OLG München: Double-OptIn Mail kann unzulässige Werbung sein

Das Double-Opt-In Verfahren wird im ganzen Land als einzig zulässige Art der Einholung einer Einwilligung angesehen. Im ganzen Land? Nein. Das OLG München hat entschieden, dass die Bestätigungs-Mail im Rahmen dieses Verfahrens als unzulässige Werbung einzustufen ist. Setzt sich diese Auffassung durch, wäre das eine Katastrophe für das e-Mail Marketing.

Lesen Sie mehr zu dem Urteil.

Das Urteil ist Sprengstoff für die komplette Online-Branche: Das OLG München (Urt. v. 27.9.2012, 29 U 1682/12) hat entschieden, dass die Bestätigungs-Mail im Rahmen des Double-Opt-In Verfahrens eine unzulässige Werbemail darstellt, sofern der Unternehmer die Einwilligung des Empfängers nicht nachweisen kann.

Diese Mail soll aber gerade sicherstellen, dass der Unternehmer die Einwilligung in den Empfang von E-Mail-Werbung nachweisen kann.

Was war passiert?

Am Sonntag, den 20. Februar 2011, ging folgende Mail im Postfach der Klägerin – eine Steuerberatungsgesellschaft – ein:

> *„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“*

Am nachfolgenden 21. Februar dann die folgende Mail:

> *„Betreff: Willkommen beim H Newsletter*
>
> *Willkommen beim H Newsletter*
> *Bitte speichern Sie diese eMail als Referenz.*
> *Ihre eMail Adresse wurde für folgenden Newsletter hinterlegt:*
> **Newsletter*
> *Um dhttp://www.h .eu/newsletter/?p*
> *und folgen Sie den dort angeführten Schritten.*
> *Um Ihre Kontaktangaben zu aktualisieren, klicken Sie bitte auf*
> *http://www.h .eu/newsletter/?p*
> *Vielen Dank“*

Diese Mails wurden von der Klägerin als rechtswidriger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb angesehen und sie verlangte eine Unterlassungserklärung. Letztlich klagte sie auf Unterlassung.

Das LG München I hatte die Klage noch abgewiesen.

Unterlassungsanspruch für Bestätigungs-Mail

Zunächst äußert sich das Gericht grundsätzlich über die Zulässigkeit von Werbung per e-Mail. Es gibt in diesem Punkt die zugrunde liegende BGH-Rechtsprechung wieder:

> *"Die Zusendung einer Werbe-E-Mail ohne vorherige Einwilligung des Adressaten stellt einen unmittelbaren Eingriff in den Gewerbebetrieb dar.*
>
> *Davon ist auszugehen bei Eingriffen, die gegen den Betrieb als solchen gerichtet, also betriebsbezogen sind und nicht vom Gewerbebetrieb ohne Weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen. Unverlangt zugesandte E-Mail-Werbung beeinträchtigt regelmäßig den Betriebsablauf des Unternehmens. Mit dem Sichten und Aussortieren unerbetener E-Mails ist ein zusätzlicher Arbeitsaufwand verbunden.*
>
> *Zudem können, soweit kein festes Entgelt vereinbart ist, zusätzliche Kosten für die Herstellung der Online-Verbindung und die Übermittlung der E-Mail durch den Provider anfallen. Die Zusatzkosten für den Abruf der einzelnen E-Mail können zwar gering sein. Auch der Arbeitsaufwand für das Aussortieren einer E-Mail kann sich in engen Grenzen halten, wenn sich bereits aus dem Betreff entnehmen lässt, dass es sich um Werbung handelt.*
>
> *Anders fällt die Beurteilung aber aus, wenn es sich um eine größere Zahl unerbetener E-Mails handelt oder wenn der Empfänger der E-Mail ausdrücklich dem weiteren Erhalt von E-Mails widersprechen muss. Mit der häufigen Übermittlung von Werbe-E-Mails ohne vorherige Einwilligung des Empfängers durch verschiedene Absender ist aber immer dann zu rechnen, wenn die Übermittlung einzelner E-Mails zulässig ist. Denn im Hinblick auf die billige, schnelle und durch Automatisierung arbeitssparende Versendungsmöglichkeit ist ohne Einschränkung der E-Mail-Werbung mit einem immer weiteren Umsichgreifen dieser Werbeart zu rechnen."*

Anschließend stellt das Gericht fest, dass es sich bei der Mail vom 20. Februar um eine Werbe-Mail handelt, die der Klägerin ohne Vorliegen einer Einwilligung zugeschickt wurde.

Die Beklagte war in diesem Fall beweisbelastet, d.h. sie hätte nachweisen müssen, dass die Empfängerin die Einwilligung erteilt hatte. Dies ist bei der Bestätigungsmail nicht möglich. Diese soll ja gerade dazu dienen, die Einwilligung in die eigentlichen Werbe-Mails zu protokollieren.

Die entscheidende Frage in dem Verfahren war also: Handelt es sich bei der Bestätigungs-Mail um Werbung oder nicht?

