

CB-BEITRAG

Jens-Christof Niemeyer, RA/FA f. IT-Recht

Rechtlicher Rahmen des E-Mail-Marketings

Seit der Bundesgerichtshof (BGH) in seinem Urteil *E-Mail-Werbung* erstmals über die Zusendung unverlangter E-Mails entschieden hat, sind mehr als zehn Jahre vergangen (BGH, 11.3.2004 – I ZR 81/01). Obwohl die Rechtsprechung sich seither mit vielen Einzelfragen des E-Mail-Marketings befasst hat, fällt es den Verantwortlichen in der Praxis offenbar immer noch schwer, die rechtlichen Rahmenbedingungen zu beachten. Der Beitrag will dem entgegenwirken und liefert einen Überblick der aktuellen Rechtslage.

I. Grundsätzliches

Ausgerechnet die gerade erwähnte BGH-Entscheidung zur E-Mail-Werbung ist mit der jetzigen Regelung in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG nicht mehr vereinbar. Während der BGH seinerzeit noch ein konkludentes Einverständnis und – gegenüber Gewerbetreibenden – die Vermutung eines sachlichen Interesses des Empfängers genügen ließ, ist Werbung per E-Mail heute grundsätzlich nur dann zulässig, wenn eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Empfängers vorliegt.

Nachdem ein beträchtlicher Teil der gebräuchlichen E-Mail-Adressen (z. B. hansklein@provider.de) Rückschlüsse auf den Namen des Betroffenen zulässt und die Adresse damit als personenbezogenes Datum anzusehen ist,¹ ergibt sich das Erfordernis einer Einwilligung auch aus § 4 Abs. 1 BDSG.

Zu beachten ist ferner, dass der Adressat einer unverlangten Werbemail jedenfalls aus §§ 1004 Abs. 1 S. 2, 823 Abs. 1 BGB wegen eines Eingriffs in ein *sonstiges Recht* einen Unterlassungsanspruch ableiten kann. Es liegt entweder ein Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb² oder in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor.

II. Einwilligung

Zur richtlinienkonformen Auslegung von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist Art. 2 lit. h der Richtlinie 95/46/EG bei der Begriffsbestimmung der *Einwilligung* heranzuziehen, so dass hierzu jede Willensbekundung zählt, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der akzeptiert wird, dass personenbezogene Daten verarbeitet werden.

1. Inhaltliche Anforderungen

Eine Einwilligung soll auf den *konkreten Fall* bezogen sein, weil der Adressat die Einwilligungserklärung nicht selbst formuliert, sondern eine vorformulierte Erklärung akzeptiert. Diese Anforderung ist erfüllt, wenn aus der Erklärung hervorgeht, welche konkreten Unternehmen für welche konkreten Produkte werben dürfen.³

Wenn eine Einwilligung für mehrere Werbetreibende gelten soll (sog. *Co-Registrierung*), dann soll es genügen, die Namen der beteiligten Unternehmen zu benennen oder über einen Link bekannt zu

machen.⁴ Dass die Klausel „um Sie künftig über *interessante Angebote* auch von *Partnerunternehmen* zu informieren“⁵ vom *Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.* beanstandet wurde, erstaunt nicht. Schließlich fehlt dieser Einwilligungserklärung jegliche Angabe, mit welchen Angeboten die Verbraucher zukünftig in welcher Frequenz konfrontiert werden sollen. In dem beim LG Hamburg geführten Unterlassungsverfahren konnte die streitige Frage der Unlauterkeit des Umfangs der Einwilligung leider dahinstehen,⁶ empfehlenswert ist sie aus den genannten Gründen nicht.

2. Negativbeispiele

Oft fördert es das Verständnis, zur Veranschaulichung des Erlaubten auf typische Rechtsverstöße zu verweisen: So lässt sich aus der Angabe einer E-Mail-Adresse etwa im Impressum einer Website kein Einverständnis zu gewerblichen Anfragen ableiten.⁷ Dasselbe gilt für die Übergabe einer Visitenkarte,⁸ die Eintragung in die Teilnehmerliste eines Seminars⁹ und auch die widerspruchslose Hinnahme zuvor übersandter E-Mails.¹⁰

