Einwilligung in den Empfang dieser E-Mail gegeben hat, vertritt das OLG Düsseldorf hier eine ganz andere Meinung und nimmt dabei ganz offen auch Stellung zu dem OLG München-Urteil:

“

"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 (fehlender Verstoß gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 BGB: OLG Celle, WRP 2014, 1218; Köhler in: Köhler/Bornkamm, aaO, § 7 UWG Rn. 189).

Soweit demgegenüber die Ansicht vertreten wird, auch eine Email, mit der zur Bestätigung einer Bestellung im Double-opt-in-Verfahren aufgefordert wird, falle als Werbung unter das Verbot des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG (OLG München, GRUR-RR 2013, 226 m. w. N.), ist dem daher nicht zu folgen. Doch selbst wenn man mit der Gegenauffassung einen Verstoß annehmen würde, wäre dieser jedenfalls nicht als schuldhaft anzusehen, da es für die Beklagte zur beschriebenen Kontaktaufnahme mit dem Inhaber der Email-Adresse keine zumutbare Alternative gibt, um die tatsächliche Herkunft der Anfrage zu kontrollieren und

zu verifizieren."

”

Und jetzt?

Die Entscheidung des OLG München sorgte damals für ziemliche Furore, weil damit schon das Ende des email-Marketings prophezeit wurde. Daher tut die jüngste Entscheidung aus Düsseldorf der Diskussion vermutlich ganz gut. Wir halten die Argumente des OLG Düsseldorf für nachvollziehbar. Da das double-opt-in Verfahren nach unserer Erfahrung in der Vergangenheit wenig Schwachstellen gezeigt hat und bisher die beste und der vermutlich einzig praktikabelste Weg ist, eine Einwilligung des Empfängers zu bekommen und belegen, wäre aus rechtlicher Sicht zu wünschen, dass hier eine höchstrichterliche Rechtsprechung für eine endgültige Sicherheit sorgt. Bis dahin bleibt alles ein bisschen unklar.

Autor:

RA Felix Barth

Rechtsanwalt und Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz / Partnermanagement