

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der
Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs
Frankfurt am Main e.V.

dfv Mediengruppe

Frankfurt am Main

Editorial: Helmut Köhler zum 70. Geburtstag

- 1129 Prof. Dr. Dr. h.c. Joachim Bornkamm**
Helmut Köhler zum Siebzigsten!
- 1130 Prof. Dr. Rolf Sack**
Betriebliche Herkunftstäuschungen und § 5 UWG
- 1136 Prof. Dr. Olaf Sosnitza**
Die Verkehrsauffassung im Markenrecht
- 1143 Dr. Martin Schirnbacher und Daniel Schätzle**
Einzelheiten zulässiger Werbung per E-Mail
- 1151 Prof. Dr. Michael Stöber**
Nach dem Vertriebsweg differenzierende Rabattsysteme im Lichte des europäischen Kartellrechts
- 1157 Stefan Ansgar Strewe, Stefanie Schönwald und Frithjof Zeppenfeld**
Die topografische Karte als Datenbank im Sinne von § 87 a UrhG
- 1163 Sarah Legner**
Gesamtschuldnerinnenausgleich zwischen Kartellanten
- 1167 Till Göckler**
Die Bedeutung der Purely Creative Entscheidung für die UGP-Richtlinie
- 1175 Netto Marken-Discount / DPMA**
EuGH, Urteil vom 10.07.2014 – C-420/13
- 1178 Technische Universität Darmstadt / Eugen Ulmer (Elektronische Leseplätze)**
EuGH, Urteil vom 11.09.2014 – C-117/13
- 1181 Johan Deckmyn u. a. / Helena Vandersteen u. a.**
EuGH, Urteil vom 03.09.2014 – C-201/13
- 1184 Original Bach-Blüten**
BGH, Urteil vom 24.07.2014 – I ZR 221/12
- 1189 Abo-Fallen im Internet**
BGH, Urteil vom 05.03.2014 – 2 StR 616/12
- 1195** Kommentar von **Stefan Kolb**
- 1196 VIVA FRISEURE / VIVA**
BGH, Beschluss vom 13.03.2014 – I ZB 27/13
- 1198 Porträtkunst**
BGH, Urteil vom 19.03.2014 – I ZR 35/13

RA Dr. Martin Schirmbacher und RA Daniel Schätzle, Berlin*

Einzelheiten zulässiger Werbung per E-Mail

INHALT

I. Grundsätze zur Zulässigkeit von E-Mail-Werbung

II. Werbung per elektronischer Post

1. Tell-a-friend

2. Feedback-Anfragen

3. Transaktions-E-Mails

4. Autoresponder-Funktion

III. Einwilligung

1. Begriff der Einwilligung

2. Einwilligungsberechtigte

3. Einwilligungserklärung

- Allgemeine Geschäftsbedingungen
- Auswahlfelder
- Gewinnspiel
- Double-Opt-in-Verfahren
- Mailto-Funktion
- Co-Sponsoring
- Beweislast

4. Stand-Alone-Newsletter

5. Erlöschen der Einwilligung durch Zeitablauf?

IV. Entbehrlichkeit der Einwilligung, § 7 Abs. 3 UWG

1. Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung

2. Kein Erlöschen der Berechtigung

V. Abmeldemöglichkeit und Abmeldung

1. Angabe einer Abmeldeadresse

2. Berücksichtigung von Abmeldungen

VI. Erkennbarkeit des Absenders

1. Keine Verschleierung

2. Impressumspflicht

VII. Fazit

1 Dass die Werbung per E-Mail aus wettbewerbsrechtlicher Sicht grundsätzlich einer ausdrücklichen Einwilligung bedarf, ist klar und ergibt sich zwanglos aus § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Welche Einzelheiten daraus folgen, ist jedoch teilweise offen. Viele in der Praxis übliche Marketingmaßnahmen werden von der Rechtsprechung teilweise sehr kritisch gesehen. Dieser Beitrag befasst sich mit Kommunikationsformen, bei denen auch E-Mails zum Einsatz kommen und zeigt die Reichweite des rechtlich Zulässigen.

