

Rechtliche Stolpersteine bei der Newsletter-Werbung

Der Newsletter-Versand ist im Online-Handel ein beliebtes Marketing-Instrument. In letzter gehört er aber auch mit zu den am häufigsten abgemahnten Formen der Werbung. Damit Sie nicht wegen rechtswidrigem Newsletter-Versand eine Abmahnung erhalten, finden Sie hier die wichtigsten Regeln im Überblick.

Wettbewerbsrechtliche Grundlage für die (Un-)Zulässigkeit von Newsletter-Werbung ist § 7 UWG. Darin ist die sog. "Unzumutbare Belästigung" geregelt, welche in jedem Fall einen Wettbewerbsverstoß darstellt. Eine Bagatellgrenze gibt es nicht.

Grundsatz der Einwilligung

Grundsätzlich benötigt man als Händler eine ausdrückliche Einwilligung des Empfängers, will man ihm Newsletter schicken. Dies regelt § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG.

Dieser Grundsatz gilt unabhängig davon, ob der Empfänger Verbraucher unter Unternehmer ist, das Gesetz macht hier keine Unterschiede, wie auch der BGH (Beschluss v. 10.12.2009, I ZR 201/07) bestätigte.

Ausdrückliche Einwilligung

Das Erteilen einer ausdrücklichen Einwilligung setzt ein bewusstes Handeln des Empfängers voraus. Das "Verstecken" von Einwilligungen in den Empfang von Newslettern innerhalb der AGB oder der Datenschutzerklärung (oder in sonstigen Dokumenten wie FAQ, Kundeninformation etc.) genügt daher dem Erfordernis der ausdrücklichen Einwilligung nicht.

Das LG Magdeburg (Urteil v. 18.08.2010, 7 O 456/10 (15)) hat entschieden, dass derartige Klauseln in AGB unzulässig sind. Das Gericht folgt damit einer Entscheidung des BGH (Urteil v. 16.07.2008, VIII ZR 348/06).

Einen ausführlichen Bericht über das Urteil aus Magdeburg finden Sie auf www.haerting.de von Dr. Martin Schirmbacher.

Opt-out ist unzulässig

Auch eine bereits vorangekreuzte Checkbox, aus der der Kunde das Kreuz entfernen muss, um den Newsletter nicht zu empfangen, stellt keine ausdrückliche Einwilligung dar. Dies folgt ebenfalls aus der oben erwähnten BGH-Entscheidung.

E-Mail-Adresse auf der Homepage

Die Angabe einer e-Mail-Adresse auf der eigenen Homepage ist keine globale Einwilligung in Newsletter-Werbung.

Der Bundesgerichtshof (Beschluss v. 10.12.2009, I ZR 201/07) hat sogar bestätigt, dass der Zusatz der Klägerin in dem dortigen Verfahren, dass derjenige, der mit ihr im Kontakt treten oder ihr etwas mitteilen möchte, ihr hierzu unter anderem eine E-Mail senden könne, erkennbar allein die Veräußerung von Gebrauchtfahrzeugen an Endabnehmer betroffen habe und daher nicht als konkludente Einwilligung in die streitgegenständliche E-Mail-Werbung gewertet werden könne.

Auch ein bereits bestehender e-Mail-Kontakt darf nicht zu Werbezwecken missbraucht werden. Vor

dem AG München (Urteil. v. 09.07.2009, 161 C 6412/09) spielte sich ein Fall ab, bei dem ein Arzt einen Werbe-Newsletter erhielt.

Hierauf antwortete der Arzt und verlangte Auskunft darüber, welche Daten von ihm zu welchem Zweck bei dem Absender gespeichert seien. Daraufhin erhielt der Arzt zwar eine e-Mail, allerdings erneut einen Werbe-Newsletter und nicht die erbetene Auskunft.

Allein der Versand einer E-Mail an den Versender von Newslettern stelle noch keine Einwilligung in den Empfang von Werbe-E-Mails dar. Hinzu komme, dass der Kläger deutlich gemacht hatte, dass er die weitere Zusendung von Werbe-Mails nicht wünsche, entschied das Gericht.

Nachweis der Einwilligung

Ist man sich als Versender von Newslettern sicher, dass der Empfänger seine Einwilligung erteilt hat, stellt sich natürlich die Frage, wer das im Streitfall nachzuweisen hat.

Unter anderem das LG Dresden (Urteil v. 30.10.2009, 42 HKO 36/09) hat hier klargestellt, dass der Versender der Newsletter auch das Vorliegen einer Einwilligung beweisen muss:

“Die Beklagte ist für die Erteilung einer derartigen Einwilligung darlegungs- und beweisbelastet. Denn die unerbetene E-Mail-Werbung ist nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG grundsätzlich unzulässig.