3. Zwingend: Opt-in

Wenn die Einwilligung im Internet eingeholt wird, etwa beim Vertragsschluss oder i. V. m. einem Gewinnspiel, empfiehlt sich ein Auswahlfeld (*Checkbox*), das der spätere Empfänger ankreuzt oder abhakt (*Opt-in*). Den umgekehrten Fall („[] Hier ankreuzen, falls die Einwilligung **nicht** erteilt wird.“) hat der BGH in der *Payback*-Entscheidung ausdrücklich als wettbewerbswidrig angesehen.¹¹

1 Schirmbacher/Schätzle, WRP 2014, 1143, Rn. 4.

2 S. nur BGH, 20.5.2009 – I ZR 218/07, BB 2009, 2224 m. BB-Komm. Terhaag, K&R 2009, 649.

3 Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 2015, § 7, Rn. 186.

4 Schirmbacher/Schätzle, WRP 2014, 1143, 1147, Rn. 45.

5 Hervorhebungen durch den Autor.

6 LG Hamburg, 10.8.2010 – 312 O 25/10.

7 BGH, 17.7.2008 – I ZR 197/05, K&R 2008, 600.

8 LG Baden-Baden, 18.1.2012 – 5 O 100/11, WRP 2012, 612.

9 LG Gera, 24.7.2012 – 3 O 455/11, WRP 2012, 1468.

10 Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 2015, § 7, Rn. 185.

11 BGH, 16.7.2008 – VIII ZR 348/06, BB 2008, 2426 m. BB-Komm. Schirmbacher, K&R 2008, 678.

4. Empfehlenswert: Double-Opt-in

Im Streitfall muss der Absender der Werbemail darlegen und beweisen, dass zum Zeitpunkt des Versands eine den vorerwähnten Anforderungen genügende Einwilligung vorlag. Dafür hat sich das *Double-Opt-in*-Verfahren etabliert: Nachdem ein Interessent auf der Website seine E-Mail-Adresse eingegeben hat, erhält er eine Bestätigungsmail mit der Bitte, einen darin enthaltenen, individuellen Link anzuklicken. Erst wenn dies geschehen ist, erfolgt die Aufnahme der E-Mail-Adresse in den Verteiler. Auf diese Weise ist gewährleistet, dass nur Personen, die Zugriff auf die betreffende E-Mail-Adresse haben, eine Anmeldung zu einem Newsletter o. ä. vornehmen können. Wer eine einfache Anmeldung über das Webformular ohne zusätzliche Bestätigung (*Single-Opt-in*) implementiert, läuft Gefahr, dass E-Mail-Adressen in den Verteiler gelangen, die missbräuchlich oder versehentlich eingegeben worden sind. Gegenüber dem Inhaber dieser Adresse kann der Werbetreibende die Einwilligung im Zweifel nicht nachweisen.

Diese bis dahin als – um einen in anderen Lebensbereichen überstrapazierten Begriff aufzugreifen – alternativlos aufgefasste Methode, die sogar schon Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung geworden war,¹² geriet anlässlich eines Urteils des OLG München¹³ in den Fokus und sorgte vorübergehend „für erhebliche Unruhe“.¹⁴ Ausgangspunkt war der Umstand, dass schon die einmalige Zusendung einer Werbemail ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung in die Rechte des Empfängers eingreift.¹⁵ Weil auch die Aufforderung zur Bestätigung einer Newsletter-Bestellung im Einklang mit einem am Ziel der Absatzförderung orientierten Verständnis des Begriffs der Werbung stehe,¹⁶ falle schon die Bestätigungsmail unter das Werbeverbot. Das Urteil ist in den zentralen Punkten diskussionswürdig und steht nicht im Einklang mit den Ausführungen des BGH¹⁷ – jedenfalls dann, wenn die Bestätigungsmail neutral gehalten ist, also keinen werblichen Inhalt enthält und mit ihr auch sonst kein sachfremdes Ziel verfolgt wird.¹⁸

Als Alternative werden *mailto*:-Links vorgeschlagen, die das E-Mail-Programm bzw. die Mail-App des Anwenders mit einer vorformulierten Einwilligungs-E-Mail aufrufen, die der Besteller nur noch absenden muss. Diese Methode ist jedoch für den Interessenten unbequem – und ungewohnt. Sie läuft zudem ins Leere, wenn kein Mailclient installiert ist oder wenn der Interessent sich zum Zeitpunkt der Eintragung nicht an seinem eigenen Computer befindet. Weiterhin auf eine *Double-Opt-in*-Anmeldung zu setzen, dürfte demnach nicht nur rechtskonform, sondern auch der einzig praxistaugliche Weg sein.