I. Grundsätze zur Zulässigkeit von E-Mail-Werbung

2 Die Werbung per E-Mail bedarf grundsätzlich der vorherigen ausdrücklichen Einwilligung des Empfängers. Die zentrale gesetzliche Regelung findet sich in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Eine bloß konkludente oder gar mutmaßliche Einwilligung ist nicht ausreichend.¹⁾ Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Empfänger ein Verbraucher ist oder es sich um eine B2B-Marketingmaßnahme handelt. In zeitlicher Hinsicht muss die Einwilligung

vorliegen, bevor eine Werbe-E-Mail versendet wird. Ein nachträgliches Einverständnis ändert an der unzumutbaren Belästigung in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht nichts.²⁾

Nach allgemeiner Meinung stellt es auch eine unerlaubte Handlung im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB dar, wenn E-Mails ohne Einwilligung des Empfängers versandt werden.³⁾ Handelt es sich bei dem Inhaber der E-Mail-Adresse um eine Privatperson, ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht betroffen.⁴⁾ Ist dagegen ein Unternehmen Inhaber der betroffenen E-Mail-Adresse, wird ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb angenommen.⁵⁾

Schließlich sind aus Sicht des Werbenden die Vorschriften zum Datenschutz zu berücksichtigen. Personenbezogene Daten dürfen grundsätzlich nur erhoben, verarbeitet und gespeichert werden, wenn dies das Gesetz ausdrücklich zulässt oder eine Einwilligung des Betroffenen vorliegt (§ 4 Abs. 1 BDSG). Die E-Mail-Adresse ist dabei nahezu stets ein personenbezogenes Datum, schon weil sich der Name des Betroffenen häufig aus der Adresse selbst ergeben wird. In beinahe allen E-Mail-Verteilern werden sich daher personenbezogene Daten befinden, auch wenn Konstellationen denkbar sind, in denen es an einem Personenbezug im konkreten Fall fehlt.⁶⁾

II. Werbung per elektronischer Post

Prototyp der elektronischen Post ist die E-Mail. Daneben können auch Nachrichten in Online-Plattformen wie Xing oder Facebook unter die Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG fallen.⁷⁾

Untersagt ist nicht per se jede E-Mail, sondern nur werbende E-Mails. Werbung ist dabei „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“.⁸⁾ Das ist zunächst denkbar weit und erfasst letztlich jede Äußerung, die mittelbar oder unmittelbar der Absatzförderung dient.⁹⁾ Schon ein Link zur eigenen Website kann damit als Werbung eingestuft werden, weil er letztlich dazu dient, potenzielle Kunden auf die eigene Website umzuleiten und diese dort über die angebotenen Produkte zu informieren. Auch die Nachfrage nach Dienstleistungen des Angeschriebenen soll als Werbung anzusehen sein.¹⁰⁾

Ein derart weites Verständnis des Werbebegriffs führt dazu, dass die Schwelle zu einem Einwilligungserfordernis sehr schnell erreicht ist. Es muss jedoch Raum für geschäftliche Handlungen bleiben, die nicht zugleich als Werbung anzusehen sind. Andernfalls fällt jede unternehmerische Handlung unter den Werbebegriff. Danach wäre etwa der Hinweis auf die Kanzleiwebsite in der Signatur eines Rechtsanwalts ebenso einwilligungsbedürftig, wie der standardmäßige Hinweis auf die Facebook-Präsenz eines

2) *Schöler*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, 3. Aufl. 2013, UWG, § 7 Rn. 300 f.

3) Vgl. *Härtling*, *Internetrecht*, 5. Aufl. 2014, Rn. 1705 m. w. N.

4) KG, 20.06.2002 – 10 U 54/02, CR 2003, 291; OLG Bamberg, 12.05.2005 – 1 U 143/04, CR 2006, 274; LG Berlin, 01.06.2006 – 15 O 389/06, K&R 2007, 56.

5) BGH, 20.05.2009 – 1 ZR 218/07, WRP 2009, 1246 – E-Mail-Werbung II.

6) Vgl. *Gola/Schomerus*, in: *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 3 Rn. 10a; *Härtling* (Fn. 3), Rn. 184 ff.; *Eckhardt*, K&R 2007, 602.

7) *Ohly* in *Ohly/Sosnitzer*, UWG, 6. Aufl. 2014, § 7 Rn. 65.

8) Richtlinie 2006/114/EG vom 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung.

9) *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (Fn. 1), § 7 Rn. 130 f.

10) BGH, 17.07.2008 – 1 ZR 197/05, WRP 2008, 1330 – FC Troschenreuth; a. A. OLG Düsseldorf, 04.10.2005 – I-20 U 64/05, MMR 2006, 171.

* Dr. Martin Schirmbacher ist Fachanwalt für IT-Recht, Daniel Schätzle Rechtsanwalt bei HÄRTING Rechtsanwälte, Berlin. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 1251 f.