Daher hat die Beklagte als Verletzer diejenigen Umstände darzulegen und zu beweisen, die den rechtsbegründenden Tatsachen ihre Bedeutung nehmen. Hierzu gehört bei der E-Mail-Werbung das die Wettbewerbswidrigkeit ausschließende Einverständnis.”

Wie gelingt der Nachweis der Einwilligung?

Das AG Hamburg (Urteil v. 11.10.2006, 6 C 404/06) hat sehr ausführlich die drei bestehenden Möglichkeiten einer Einwilligung in Newsletter-Werbung erläutert. Auch das Hamburger Gericht bestätigt, dass der Versender das Vorliegen einer Einwilligung beweisen muss.

Eine Einwilligung ist übrigens dann nicht mehr wirksam, wenn zwischen der Erteilung dieser und dem erstmaligen Versand einer Werbe-Mail 1,5 Jahre liegen, entschied das LG München I (Urteil v. 08.04.2010, 17 HK O 138/10).

Opt-in und confirmed-opt-in

Beim sog. Opt-in Verfahren trägt der Kunde seine e-Mail-Adresse in ein vorbereitetes Formular ein und schickt diese über einen Klick auf den Absende-Button zum Versender. Die Mail-Adresse wird ohne weitere Zwischenschritte in die Verteiler-Liste aufgenommen und fortan mit Newslettern versorgt.

Beim Confirmed-opt-in erhält der Kunde nach dem Absenden der Adresse noch eine e-Mail. In dieser Mail ist ein Link enthalten, den der Kunde anklicken muss, wenn er den Newsletter nicht selbst bestellt hat oder doch nicht mehr haben will.

“Beide Verfahren schließen den Missbrauch durch Unbefugte, welche die Daten anderer Personen gegen deren Willen verwenden, nicht aus.”

Double-opt-in

Beim „Double Opt-In“ erhält der Interessent nach dem Absenden seiner e-Mail-Adresse eine Begrüßungsnachricht mit der Aufforderung einen Link anzuklicken. Erst nachdem er dies getan hat, wird die e-Mail-Adresse in den Verteiler aufgenommen. Auf diese Weise wird verhindert, dass die e-Mail-Adresse ohne das Einverständnis des Empfängers verwendet wird.

“Nur die „Double Opt-In“-Methode scheint im rechtlichen Sinne geeignet, das Einverständnis des Empfängers beweisbar einzuholen.”

Dieser Auffassung des AG Hamburg folgten auch das LG Essen (Urteil v. 20.04.2009, 4 O 368/08) und das AG Düsseldorf (Urteil v. 14.07.2009, 48 C 1911/09) .

Dabei muss beachtet werden, dass die Bestätigungs-Mail nur einmal an den Interessent verschickt werden darf. Betätigt dieser den Bestätigungslink nicht, darf er natürlich nicht täglich neue Aufforderungen per Mail erhalten, den Link zu klicken.

Auch darf in dieser e-Mail noch keine Werbung enthalten sein. Sonst würde bereits die Bestätigungs-Mail eine unzumutbare Belästigung darstellen.

Werbung in der Bestellbestätigung

Wer keine Einwilligung in die Werbung per E-Mail von seinen Kunden erhalten hat, darf deshalb grundsätzlich auch in die Bestellbestätigungs-Mail **keine** Werbung (also z.B. Cross-Selling-Produkte, Gutscheine oder Rabatte für künftige Einkäufe, Komplementär-Produkt-Angebote, Werbung für Dritte etc.) einfügen. Das wäre unzulässig.

Zulässig könnte diese Art der Werbung höchstens sein, wenn sich der Händler auf die Ausnahme des § 7 Abs. 3 UWG berufen kann, was jedoch nur selten möglich sein wird.

Bereits eine Aufforderung zur Abgabe einer Kundenbewertung in der Bestellbestätigung stellt Werbung für das eigene Unternehmen dar und ist ohne erteilte Einwilligung unzulässig.

Ausnahme: Der Newsletter-Versand ohne Einwilligung

Mit § 7 Abs. 3 UWG kennt das deutsche Wettbewerbsrecht eine Ausnahme vom Grundsatz der Einwilligung in Newsletter-Werbung. Dieser lautet:

“Abweichend von Absatz 2 Nummer 3 ist eine unzumutbare Belästigung bei einer Werbung unter Verwendung elektronischer Post nicht anzunehmen, wenn

- 1. ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat,*
- 2. der Unternehmer die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet,*
- 3. der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und*
- 4. 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.”*

Diese vier Voraussetzungen müssen alle erfüllt sein, will man Newsletter ohne Einwilligung verschicken.

