E-Mail-Werbung: Wie gelingt der Nachweis der Einwilligung?

Das Versenden von Newslettern ist grundsätzlich nur mit Einwilligung des Empfängers zulässig. Die Einwilligung kann man im Double-OptIn Verfahren nachweisen. Aber wie kann man nachweisen, dass man die Bestätigungs-Mail nicht einfach so auf gut Glück rausgeschickt hat, sondern diese wirklich von einem Interessenten angefragt wurde? Das OLG München gab dazu jetzt Antworten.

Das OLG München (Urt. v. 23.1.2017, 21 U 4747/15) musste sich mit der Frage beschäftigen, ob ein Unternehmen gegen eine Unterlassungserklärung verstoßen hatte.

Das Unternehmen hatte sich dazu verpflichtet, den Empfänger nicht mehr zu Zwecken der Werbung zu kontaktieren.

Sind Double-OptIn-Mails Werbung?

Obwohl das Unternehmen diese Unterlassungserklärung abgegeben hatte, erreichten den Kläger in der Folgezeit fünf E-Mails. Diese E-Mails stellten Bestätigungsmails dar, wie sie im Rahmen des Double-OptIn-Verfahrens verschickt werden.

Das Gericht äußerte sich zunächst dazu, dass es derzeit strittig ist, ob diese Bestätigungs-Mails grundsätzlich Werbung darstellten. So hatte das OLG München (aber ein anderer Senat) vor einiger Zeit diese Frage bejaht, das OLG Celle und das OLG Düsseldorf dagegen hatten diese Frage verneint.

In dem nun entschiedenen Verfahren hat das Gericht diese grundsätzliche Frage ausdrücklich offen gelassen, wobei das Gericht durchblicken lässt, dass es eine DOI-Mail nicht als Werbung ansieht.

Im konkreten Einzelfall hat es aber entschieden, dass die hier versendeten E-Mails Werbung darstellten.

> *“Ohne dass man sich für eine der beiden Auffassungen entscheiden müsste, ist im vorliegenden Einzelfall das Vorliegen von Werbung aus folgenden Gründen unproblematisch zu bejahen:*
>
> *Nach Art. 2 lit. a der Richtlinie 2006/114/EG bedeutet 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, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern.*
>
> *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.*
>
> *Hier liegt der Sachverhalt aber anders: Der Beklagten war aus dem Schriftverkehr mit dem Kläger bekannt, dass die Domain „m. .de“ dem Kläger zuzuordnen ist und E-Mails bei ihm auflaufen.”*

Kein Nachweis für Anmeldung erbracht

Die Beklagte hatte in dem Verfahren aber keinen Nachweis erbracht, dass sie überhaupt eine Anfrage von dem Kläger erhalten hat, die den Versand einer DOI-Mail rechtfertig könnte. Und das, obwohl die Beklagte sogar einen Zeugen hatte, der hätte entsprechend Auskunft geben können:

> *“Sie hat nicht nachgewiesen, dass eine erste Nachfrage von einer E-Mail laura@m. .de*

erfolgt ist. Die Aussage des Zeugen H. in erster Instanz genügt dafür nicht.

Das Landgericht hat in seiner Beweiswürdigung die Aussage des Zeugen H. für glaubwürdig erachtet und anhand dieser Aussage die unverlangte Zusendung von Werbung in allen streitgegenständlichen Fällen nicht für erwiesen erachtet.

Auch der Senat hat keine Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen, so dass eine Wiederholung der Beweisaufnahme nicht veranlasst ist, doch hält er angesichts der Rechtsprechung zum Nachweis von Einverständniserklärungen den Beweis durch die Aussage des Zeugen nicht für geführt:

Der Zeuge hat nur angegeben, dass generell eine Double-opt-in-Anfrage nur erfolgt, „wenn eine Freikarte online bestellt wurde".

Einen Nachweis für die online-Anfrage im konkreten Fall hat die Beklagte nicht erbracht.

Der Zeuge hat nämlich nicht gesagt, wann genau die Anfrage erfolgte, welche Daten dabei genau angegeben wurden etc.

Weitere Beweisangebote oder die Vorlage von Dokumentationen erfolgten nicht.

Es ist aber Sache des Unternehmens, den Kontakt zum Kunden zu dokumentieren und dadurch ein Einverständnis nachzuweisen und zwar auch dann, wenn die Bestellungen nicht abgeschlossen wurden.

Die bloße Validierung der Adresse, also der bloße Nachweis der Existenz der Adresse an sich, ist kein Nachweis des Einverständnisses.

Es ist damit auch nach Einvernahme des Zeugen nicht nachgewiesen, dass eine erste Anfrage online unter Angabe der E-Mail-Adresse laura@m. .de erfolgte.

Eine solche Anfrage erscheint auch nicht aus anderen Gründen als wahrscheinlich. Vielmehr ist der Senat angesichts der Vielzahl an Mails an verschiedene E-Mail-Adressen der Domain @m. .de davon überzeugt, dass diese zum Zwecke der ersten Kontaktaufnahme und nicht als Reaktion auf eine bereits erfolgte Nachfrage versandt wurden.

