

KG: Bereits kurze Werbung im E-Mail-Footer unzulässig ohne Einwilligung

Newsletter dürfen grundsätzlich nur beim Vorliegen einer ausdrücklichen Einwilligung verschickt werden. Das KG (Urt. v. 15.9.2021 - 5 U 35/20) entschied nun, dass bereits das Versenden einer E-Mail mit einem zweizeiligen Werbezusatz ohne ausdrückliche Einwilligung unzulässig ist.

Die Beklagte verschickte u.a. an die beruflich genutzte E-Mail-Adresse des Klägers zwei E-Mails, die im Fall eigentlich zulässig waren, die am Ende jedoch folgendes Element enthielten: „XXXXX. Organisiert, denkt mit, erledigt. Nutzen Sie www.XXXXX.de“. Der Kläger hatte jedoch nicht in den Versand eines Newsletters eingewilligt, sah in den E-Mails unzulässige Werbung und verlangte Unterlassung. Das LG Berlin (Urt. v. 11.2.2020 - 16 O 175/19) hatte seine Klage abgewiesen. Hiergegen richtet er sich mit seiner Berufung.

Das KG entschied nun, dass es sich bei den beiden E-Mails um Werbung handle, in die der Kläger nicht eingewilligt habe, und verurteilte die Beklagte zur Unterlassung.

Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Das KG stellte fest, dass der überwiegende Teil der zwar E-Mail keine Werbung enthalte, was jedoch nicht dazu führen könne, dass es sich bei dem Zusatz am Ende der Nachricht nicht um Werbung handle. Der Versand stelle einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Klägers dar. Er habe nicht in den Versand eingewilligt.

Die Zusendung von elektronischer Post an einen Adressaten, der das Postfach beruflich nutzt, für Zwecke der Werbung ohne dessen Einwilligung stellt einen Eingriff in den von § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB geschützten eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar.

Unverlangt zugesendete E-Mail-Werbung erfolgt betriebsbezogen und beeinträchtigt den Betriebsablauf im Unternehmen des Empfängers (BGH, Urteil vom 14. März 2017 - VI ZR 721/15 -, Rn. 15, juris). So liegt es hier hinsichtlich der E-Mails der Beklagten vom 25. März 2019 und 04. April 2019 (nachfolgend auch nur "streitgegenständliche E-Mails"), die die Beklagte an ein Postfach des Klägers geschickt hat, das dieser auch beruflich nutzt.

Diese E-Mails beinhalteten an deren jeweiligen Ende jeweils ein werbliches Element: XXXXX. Organisiert, denkt mit, erledigt. Nutzen Sie www.XXXXX.de

Zwar ist der übrige, weit überwiegende Teil der streitgegenständlichen E-Mails keine Werbung. Dies hat aber nicht zur Folge, dass das werbliche Element von vornherein keine Werbung darstellen könnte. Die streitgegenständlichen E-Mails werden von der Beklagten vielmehr in zweifacher Hinsicht - nämlich für die nicht zu beanstandende Kommunikation im Rest der E-Mails und ganz am Ende für Zwecke der Werbung - genutzt. Nach der Rechtsprechung des BGH ist in solchen Konstellationen für die Annahme, die Nutzung der elektronischen Post sei durch den zulässigen Teil der E-Mail insgesamt gerechtfertigt, "kein Raum" (BGH, Urteil vom 10. Juli 2018 - VI ZR 225/17 -, Rn. 20, juris; Urteil vom 15. Dezember 2015 - VI ZR 134/15 -, Rn. 19, juris).

Zweizeiler im Footer macht E-Mail unzulässig

Die Beklagte verteidigte sich damit, dass der weit überwiegende Teil der E-Mail keine Werbung sei, nur aus acht Worten bestehe und optisch abgegrenzt und erst am Ende erfolge. Das KG räumte zwar ein, dass diese Argumente nicht von der Hand zu weisen seien, folgte im Ergebnis jedoch der Rechtsprechung des BGH.

Die Beklagte hat zwar nicht von der Hand zu weisende Argumente vorgebracht, die gegen eine Rechtswidrigkeit streiten: So sei hier zu berücksichtigen, dass der werbliche Zusatz

- durch einen Absatz von dem Rest der E-Mail abgesetzt sei,
- flächenmäßig einen Bruchteil der gesamten E-Mail ausmache und lediglich aus acht Worten bestehe,
- am Ende der Nachricht stehe,
- nicht in einem Zusammenhang mit dem Rest der E-Mail stehe und nicht als Teil des Schreibens angesehen werden könne.

Zudem seien die E-Mails ohne Anhang versendet worden und das Laden und die Inanspruchnahme von Speicherkapazität habe sich auf ein Minimum beschränkt. Dadurch habe der werbliche Zusatz sowohl aufgrund der Gestaltung der E-Mails als auch aufgrund des Inhaltes leicht als werbend identifiziert werden und leicht unbeachtet bleiben können. Der Zeitaufwand für die Identifizierung des Zusatzes als Werbeteil habe sich auf ein Minimum beschränkt. Damit sei die Beeinträchtigung des Klägers in einem so minimalen Maße eingetreten, dass eine Abwägung der widerstreitenden Interessen zugunsten der Beklagten ausfallen müsse.