Bisher war nicht geklärt, was unter “eigene ähnliche Waren” zu verstehen ist. Das OLG Jena (Urteil v. 21.04.2010, 2 Ü 88/10) hat hier eine Definition geliefert:

“Die Ähnlichkeit muss sich auf die bereits gekauften Waren beziehen und dem gleichen typischen Verwendungszweck oder Bedarf des Kunden entsprechen; ggf. ist es noch zulässig, Zubehör oder Ergänzungswaren zu bewerben.”

Diese Auslegung des OLG Jena liegt im Einklang mit dem Grundsatz, dass gesetzliche Ausnahmen immer eng auszulegen sind.

Standardisierte Newsletter an eine Vielzahl von Kunden dürften nur dann ohne Einwilligung möglich sein, wenn im Shop nur Produkte eines einzigen Sortiments (z.B. ausschließlicher Handel mit Töpfen) geführt werden. Misch-Sortiment-Händler dürften es schwer haben, Newsletter auch ohne Einwilligung zu versenden.

Das KG Berlin (Beschluss v. 18.03.2011, 5 W 59/11) schloss sich dieser strengen Ansicht des OLG Jena an.

Tell-a-friend ist unzulässig

Aus dem Erfordernis der Einwilligung folgt, dass auch die oft genutzte Tell-a-Friend-Funktion in aller Regel unzulässig ist. Bei dieser Methode trägt Person A die e-Mail-Adresse von einer Person B in ein Formular ein, welche dann entweder direkt eine e-Mail mit Werbung für das absendende Unternehmen erhält oder eine Bestätigungs-Mail zum Eintrag in den Verteiler. In einem Fall des LG Berlin (Beschluss vom 18.08.2009, 15 S 8/09) verschickte ein Shopping-Club eine e-Mail an einen “Eingeladenen” mit der Aufforderung, sich in dem Club zu registrieren.

Der “Eingeladene” forderte den Shopping-Club auf, künftig Werbe-Mails zu unterlassen. Der Shopping-Club war jedoch der Meinung, er habe gar keine E-Mails verschickt – und verschickte direkt eine weitere Einladung.

Das LG Berlin sah bereits die erste Einladungs-Mail als Werbung an:

“Die “Einladungs”-E-Mail vom 31. März 2009 ist – unabhängig von dem als “persönliche Nachricht” deklarierten Text – als Werbung zu qualifizieren. Für das Ziel, durch die Ansprache potentieller Kunden den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern, kommt es nicht darauf an, ob ein bestimmtes Produkt oder das Geschäft als solches angepriesen wird. Eine Werbung kann sich auch darauf beziehen, der Antragsgegnerin bei der Wahl eines Internet-Verkäufers den Vorzug vor anderen Bezugsmöglichkeiten zu geben.”

Welche Konsequenzen drohen?

Wer unzulässige e-Mail-Werbung verschickt, begibt sich in die nicht zu unterschätzende Gefahr von Abmahnungen. Zum einen drohen Abmahnungen durch Mitbewerber, Wettbewerbsverbände, Verbraucherschutzzentralen etc.

Zum anderen stehen dem Empfänger dieser Werbung daneben eigenständige Unterlassungsansprüche wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung (bei Privatpersonen) bzw. widerrechtlichen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (bei Unternehmen, Freiberuflern etc.) zu.

Das LG Berlin (Beschluss v. 16.10.2009, 15 T 7/09) sprach einem Newsletter-Empfänger dabei einen besonders weiten Schutz zu. Der Kläger erreichte in erster Instanz ein Urteil, mit dem es dem Versender untersagt wurde, e-Mail-Werbung an eine ganz bestimmte e-Mail-Adresse des Klägers zu senden. Das reichte diesem jedoch nicht und er bekam in zweiter Instanz einen weiteren Schutz:

Dem Händler wurde untersagt, rechtswidrige Newsletter an den Kläger überhaupt (also an jede seiner e-Mail-Adressen) zu senden.

Dem fügte das Gericht nur noch hinzu, dass dem Antragsgegner so zwar ein wesentlich höheres Risiko treffe, gegen das Verbot zu verstoßen. Dieses Risiko hätte der Antragsgegner

jedoch selbst in der Hand, denn er könne es vermeiden, in dem er gar keine unzulässige Werbe-E-Mails mehr versendet, sich in Zukunft also rechtskonform verhält.