1) *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, 32. Aufl. 2014, § 7 Rn. 185.

Schirnbacher/Schätzle – Einzelheiten zulässiger Werbung per E-Mail

Online-Shop-Betreibers in einer Bestellbestätigung. Selbst die Verwendung des Unternehmens-Logos, eines Claims oder Firmenschlagworts in einer E-Mail wäre als Werbung einzuordnen. Der Werbebegriff ist daher einschränkend auszulegen und kann nur Maßnahmen erfassen, die unmittelbar der Absatzförderung dienen.¹¹⁾

1. Tell-a-friend

- 8 Die unmittelbare Möglichkeit, jedwede Online-Inhalte mit dem eigenen Netzwerk zu teilen, führt zu einer weiten Verbreitung sog. Share-with-your-Network-Funktionen. Während das Teilen von Inhalten in sozialen Netzwerken unmittelbar von der Website des Unternehmens unter dem Belästigungsaspekt unproblematisch ist, ist die Zulässigkeit von beispielsweise Tell-a-friend- und E-Card-Funktionen ebenso umstritten, wie die Möglichkeit, auf Verlagsseiten Links zu einzelnen Artikeln per E-Mail mit Bekannten zu teilen.
- 9 Der BGH hat mit Tell-a-friend-Nachrichten vergleichsweise „kurzen Prozess“ gemacht und befunden, dass es sich um Werbung handele, für die der Website-Betreiber uneingeschränkt verantwortlich sei.¹²⁾ Allein die Schaffung einer Möglichkeit, die Versendung von E-Mails zu initiieren, in denen auf die Website des Anbieters hingewiesen werde, sei so zu behandeln, als würde das Unternehmen selbst unverlangt Werbe-E-Mails versenden.¹³⁾ Schließlich könne der Betreiber der Website nicht verhindern, dass auch solche Dritte Empfehlungs-E-Mails bekommen, die nicht in die Übersendung von Werbung eingewilligt haben.¹⁴⁾ Dass die Ausuferungsgefahr, wegen derer die Werbung per E-Mail ursprünglich für unzulässig gehalten wurde, bei der Tell-a-friend-Funktion gerade nicht besteht, berücksichtigt der BGH nicht.¹⁵⁾
- 10 Ein pauschales Verbot von Tell-a-friend-Werbung wird den Anforderungen an eine zulässige E-Mail-Werbung nicht gerecht. Auch unter Zugrundelegung des weiten Werbebegriffs¹⁶⁾ ist zu unterscheiden, ob es sich bei der konkreten E-Mail um Werbung des Unternehmens oder Werbung für das Unternehmen handelt. Einwilligungsbedürftig ist Werbung per E-Mail nur, wenn es sich auch um Werbung eines Unternehmens handelt. Ist dagegen ein Dritter Initiator und damit Absender der Werbeaussendung, liegt schon keine Werbung des Unternehmens selbst vor.¹⁷⁾ Voraussetzung des EU-Werbebegriffs ist eine „Äußerung“.¹⁸⁾ An einer Äußerung des handelnden Unternehmens fehlt es aber, wenn die E-Mail nicht von dem Unternehmen, sondern einem Nutzer versandt wird.¹⁹⁾
- 11 Dies ist offensichtlich, wenn der Initiator einer Empfehlungs-E-Mail diese selbst formuliert und über seinen eigenen E-Mail-Client an einen Bekannten versendet.²⁰⁾ Auch wenn diese Weiterempfehlung dadurch erleichtert wird, dass der Website-Betreiber auf seiner Website einen mailto-Link verwendet, bei dem sich

ein – womöglich vorformuliertes – E-Mail-Fenster des Empfehlenden öffnet.²¹⁾ Doch auch wenn die Funktion des technischen Versands der E-Mail von dem Website-Betreiber übernommen wird, liegt darin noch nicht zwingend eine eigene Werbung. Eine „Äußerung“ des Unternehmens liegt nur dann vor, wenn sich die E-Mail aus der Sicht des Empfängers als von dem Unternehmen versandt darstellt.²²⁾ Erscheint die Empfehlungs-E-Mail bei dem Empfänger als das, was sie ist, nämlich eine E-Mail-Empfehlung einer Privatperson, liegt darin keine Werbung des Website-Betreibers. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass das Unternehmen technische Hilfestellung bei der Übersendung der privaten Empfehlung gibt.²³⁾

Danach ist der Einsatz einer Tell-a-friend-Funktion zulässig, wenn die E-Mail dem Empfänger als E-Mail des Empfehlenden erscheint.²⁴⁾ Dies ist auch unter Berücksichtigung von § 6 Abs. 2 TMG zulässig, weil Absender der E-Mail letztlich der Nutzer ist. Zusätzlich sollte der Empfehlende den Text der E-Mail selbst formulieren können und der Inhalt eines vorformulierten Textes sollte sich auf die Mitteilung über die Existenz der Website beschränken und selbst keine weitere Werbung enthalten.