Trotz dieser aus Sicht des Senates nicht von der Hand zu weisenden Argumente muss unter Beachtung der Rechtsprechung des BGH die Abwägung zu Lasten der Beklagten ausgehen.

Geringfügigkeit unerheblich

Nach den Grundsätzen des BGH hängt der werbliche Charakter einer E-Mail nicht von dem Grad der Beeinträchtigung der Interessen des Empfängers ab, denn er müsse sich zumindest gedanklich damit auseinandersetzen. Zudem müsse die Nachahmungsgefahr berücksichtigt werden.

Nach Ansicht des BGH (Urteil vom 10. Juli 2018 – VI ZR 225/17 –, Rn. 25, juris) reicht es nicht aus, wenn die unerwünschte Werbung die Interessen des Klägers nur vergleichsweise geringfügig beeinträchtigt. **Das Hinzufügen von Werbung zu einer im Übrigen zulässigen E-Mail-Nachricht sei, so der BGH, allerdings keine solche Bagatelle, dass eine Belästigung des Nutzers ausgeschlossen wäre, denn zumindest müsse sich der Nutzer gedanklich mit den werblichen Elementen beschäftigen.** „Zwar mag sich der Arbeitsaufwand bei einer einzelnen E-Mail in Grenzen halten. Mit der häufigen Verwendung von Werbezusätzen ist aber immer dann zu rechnen, wenn die Übermittlung einzelner E-Mails mit solchen Zusätzen zulässig ist. Denn im Hinblick auf die billige, schnelle und durch Automatisierungsmöglichkeit arbeitssparende Versandmöglichkeit und ihrer günstigen Werbewirkung ist mit einem Umsichgreifen dieser Werbeart zu rechnen. **Eine bei isolierter Betrachtung unerhebliche Belästigung kann Mitbewerber zur Nachahmung veranlassen, wobei durch diesen Summeneffekt eine erhebliche Belästigung entstehen kann.** Entscheidend ist aber, dass es dem Verwender einer E-Mail-Adresse zu Werbezwecken nach Abschluss einer Verkaufstransaktion zumutbar ist, bevor er auf diese Art mit Werbung in die Privatsphäre des Empfängers eindringt, diesem – wie es die Vorschrift des § 7 Abs. 3 UWG verlangt – die Möglichkeit zu geben, der Verwendung seiner E-Mail-Adresse zum Zwecke der Werbung zu widersprechen“ (BGH aaO.).

Zwar unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt von dem dem BGH-Fall zugrundeliegenden deutlich. Die generalpräventiven Überlegungen des BGH treffen hier jedoch genauso zu, entschied das KG.

Es besteht auch, worauf das Landgericht zutreffend hingewiesen hat, ein Unterschied zu dem Sachverhalt, der dem Urteil des BGH vom 15. Dezember 2015 (VI ZR 134/15) zugrundelag. Im eben zitierten Fall hatte der Empfänger der konkreten Werbung in engem zeitlichen Zusammenhang mehrfach ausdrücklich widersprochen; vorliegend indes hat der Kläger der E-Mail-Werbung nicht widersprochen, sondern diese (erst) über sechs Monate später zum Gegenstand seiner Klageerweiterung gemacht. **Die vom BGH angestellten generalpräventiven Erwägungen (Gefahr des „Umsichgreifens dieser Werbeart“ durch Nachahmung, „Summeneffekt“) treffen aber auch vollumfänglich auf den vorliegenden Fall zu, ebenso wie der Gesichtspunkt, dass es der Beklagten**

zumutbar ist, die Voraussetzungen der gesetzlich zulässigen Werbeformen einzuhalten.

Fazit

Das KG orientiert sich an der strengen Linie des BGH in Sachen E-Mail-Werbung. Bereits für einen kurzen Zweizeiler am Ende einer ansonsten zulässigen E-Mail ist die ausdrückliche Einwilligung des Empfängers notwendig.

Zum Nachweis dieser Einwilligung ist das „Double Opt-In“-Verfahren geeignet, wobei auch hier die Bestätigungsmail ausschließlich die Aufforderung zur Bestätigung der Einwilligung enthalten darf und keine weiteren werblichen Elemente. Dies bestätigte zuletzt noch einmal das **LG Stendahl**. Ob bereits das Logo als ein solches Element qualifiziert werden kann, ist fraglich. Das **AG Frankfurt a.M.** entschied, dass das Firmen-Logo in der E-Mail-Signatur noch nicht als Werbung einzustufen sei.

Für unsere Kunden

Kundinnen und Kunden unserer **Legal Produkte** finden in Ihrem **Legal Account** neben einem ausführlichen Whitepaper zum Newsletterversand eine hilfreiche Checkliste mit allen To Dos.

[r.classen/Shutterstock.com](https://www.r.classen/Shutterstock.com)