Zum Nachweis des Einverständnisses des Adressaten ist es erforderlich, dass der Werbende alle Einverständniserklärungen (Inhalt des Einwilligungstexts, Zeitpunkt und IP-Adresse der Einwilligung, Inhalt der Bestätigungsmail, Zeitpunkt und IP-Adresse der Bestätigung) vollständig speichert und jederzeit in der Lage ist, diese Daten auszudrucken.¹⁹ Es genügt nicht, lediglich pauschal auf die Durchführung des Double-Opt-In-Verfahrens hinzuweisen.²⁰

5. Datensparsamkeit

Betrifft die Einwilligung ausschließlich die isolierte Bestellung eines Newsletters über ein Webformular, so ist eingedenk des in § 3a BDSG normierten Gebots der Datensparsamkeit und im Hinblick auf die Möglichkeit der pseudonymen Nutzung gem. § 13 Abs. 6 TMG ergänzend zu beachten, dass lediglich die Angabe einer E-Mail-Adresse verpflichtend ist. Die Abfrage des Namens zur persönlichen Ansprache kann dessen ungeachtet freiwillig erfolgen.²¹

6. Befristung der Einwilligung?

Obwohl die einmal erteilte Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerruflich ist, wird diskutiert, ob eine Einwilligung auch durch Zeitablauf ungültig werden kann, weil der Adressat nach einem bestimmten Zeitraum nicht mehr damit rechnen, noch per E-Mail angesprochen zu werden.²² In Entsprechung des Rechtsgedankens aus § 147 Abs. 2 BGB entfällt die Einwilligung wieder.²³

Hieraus wird die Empfehlung abgeleitet, den Adressaten zeitnah nach Erteilung der Einwilligung erstmalig anzusprechen²⁴ und die Ansprache zudem regelmäßig zu wiederholen, um die Einwilligung „am Leben zu halten“.²⁵

Der zu Bewerbende soll also tendenziell häufiger mit Werbung behelligt werden, um deren Zumutbarkeit aufrechtzuerhalten. In Zeiten allgegenwärtiger Werbung und des Informationsüberflusses scheinen Bedenken gegenüber diesen Empfehlungen legitim.

Eine Einwilligung in ihrer Eigenschaft als geschäftsähnliche Handlung ist mit einer einseitig empfangsbedürftigen Willenserklärung zu vergleichen, die eben nicht generell durch Zeitablauf, sondern allenfalls durch Widerruf oder nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB verfallen kann.²⁶ Nachdem Einschränkungen der Einwilligung in der Praxis regelmäßig nicht vorkommen, da der Einwilligungstext vom Werbenden vorgegeben wird, bleibt für ein automatisches Erlöschen kein Raum.²⁷

III. Entbehrlichkeit einer Einwilligung gem. § 7 Abs. 3 UWG

Eine Ausnahme vom Einwilligungserfordernis ist in § 7 Abs. 3 UWG normiert. Eine werbende E-Mail ist demnach nicht als unzumutbare Belästigung anzusehen, wenn

1. der Werbende die E-Mail-Adresse im Zusammenhang mit einem konkreten Geschäft erhalten hat,
2. der Werbende die Adresse dann zur Bewerbung ähnlicher Waren oder Dienstleistungen nutzt,
3. kein Widerspruch des Adressaten vorliegt und

12 BGH, 10.2.2011 – I ZR 164/09, K&R 2011, 587 m. Anm. *Engels/Brunn*.

13 OLG München, 27.9.2012 – 29 U 1682.

14 *Schirmbacher/Schätzle*, WRP 2014, 3743, Rn. 39.

15 BGH, 20.5.2009 – I ZR 218/07, BB 2009, 2224 m. BB-Komm *Terhaag*, K&R 2009, 649.

16 a. A. *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, 2015, § 7, Rn. 189.

17 BGH, 10.2.2011 – I ZR 164/09, K&R 2011, 587 m. Anm. *Engels/Brunn*.

18 *Grammespacher*, WRP 2013, 111, 114, Rn. 9; *Menke/Witte*, K&R 2013, 25, 28.