In technischer Hinsicht einen vergleichbaren Dienst bieten insbesondere die Betreiber von Webseiten, bei denen die Kunden komplexere Transaktionsprozesse durchlaufen (z. B. Anbieter von Versicherungs- oder Finanzprodukten). Die Nutzer erhalten Gelegenheit, den Stand der Bestellung jeweils „zu speichern“ und sich selbst eine E-Mail mit einem Link zu schicken, der entweder direkt oder indirekt die relevanten Informationen enthält. Später – etwa auf einem anderen Endgerät – können die Nutzer mit dem Bestellprozess fortfahren. Anders als bei Tell-a-Friend veranlasst der Empfänger selbst den Versand der E-Mail. Auch hierbei ist sehr fraglich, ob es sich überhaupt um Werbung handelt. Anderen Nutzern wird ein bestimmter Stand einer Bestellung im Zweifel nichts nutzen. Letztlich handelt es sich auch um eine reine Transaktionsbenachrichtigung, die von dem Empfänger angefordert wurde. Zwar kann der Nachweis, dass Anfordernder und Inhaber der E-Mail-Adresse identisch sind, nicht geführt werden. Angesichts des überschaubaren Missbrauchspotenzials, darf sich der Website-Betreiber aber darauf verlassen, dass lediglich eigene Adressen eingetragen werden.

2. Feedback-Anfragen

Viele Onlineshop-Betreiber oder Plattformen bitten ihre Kunden im Nachgang zu einer Transaktion per E-Mail um Abgabe einer Kundenbewertung in einem Bewertungs-Tool. Ob solche Nachfass-E-Mails zulässig sind, war bereits Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen.²⁵⁾

Zu fragen ist, ob die Aussendung überhaupt als Werbung anzusehen ist. Denkbar ist, die E-Mail noch als Kundenservice-Maßnahme im Rahmen des geschlossenen Vertrages anzusehen.²⁶⁾ Dagegen spricht allerdings, dass die Abfrage der Kundenzufriedenheit letztlich jedenfalls mittelbar auch der Absatzförderung dient.²⁷⁾

Ungeachtet des niedrigen Belästigungsgrads und dem Umstand, dass eine Ausuferungsgefahr nicht besteht, sind Feedback-Anfragen per E-Mail nach Vertragsschluss daher problematisch.

11) Vgl. Ohly, in: Ohly/Sosnizza (Fn. 7), § 6 UWG Rn. 22; Engels/Brunn, WRP 2010, 687, 688 f., die nur unmittelbare Maßnahmen zur Absatzförderung begrifflich verwirklicht wissen wollen.

12) BGH, 12.09.2013 – I ZR 208/12, WRP 2013, 1579 = CR 2013, 797 mit Anm. Schirnbacher – Empfehlungs-E-Mail; vgl. auch: LG Berlin, 18.08.2009 – 15 S 8/09, K&R 2009, 823 = GRUR-Prax 2010, 207 mit Anm. Schirnbacher; LG Nürnberg-Fürth, 03.03.2004 – 4 HK O 2056/04, CR 2004, 702; LG Berlin, 18.08.2009 – 15 S 8/09, K&R 2009, 823; Anm. Schirnbacher, GRUR-Prax 2010, 207; AG Berlin-Mitte, 22.05.2009 – 15 C 1006/09, VuR 2010, 77; für grundsätzliche Zulässigkeit dagegen: OLG Nürnberg, 25.10.2005 – 3 U 1084/05, CR 2006, 196.

13) BGH, 12.09.2013 – I ZR 208/12, WRP 2013, 1579 – Empfehlungs-E-Mail.

14) BGH, 12.09.2013 – I ZR 208/12, WRP 2013, 1579 – Empfehlungs-E-Mail.

15) Schirnbacher, CR 2013, 800.

16) Kritisch: Haug, K&R 2010, 767, 769.

17) Schirnbacher, CR 2013, 800; ebenso: Wulf, BB 2013, 3028.

18) Schirnbacher, CR 2013, 800; für eine weite Auslegung des Begriffs Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 1), § 6 UWG Rn. 60, der bereits die Nutzung einer bestimmten Domain ausreichen lässt.