So ist zum Beispiel äußerst fraglich, aus welchem Grund eine Laura M. an einem Tag gleich vier SIM-Karten angefordert haben soll.

Die theoretische Möglichkeit, dass der Kläger selbst die E-Mails unter dem Namen Laura M. angefordert hat, um Vertragsstrafen zu generieren, ist nicht zu prüfen, da die Beklagte selbst z. B. in ihrem Schriftsatz vom 11.11.2015 vorgetragen hat, die Bestellungen seien durch Dritte erfolgt.

Nachdem eine erste Nachfrage durch den Kunden nicht nachgewiesen ist, fallen die E-Mail-Anschreiben aber, da sie den Empfänger zur Abnahme einer SIM-Karte auffordern, unzweifelhaft unter den Begriff der Werbung, da sie als erste Kontaktaufnahme den Kunden auf sich aufmerksam machen wollen und damit dem Ziel der Absatzförderung dienen.

Damit liegt in der Zusendung dieser Mails ein Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtung. Dieser erfolgte auch schuldhaft, da die Beklagte wusste, dass die Domain „@m. .de" dem Kläger zuzuordnen ist und damit auch wissen musste, dass die E-Mail beim Kläger ankommt, der sie nicht angefordert hat."

Der beklagte Online-Händler hätte hier also nicht nur allgemeine Ausführungen machen dürfen, sondern hätte konkrete Einträge aus der Datenbank vorlegen müssen.

Wie gelingt der Nachweis

Das Gericht macht hier sehr konkrete Vorgaben, welche Punkte hätten vorgetragen werden müssen (evtl. auch durch Belege aus der Datenbank):

Genaues Datum und genaue Uhrzeit des Eintrags in eine Online-Maske
weitere Daten, die dabei erhoben wurden
Die Beklagte verschickte aber noch weitere Mails an den Empfänger und verschickte Rechnungen sowie Informationen zu einem Tarifwechsel.

Hierzu trug die Beklagte lediglich vor, dass „diese E-Mails an die Kunden (gehen), die eine

monatliche Rechnung bekommen und einen Vertrag bei der Beklagten geschlossen haben.“

Auch das genügte dem Senat nicht.

> *“Vertragsdaten, eine Dokumentation der Kontaktaufnahme oder ähnliches hat die Beklagte nicht vorgelegt.*
>
> *Wie auch im Fall der E-Mailadresse laura@m. .de ist daher hier von einer ersten Kontaktaufnahme auszugehen, die den Empfänger zu einer Reaktion veranlassen und damit mit der Beklagten in Kontakt bringen soll.*
>
> *Dies fällt unter den oben dargestellten weiten Begriff der Werbung.*
>
> *Im Fall der Anlage K 8 handelt es sich nicht nur um eine Tarifwechselinformation, sondern offensichtlich (auch) um Werbung (Prämie für erfolgreiche Empfehlung).”*

Es wäre der Beklagten hier wirklich ein Leichtes gewesen, entsprechende bestehende Verträge vorzulegen, die einen Versand von Rechnungen rechtfertigen würde. Warum sie dies nicht getan hat, bleibt ihr Geheimnis.

Teure Mailing-Kampagne

Der Versand dieser E-Mails und der völlig unzureichende Nachweisversuch, dass doch Anmeldungen vorlagen, kam das Unternehmen hier teuer zu stehen. Denn insgesamt erhielt der Kläger 22 E-Mails, obwohl die Beklagte die Unterlassungserklärung abgegeben hatte.

Darin hatte sie erklärt, pro Verstoß 500 Euro Vertragsstrafe zu zahlen.

Da hier so häufig gegen die Unterlassungserklärung verstoßen wurde, erhielt der Kläger 11.000 Euro Vertragsstrafe. In dem Fall hier handelte es sich um einen großen Konzern, der auch diese Summer sicherlich locker verschmerzen kann. Einen kleinen Online-Händler, der seine Einwilligungen nicht sauber dokumentiert, kann eine solche Summer aber schnell die Existenz kosten.

Fazit

Beim Einholen und bei der Dokumentation von Einwilligungen sollte man sehr genau sein. Am besten bedient man sich Dienstleistern, die eine CSA-Zertifizierung besitzen. Das erhöht nicht nur die Öffnungsrate, sondern auch die Dokumentation für die Eintragung in Empfängerlisten kann so sehr gut gewährleistet sein. Mit 500 Euro Vertragsstrafe pro Mail lag der Fall hier übrigens noch eher am unteren Ende der Fahnenstange. In einer Entscheidung des OLG Hamm wurde eine Vertragsstrafe von 3.000 Euro pro Mail (!) zugesprochen. Das wären im hier entschiedenen Fall dann direkt 66.000 Euro insgesamt.

Im Streitfall ist es wichtig, dass man vor Gericht eine genaue Dokumentation vorlegen kann, die sich auf den konkreten Einzelfall bezieht. Bloßes Blabla à la “Das machen wir immer so.” reicht nicht und ist als Nachweis völlig unzureichend. (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