19 So grds. BGH, 10.2.2011 – I ZR 164/09, K&R 2011, 587 m. Anm. *Engels/Brunn*.

20 OLG Hamburg, 29.7.2009 – 5 U 226/08.

21 So auch *Bauer*, in: *Oelschlägel/Scholz*, Handbuch Versandhandelsrecht, 2013, Kap. 9 A, Rn. 16.

22 LG Berlin, 2.7.2004 – 15 O 653/03, K&R 2004, 497, im Streitfall waren zwei Jahre vergangen.

23 LG Stuttgart, 31.8.2006 – 38 O 170/6 KfH, die Auffassung wurde von der Berufungsinstantz abgelehnt.

24 *Bauer*, in: *Oelschlägel/Scholz*, Handbuch Versandhandelsrecht, 2013, Kap. 9 A, Rn. 71.

25 *Plath*, BDSG, 2013, § 4a, Rn. 21.

26 OLG Stuttgart, 22.3.2007 – 2 U 159/06, WRP 2007, 854 Ls.

27 *Schirmbacher/Schätzle*, WRP 2014, 1143, 1148, Rn. 51; a. A. *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, 2015, § 7, Rn. 186.

4. der Adressat sowohl bei Erhebung der Adresse als auch bei jeder folgenden werblichen Ansprache klar und deutlich auf sein Widerspruchsrecht hingewiesen wird.

Als konkretes Geschäft sind alle Arten von Austauschverträgen anzusehen, auch wenn im Gesetz auf den Verkauf einer Ware oder Dienstleistung abgestellt wird.²⁸ Entscheidend ist, dass es zu einem Vertragsschluss gekommen ist. Gegenüber Interessenten eines Onlineshops, die einen Kauf nicht abschließen, obwohl sie einige Waren in den Warenkorb gelegt hatten (sog. *Shop-Abbrecher*), kann der Werbende sich auf den Ausnahmetatbestand daher nicht berufen.

Die Frage der Ähnlichkeit der Waren wird zum Schutz der Kunden vor unerwünschter Werbung streng beurteilt. Idealerweise sind beide Produkte austauschbar. Die später beworbene Ware muss also dem gleichen oder zumindest einem ähnlichen Bedarf oder Verwendungszweck dienen.²⁹ Damit der Erlaubnistatbestand nicht ausgehöhlt wird, wird vorgeschlagen, als ähnliche Angebote solche Produkte zu verstehen, mit deren Bewerbung der Empfänger schon bei seiner ursprünglichen Bestellung rechnen konnte und an denen er mutmaßlich interessiert ist, also jedenfalls Zubehör und Ergänzungsteile.³⁰

Als unzulässig angesehen wurde von der Rechtsprechung die Bewerbung von Partyartikeln, nachdem der Adressat zuvor ein Geduldsspiel gekauft hatte.³¹ Ebenfalls unzulässig war es, dem Käufer von Holzkitt später Macheten, Laubstaubsauger, Energiesparlampen, Regenbekleidung und Einkochautomaten anzubieten.³²

IV. Versendung

Wie Websites sind auch E-Mail-Newsletter oder vergleichbare Werbemails als Telemedien i. S. v. § 5 Abs. 1 TMG anzusehen. Es ist demnach eine Anbieterkennzeichnung anzubringen. Je nach inhaltlicher Ausrichtung kann sich daneben auch aus § 55 RStV die Verpflichtung zur Angabe des inhaltlich Verantwortlichen ergeben. Die Frage, ob ein solches Impressum vollständig in der jeweiligen E-Mail enthalten sein sollte oder ob ein Weblink genügt, ist bisher nicht durch die Rechtsprechung geklärt. Eingedenk des Medienbruchs zwischen E-Mail, deren Abruf regelmäßig über die TCP-Ports 110, 143, 995 und 993 erfolgt, und Websites, die üblicherweise über die TCP-Ports 80 und 443 aufgerufen werden, sowie mit Blick auf die heutigen gestalterischen Möglichkeiten und Gepflogenheiten erscheint die Angabe eines vollständigen Impressums in der jeweiligen E-Mail geboten bzw. jedenfalls unproblematisch. Die vorsorgliche Angabe handels- und gesellschaftsrechtlicher Pflichtangaben, wie sie für Geschäftsbriefe gelten, dürfte ebenfalls zweckmäßig sein.