19) Schirnbacher, CR 2013, 800.

20) Vgl. Wulf, BB 2013, 3028.

21) Schirnbacher, CR 2013, 800; so auch KG, 24.01.2014 – 5 U 42/12, K&R 2014, 280.

22) Schirnbacher, CR 2013, 800.

23) Ähnlich auch KG, 24.01.2014 – 5 U 42/12, K&R 2014, 280, wonach eine Einladungs-E-Mail dem privaten Nutzer zugerechnet werden muss, sofern sich dieser in Kenntnis der wesentlichen Umstände zum Versenden entschließt.

24) Vgl. KG, 24.01.2014 – 5 U 42/12, K&R 2014, 280; ebenso: Schoene, GRUR-Prax, 2013, 496.

25) Vgl. OLG Köln, 30.03.2012 – 6 U 191/11, WRP 2012, 725 bzgl. telefonischer Kundenzufriedenheitsnachfrage; LG Coburg, 17.02.2012 – 33 S 87/11, WRP 2012, 1022.

26) So LG Coburg, 17.02.2012 – 33 S 87/11, WRP 2012, 1022.

27) Weniger streng: Menke/Witte, K&R 2013, 25, 28 f.

Jedenfalls wenn der Kunde ausdrücklich dem Empfang von Werbung widersprochen hat, dürfen Feedbackanfragen nicht mehr übersendet werden.²⁸⁾

3. Transaktions-E-Mails

- 17** Unternehmen versenden ständig und aus ganz unterschiedlichen Gründen E-Mails an ihre Kunden. Der Handwerker mag per SMS seine Verspätung ankündigen, eine Ticketplattform Kunden über die Verlegung eines Konzerttermins informieren und eine Fluggesellschaft über die Verspätung des gebuchten Fluges berichten. Der Rechtsanwalt korrespondiert per E-Mail mit seinen Mandanten. Online-Shops sind gem. § 312 i Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB sogar verpflichtet, Bestellbestätigungen per elektronischer Post zu versenden. Legt man den Werbeeindruck allzu weit aus, können auch solche E-Mails Werbung sein und damit einer Einwilligung des Empfängers bedürfen. Schließlich erfolgen sie jedenfalls auch, um dem Kunden einen guten Service zu bieten und damit mittelbar, um den Absatz zu fördern.
- 18** Dies zeigt, dass bei der Auslegung dessen, was als Werbung anzusehen ist, eine gewisse Zurückhaltung geboten ist.²⁹⁾ Nur wenn die Absicht, den Produktabsatz zu fördern gegenüber sonstigen Beweggründen insbesondere bloßer Vertragserfüllung oder Kundenservice im Vordergrund steht, ist die E-Mail insgesamt als Werbung einzustufen.
- 19** Daher macht jedenfalls die Hinzufügung einer E-Mail-Signatur, in der auch auf die Unternehmens-Website und die Facebook-Seite des Absenderunternehmens hingewiesen wird, die E-Mail nicht zur einwilligungsbedürftigen Werbung. Gleiches muss auch gelten, wenn in etwas größerem Umfang Hinweise auf andere Produkte des Absenders integriert werden. Ist die E-Mail grundsätzlich zulässig, etwa weil eine vertragliche oder gesetzliche Verpflichtung zur Kundeninformation besteht, macht die Hinzufügung von dezenter Werbung die E-Mail nicht unzulässig. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Anlass für die Versendung der E-Mail aus objektiver Sicht nicht nur Mittel zum Zweck (des Up-Selling) ist, sondern ein nachvollziehbarer Grund für die Aussendung besteht. Außerdem sollte die Werbung in den Hintergrund treten und auch optisch erkennbar nicht im Vordergrund der E-Mail stehen.
- 20** Gleiches gilt im Ergebnis bei werbenden Zusätzen an private oder unternehmerische E-Mails, wie dies kostenlose E-Mail-Angebote handhaben. Auch die automatische Ergänzung einer Nachricht, um die Information, dass die E-Mail durch einen bestimmten Virensch scanner auf Schadsoftware geprüft worden sei, ist zulässig.