> *"Nach § 7 Abs. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung – insbesondere Werbung –, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, unzulässig. Dies gilt stets für Werbung unter Verwendung elektronischer Post ohne ausdrückliche Einwilligung des Adressaten (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG).*
>
> *§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG hat seine unionsrechtliche Grundlage in Art. 13 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG vom 12. Juli 2002. Der in der Datenschutzrichtlinie gebrauchte Begriff der Direktwerbung wird dort nicht definiert. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellen alle auf Absatzförderung gerichteten Handlungen bzw. Äußerungen eines Unternehmens Werbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG dar.*
>
> *Der Bundesgerichtshof geht für dieses Begriffsverständnis vom allgemeinen Sprachgebrauch und der Definition des Begriffs der Werbung in Art. 2 Nr. 1 der RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung 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 fällt auch eine E-Mail, mit der zur Bestätigung einer Bestellung im Double-opt-in-Verfahren aufgefordert wird, als Werbung unter das Verbot des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Die Einbeziehung von Aufforderungen zur Bestätigung einer Bestellung steht im Einklang mit einem am Ziel der Absatzförderung orientierten Verständnis des Begriffs der Werbung.*
>
> *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.

In diesem Zusammenhang ist von Interesse, dass der Bundesgerichtshof auch eine E-Mail-Anfrage betreffend die Platzierung von Bannerwerbung auf der Webseite eines Fussballvereins als unzulässige Werbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG bewertet hat, obwohl auch in diesem Fall die als unzulässig bewertete E-Mail selbst keine Werbebotschaft enthielt."

Das Gericht hält also auch die Bestätigungs-Mail für Werbung.

Zweite Mail: Einwilligung nachgewiesen

Bei der zweiten Mail handelte es ebenfalls um Werbung, wobei dies von Anfang an klar war.

Im Verfahren war allerdings unstreitig, dass diese zweite Mail erst verschickt wird, wenn der Bestätigungslink in der ersten Mail auch angeklickt wurde. Damit konnte die Beklagte also nachweisen, dass tatsächlich der Empfänger dieser Werbung auch seine Einwilligung erteilt hatte.

Das bedeutet also:

Die klagende Steuerberatungsgesellschaft erhielt die Double-Opt-In Mail und klickte auf den darin enthaltenen Link. Und anschließend klagt sie, weil sie diese Bestätigungs-Mail für eine unzumutbare Belästigung hielt.

Fazit

Die Entscheidung des OLG München ist noch nicht rechtskräftig. Die Revision zum BGH wurde zugelassen. Es wäre für die Online-Branche fatal, wenn sich diese Ansicht durchsetzt.

Daher muss gehofft werden, dass die Beklagte Revision einlegen wird und der BGH dieses Urteil aus München korrigiert. Als Händler, der e-Mail-Marketing betreibt, sollte man die Lage allerdings genau im Auge behalten. (mr)

[hubspotform whitepaper="true" title="E-Mail an Bestandskunden richtig versenden" image_path="" image_text="Für den Versand von Werbung per E-Mail ist grundsätzlich eine ausdrückliche Einwilligung des Empfängers erforderlich. Es gibt hiervon jedoch eine Ausnahme. In unserem kostenlosen Whitepaper erklären wir ganz genau, wann diese greift." copy_text="" portal_id="603347″ form_id="8e3b4ded-b7b4-4b7a-acf8-716a257307e6″ css=""]

Bildnachweis: Zerbor/shutterstock.com

Auch bvh kritisiert die Entscheidung

Auch Sebastian Schulz vom Bundesverband des Versandhandels (bvh) kritisert in einer Stellungnahme gegenüber Shopbetreiber-Blog diese Entscheidung:

Absolut rechtssicher war der Bereich E-Mail-Marketing schon vor dem Urteil des OLG München nicht. Wird die E-Mailadresse nicht im Zuge eines Bestellvorgangs abgefragt oder liegt kein gesetzlicher Erlaubnistatbestand vor, musste der Werbende schon bislang im Zweifelsfall das Vorliegen der Einwilligung des Adressaten beweisen.

Das Oberlandesgericht München bringt mit seinem Urteil erhöhte Rechtsunsicherheit in ein

zwischenzeitlich selbst von Aufsichtsbehörden anerkanntes Verfahren und begibt sich damit in Widerspruch zu Äußerungen des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 2011. Das letzte Wort ist damit jedoch noch lange nicht gesprochen. Ob die erkennenden Richter mit ihrem Urteil eine wirklich ausgewogene Entscheidung getroffen haben, wird der BGH im Revisionsverfahren nachprüfen und mit deutlichen Worten korrigieren können. Nicht auszuschließen ist, dass sich auch der Europäische Gerichtshof der Frage widmen wird, ob die Auslegung der einschlägigen Vorschriften durch das OLG München mit europäischem Recht vereinbar ist.

Die Unternehmen sollten das Urteil jedenfalls zum Anlass nehmen, Bestätigungsmails noch einmal auf wichtige Aspekte hin zu überprüfen: So gehören in Bestätigungsmails keine werblichen Aussagen! Der Verzicht auf Logos, weiterführende Links o.ä. und der Hinweis, dass bei unterbleibender Bestätigung der Adressat nie wieder mit einer einzigen Email des Unternehmens rechnen muss, sollte auch in Zukunft für das Double-Opt-In Verfahren sprechen.

Das Urteil ist ein weiteres Beispiel dafür, dass die gegenwärtig auf europäischer Ebene laufende Datenschutzreform längst nicht alle praktisch relevanten Fälle berücksichtigt. Wir werden uns dafür einsetzen, dass auch zu dieser Frage eine rechtsklare und für alle beteiligten Interessen vertretbare Lösung gefunden wird.

Der bvh berät seine Mitglieder gern zur praktischen Umsetzung des Urteils in den Unternehmen.