Aus § 7 Abs. 2 Nr. 4 lit. a, b UWG und § 6 Abs. 1, 2 TMG ergibt sich ferner ein Verbot der Verschleierung oder Verheimlichung der Identität des E-Mail-Absenders. Auch darf der Empfänger keinen Zweifel über den kommerziellen Charakter der jeweiligen Nachricht haben.

Wer das Verhalten der Empfänger z. B. seines Newsletters pseudonymisiert analysieren möchte, um festzustellen, wann die E-Mail gelesen wurde (mittels Zählpixel) oder zu erfahren, welche Links aufgerufen wurden (dies ist über individualisierte Link-IDs möglich), sollte gewährleisten, dass seine gem. § 13 Abs. 1 TMG erforderliche Datenschutzerklärung die konkrete Ausgestaltung seiner Mailings zutreffend beschreibt.³³ Personenbezogenes Tracking erfordert eine ausdrückliche Zustimmung.³⁴

V. Abmeldung

Jede Werbemail und jede Ausgabe eines Newsletters muss gem. § 7 Abs. 2 Nr. 4 lit. c UWG die Angabe einer gültigen Adresse enthalten, wo der Adressat künftigen Zusendungen widersprechen bzw. eine Abmeldung vornehmen kann. Als Adresse kommen insbesondere eine E-Mail-Adresse, eine Telefonnummer, eine Faxnummer und eine Postanschrift in Betracht.³⁵ Im E-Mail-Marketing dürfte ein *Unsubscribe-Link*, also ein individueller URL, dessen Aufruf bewirkt, dass die E-Mail-Adresse aus dem Verteiler gestrichen wird, am sachgerechtesten sein. Es empfiehlt sich, einen solchen Link zumindest zusätzlich anzugeben.

Ein Widerruf, der dem Adressaten selbstverständlich auch gem. § 13 Abs. 2 Nr. 4 TMG möglich sein muss, entfaltet grundsätzlich sofort Wirkung. Unter Umständen mag eine Karenzzeit von wenigen Tagen in Betracht kommen.³⁶

VI. Fazit

Soziale Netzwerke und Kurznachrichtendienste sind verbreitete und ständig präsente Bestandteile der Kommunikationskultur. Selbst aktives Videostreaming vom Smartphone ist heute ohne nennenswerte Komplikationen möglich. Vor diesem Hintergrund wirkt eine E-Mail geradezu konservativ. Der Beitrag hat gezeigt, dass Werbende trotzdem rechtliche Herausforderungen zu meistern haben. Diese Herausforderungen ernst zu nehmen, gilt es auch, weil zu erwarten ist, dass das E-Mail-Marketing mit einiger Wahrscheinlichkeit manchen aktuellen Trend der Webnutzung überdauern wird.

AUTOR



Jens-Christof Niemeyer ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Informationstechnologierecht in Spenge, Ostwestfalen-Lippe. Die von Internet und Informationstechnologie aufgeworfenen Rechtsfragen gehören zu seinen Beratungsschwerpunkten.

28 Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 2015, § 7, Rn. 204a.

29 KG, 18.3.2011 – 5 W 91/11; OLG Jena, 21.4.2010 – 2 U 88/10.

30 Schirmbacher/Schätzle, WRP 1143, 1148, Rn. 59 m. w. N.

31 KG, 18.3.2011 – 5 W 91/11.

32 OLG Jena, 21.4.2010 – 2 U 88/10.

33 Formulierungsvorschläge bei Lachenmann, in: Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht, 2015, S. 248 ff.

34 Eingehend Helbing, E-Mail und Newsletter-Tracking Datenschutz-konform umsetzen, URL: <https://www.thomashelbing.com/de/e-mail-newsletter-tracking-datenschutz-bdsg-web-beacon> (Abruf: 8.7.2015).

35 Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 2015, § 7, Rn. 207; Schirmbacher/Schätzle, WRP 2014, 1143, 1149, Rn. 67, lassen eine Internetadresse genügen.

36 Schirmbacher/Schätzle, WRP 1143, 1149, Rn. 71.