4. Autoresponder-Funktion

- 21** Auch in automatische Antworten auf eingehende E-Mails (Autoresponder) lässt sich Werbung integrieren. Vereinzelt sind Autoresponder-Nachrichten für einwilligungsbedürftige Werbung gehalten worden, soweit darin auf weitere Produkte hingewiesen wurde.³⁰⁾ Dies geht zu weit. Jedenfalls wenn ein erkennbares Interesse des Empfängers an der in der automatisch versendeten E-Mail enthaltenen Information besteht, ist die E-Mail als bloße Transaktions-E-Mail zulässig.³¹⁾ Daran kann die Hinzufügung von einer gegenüber der Information in den Hintergrund tretenden werbenden Information nichts ändern.

Allerdings ist auch hierbei Zurückhaltung geboten. Zum einen muss ein nachvollziehbarer Grund für die Autoresponder-E-Mail bestehen und zum anderen darf die Werbung gegenüber der übermittelten Information nicht in den Vordergrund treten. Auch in Autoreply-Nachrichten sind damit werbende Signaturen ebenso zulässig wie die Aufnahme des Unternehmenslogos und -slogans.

III. Einwilligung

In einer Vielzahl von Konstellationen stellt sich die Frage, ob eine ausdrückliche Einwilligung des Empfängers vorliegt. **23**

1. Begriff der Einwilligung

Einwilligung ist eine Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass ihre E-Mail-Adresse zu Werbezwecken verwendet wird.³²⁾ **24**

Die Einwilligung muss ausdrücklich erfolgen. Damit ist eine sich bloß aus den Umständen ergebende Einwilligung nicht ausreichend. An einer Einwilligung für den konkreten Fall fehlt es etwa, wenn ein Fußballverein seine E-Mail-Adresse auf der Website veröffentlicht hat.³³⁾ Der Verein erwartet allenfalls Anfragen zum Spielbetrieb oder Vereinsaktivitäten, nicht jedoch zu vereinsfremden Leistungen. Ebenso fehlt es – vorbehaltlich einer entsprechenden Klarstellung – an der erforderlichen Bestimmtheit einer ausdrücklichen Einwilligung, wenn im Rahmen einer Veranstaltung eine Visitenkarte übergeben wird³⁴⁾ oder der Teilnehmer eines Seminars seine E-Mail-Adresse in die Teilnehmerliste eingetragen hat.³⁵⁾ **25**

2. Einwilligungsberechtigte

Grundsätzlich bedarf es der Einwilligung desjenigen, dem die E-Mail-Adresse, zuzuordnen ist. Liegt eine eindeutige Zuordnung nicht vor, etwa bei allgemeinen Unternehmensadressen, sind jedenfalls der Unternehmensinhaber, Geschäftsführer, Vorstände und sonstige Vertretungsberechtigte einwilligungsberechtigt. **26**

Problematisch ist dabei, dass der Werbende den Status desjenigen, der die Einwilligung erteilt hat, häufig nicht erkennen kann. Jedenfalls beim Double-Opt-in-Verfahren und im Rahmen von Kundenbeziehungen muss es daher genügen, wenn die Einwilligung von einer objektiv berechtigten Person kommt. Wer offenbar in der Lage ist, die betreffende allgemeine Unternehmens-E-Mail-Adresse zu nutzen, muss auch als für die Einwilligung befugt gelten. **27**

Sofern Inhaber der E-Mail-Adresse ein Minderjähriger ist, wäre grundsätzlich die Zustimmung der Erziehungsberechtigten einzuholen (§ 111 S. 1 BGB), weil es sich bei der Einwilligung um eine einseitige geschäftsähnliche Handlung handelt. Dies wird den praktischen Anforderungen aber nicht gerecht. Minderjährige allein könnten eine Einwilligung nicht wirksam erteilen. Bei geschäftsähnlichen Handlungen mit höchstpersönlichem Charakter verbietet sich denn auch ein schematisches Abstellen auf die Bestimmungen der §§ 104 ff. BGB.³⁶⁾ Eine starre Altersgrenze für die Einwilligungsfähigkeit gibt es aber nicht. Jedenfalls bei Minderjährigen ab 16 Jahren, wird man wohl grundsätzlich von **28**

28) So auch *Menke/Witte*, K&R 2013, 25.

29) Vgl. *Ohly in: Ohly/Sosnitza* (Fn. 7), § 6 UWG Rn. 22; *Engels/Brunn*, WRP 2010, 687, 688 die nur unmittelbare Maßnahmen zur Absatzförderung für tatbestandsmäßig halten.

30) AG München, 09.07.2009 – 161 C 6412/09, K&R 2010, 71; AG Stuttgart-Bad Cannstatt, 25.04.2014 – 10 C 225/14, MMR 2014, 540.