Dieser zutreffenden, strengen Auffassung folgte auch das LG Potsdam (Urt. v. 5.2.2014, 2 O 361/13). Das Gericht entschied, dass der Unternehmer die Wiederholungsgefahr nicht ausräumen könne, wenn er eine Unterlassungserklärung abgibt, die auf eine konkrete E-Mail-Adresse beschränkt ist. Er müsse sich vielmehr dazu verpflichten, dem Empfänger gar keine weiteren Werbe-E-Mails mehr zuzusenden, unabhängig von der E-Mail-Adresse, entschied das Gericht.

Verstößt man gegen eine solche vom Gericht erlassene einstweilige Verfügung, begibt man sich schnell in eine Kostenfalle, wie ein Newsletter-Versender vor dem AG Rendsburg erfahren musste.

Dieser erhielt zunächst ein Verbot zur Newsletter-Werbung an einen bestimmten Empfänger. Danach schickte er jedoch einen weiteren Newsletter. Daraufhin beantragte der Kläger ein Ordnungsgeld, welches auch in Höhe von 300 Euro gegen den Versender verhängen wurde.

Aber auch davon ließ sich das Unternehmen nicht beeindrucken und schickte weitere Werbe-Mails. Daraufhin beantragte der Empfänger erneut ein Ordnungsgeld. Und das Gericht verhängte dieses in Höhe von 5.000 Euro, mit der Androhung, dass bei weiteren Verstößen gegen das gerichtliche Verbot das nächste Mal ein empfindlich höheres Ordnungsgeld verhängt werde.

Wann drohen diese Konsequenzen?

Das Ordnungsgeld kommt natürlich erst in Betracht, wenn gegen eine einstweilige Verfügung verstoßen wurde. Diese droht aber bereits mit dem Versand einer einzigen Werbe-Mail, die nicht im Rahmen des gesetzlich zulässigen verschickt wurde, wie der BGH (Beschluss v. 20.05.2009, I ZR 218/07 – "E-Mail-Werbung II") klarstellte:

"Wegen des unzumutbar belästigenden Charakters derartiger Werbung gegenüber dem Empfänger ist die Übersendung einer Werbe-E-Mail ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung grundsätzlich rechtswidrig."

Abmeldungen vom Newsletter dürfen nicht ignoriert werden

Abmahnungen und einstweilige Verfügungen drohen auch, wenn Abmeldungen vom Newsletter ignoriert werden. Das Landgericht Lübeck (Beschluss v. 10.07.2009, 14 T 62/09) sah einen Unterlassungsanspruch gegeben, wenn ein früherer Newsletter-Empfänger nach seiner Abmeldung weiterhin e-Mails des Unternehmers erhält.

Fazit

Wer Newsletter verschicken will, muss sich an die strengen gesetzlichen Vorgaben halten. Wenn der Händler weiß, OB er einen Newsletter verschicken darf, muss er in einem zweiten Schritt prüfen, welchen Inhalt dieser Newsletter haben muss, um nicht gegen geltendes Recht zu verstoßen. (mr)

Die besprochene Rechtsprechung

chronologisch zusammengefasst:

BGH: "Opt-out"-Erklärung bei E-Mail Werbung unzulässig

AG Hamburg: Newsletter-Einwilligung nur durch „Double Opt-In“ beweisbar

LG Essen: Nachweis zur Newsletter-Anmeldung nur durch Double-Opt-in möglich

Abmeldungen vom Newsletter dürfen auf keinen Fall ignoriert werden

BGH: Bereits einmaliger Versand von Werbe-Mail ist rechtswidrig

AG München: Einmaliger E-Mail-Kontakt stellt keine Einwilligung in E-Mail-Werbung dar

LG Berlin zur (Un)Zulässigkeit von Tell-a-Friend-Funktionen

5.000 Euro Ordnungsgeld wegen unerlaubter E-Mail-Werbung

Auch AG Düsseldorf empfiehlt "Double Opt-in" für Newsletteranmeldung

BGH: Anforderung an Einwilligung in E-Mail-Werbung im B2B-Geschäft

Umfang des Unterlassungsanspruches wegen unerwünschter Werbe-Mails

LG Dresden: Newsletter-Versender muss Einwilligung nachweisen

Wann man Newsletter auch ohne Einwilligung verschicken darf

KG Berlin: Voraussetzungen für den Newsletter-Versand ohne Einwilligung

Newsletter-Werbung: Wie lange ist eine Einwilligung gültig?

Bildnachweis: Zerbor/shutterstock.com