31) AG München, 09.07.2009 – 161 C 6412/09, K&R 2010, 71 differenziert danach, ob die Ausgangs-E-Mail eine Dienstleistungsanfrage enthielt, dann sei die Werbung in der Reply-E-Mail zulässig.

32) Vgl. im datenschutzrechtlichen Zusammenhang: Richtlinie 2002/58/EG vom 12.07.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation; Art. 2 lit. h Richtlinie 95/46/EG vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

33) BGH, 17.07.2008 – I ZR 197/05, WRP 2008, 1330 – FC Troschenreuth.

34) LG Baden-Baden, 18.01.2012 – 5 O 100/11, WRP 2012, 612.

35) LG Gera, 24.07.2012 – 3 O 455/11, WRP 2012, 1468.

36) *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, Überbl v § 104 Rn. 8.

Schirmbacher/Schätzle – Einzelheiten zulässiger Werbung per E-Mail

einer ausreichenden Einsichtsfähigkeit für die überschaubare Zustimmung zum Erhalt von Werbung per E-Mail ausgehen können.

3. Einwilligungserklärung

29 Der Empfänger muss die Einwilligung ausdrücklich erklären.

a) Allgemeine Geschäftsbedingungen

30 Täglich werden tausende Einwilligungen in den Erhalt von Werbung per E-Mail erklärt. Dies legt es besonders nahe, Einwilligungen in Allgemeine Geschäftsbedingungen von Online-Shops oder Nutzungsbedingungen von Plattformen zu integrieren. Rechtlich ist dies insbesondere deshalb problematisch, weil die Einwilligung stets „in Kenntnis der Sachlage“ erfolgen muss.³⁷⁾

31 Eine unangemessene Benachteiligung des Empfängers liegt nach der Rechtsprechung des BGH jedenfalls vor, wenn eine Einwilligungsklausel in den AGB untergebracht, als Opt-out-Klausel formuliert und mit anderen Erklärungen des Kunden verbunden wird.³⁸⁾ Insbesondere wenn die Einwilligung so vorformuliert werde, dass auch andere Erklärungen des Kunden enthalten sind, etwa eine Einwilligung auch in die Werbung per Telefon, fehle es für das Einverständnis an einer „spezifischen Angabe“ des Nutzers.³⁹⁾ Die geforderte spezifische Angabe verlange vielmehr eine gesonderte Erklärung durch zusätzliche Unterschrift oder individuelles Markieren eines entsprechenden Feldes („Opt-in“-Erklärung).⁴⁰⁾

32 Sofern eine klare und eindeutige auf den Fall der Werbung mittels elektronischer Post (womit sowohl E-Mail als auch SMS und MMS erfasst sind) beschränkte Erklärung in die AGB integriert und dort hervorgehoben wird, genügt es, wenn dem späteren Empfänger eine ausdrückliche Zustimmung zu der Geltung der AGB und der Einwilligungserklärung etwa über ein nicht vorbelegtes Häkchenfeld abverlangt wird.⁴¹⁾ Entscheidend ist, dass die Klausel dem Transparenzgebot genügt und dem Einwilligenden bekannt gemacht wird, wer sich ihm gegenüber in der Zukunft auf die Einwilligung berufen kann.⁴²⁾

b) Auswahlfelder

33 Insbesondere online aber auch auf Papier können Auswahlfelder zum Einsatz kommen. In seiner *Payback*-Entscheidung nennt der BGH sogar ausdrücklich die Möglichkeit, die Einwilligung durch „individuelles Markieren eines entsprechenden Feldes“ vorzunehmen.⁴³⁾

34 Dabei betont der BGH ausdrücklich, dass es unzureichend sei, wenn der Kunde lediglich die Möglichkeit erhält, die Werbung abzulehnen (Opt-out).⁴⁴⁾ Vielmehr setzt § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ein vorheriges Tätigwerden des Kunden voraus. Die Einwilligungsklausel muss so gestaltet sein, dass der Kunde selbst tätig werden muss, um seine Einwilligung in die Zusendung von Werbung per E-Mail zu erklären. Daher verbietet sich eine Vormarkierung mit Abwahlmöglichkeit.

c) Gewinnspiel

35 Gängige Praxis ist es, die Einwilligung in E-Mail-Werbung über die Teilnahme an einem Gewinnspiel einzuholen. Ob die Teil-

nahme an einem ansonsten zulässigen Gewinnspiel an eine Einwilligung in Werbung gekoppelt werden darf, ist noch nicht abschließend geklärt.⁴⁵⁾ Das LG Berlin ist sogar der Ansicht, dass es schon unzulässig ist, wenn lediglich der (unzutreffende) Eindruck einer Kopplung entsteht.⁴⁶⁾ Letztlich dürfte die Zulässigkeit auch davon abhängen, welche alternativen Gewinnmöglichkeiten bestehen. Gerade wenn es um sehr spezielle Gewinne geht, sollten eigene Teilnahmealternativen (z. B. auf dem Postweg) angeboten oder auf eine Kopplung verzichtet werden. Eine seriöse Adressgewinnung empfiehlt in jedem Fall eine Loslösung von der Teilnahme.⁴⁷⁾

d) Double-Opt-in-Verfahren

Für die Einwilligung in den Empfang eines Newsletters oder sonstiger Werbe-E-Mails hat sich in der Praxis das sogenannte Double-Opt-in-Verfahren durchgesetzt. Dazu wird auf der Website ein Eingabefeld integriert, in das Interessenten ihre E-Mail-Adresse eingeben können. Nach Eingabe einer E-Mail-Adresse wird eine Bestätigungs-E-Mail an die eingegebene Adresse versendet. Diese enthält einen Link. Erst wenn der Link angeklickt wird, erfolgt eine Aufnahme in den Newsletter-Verteiler. Damit soll vermieden werden, dass eine Eintragung in den Verteiler aufgrund einer missbräuchlichen Eingabe auf der Website erfolgt. Würde es für den Empfang ausreichen, lediglich die E-Mail-Adresse auf der Website einzugeben (Single-Opt-In), wäre dies zwar als Einwilligung ausreichend. Jedoch ließe sich nicht nachweisen, dass tatsächlich der Inhaber der E-Mail-Adresse die Eingabe getätigt hat, weil ein Missbrauch eben nicht ausgeschlossen werden kann.⁴⁸⁾

Auch eine etwa mitprotokollierte IP-Adresse reicht für einen Beweis nicht aus. Der Website-Betreiber hat keine Handhabe, aus einer dynamischen IP-Adresse auf einen konkreten E-Mail-Account-Inhaber zu schließen. Access-Provider, die immerhin den Anschlussinhaber ermitteln könnten, sind zur Herausgabe von entsprechenden Daten weder verpflichtet noch berechtigt.

Für die Verifikation der Berechtigung desjenigen, der durch Eintragung der E-Mail-Adresse die Einwilligung erteilt hat, nicht helfen würde der Versand einer Bestätigungs-E-Mail ohne einen Bestätigungslink aber mit dem ausdrücklichen Hinweis der jederzeitigen Austragungsmöglichkeit (Confirmed-Opt-in). Hat sich der Empfänger nämlich nicht selbst eingetragen, kann aus der Duldung des Erhalts der Werbesendungen kein Einverständnis geschlossen werden.⁴⁹⁾

Da jedoch bereits die einmalige Zusendung unverlangter Werbung als unzumutbare Belästigung angesehen wird,⁵⁰⁾ stellt sich die Frage, ob bereits die Bestätigungs-E-Mail als Spam einzustufen ist. Nimmt man dies an, ist das Double-Opt-in-System praktisch tot, weil der Nachweis des Vorliegens einer Einwilligung für die Checkmail nicht gelingen kann. Nachdem sich schon der BGH positiv zu dem Double-Opt-In-Verfahren geäußert hatte,⁵¹⁾ sorgte ein Urteil des OLG München⁵²⁾ für erhebliche Unruhe.⁵³⁾

37) Vgl. OLG Hamm, 17.02.2011 – 4 U 174/10, WRP 2011, 941, 943 für den Fall einer „versteckten“ datenschutzrechtlichen Einwilligung.

38) BGH, 16.07.2008 – VIII ZR 348/06, WRP 2009, 56 – Payback.

39) BGH, 16.07.2008 – VIII ZR 348/06, WRP 2009, 56 – Payback; vgl. auch *Schirmbacher*, VuR 2007, 54, 55; *Sokolowski*, WRP 2008, 888, 894.

40) BGH, 16.07.2008 – VIII ZR 348/06, WRP 2009, 56 – Payback.

41) Ebenso: *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzka* (Fn. 7), § 7 UWG Rn. 53; a. A. *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (Fn. 1), § 7 UWG Rn. 153c, der eine vom Vertrag getrennte Klausel für erforderlich hält.

42) Ebenso zur Telefonwerbeeinwilligung: BGH, 18.07.2012 – VIII ZR 337/11, WRP 2012, 1545; KG, 29.10.2012 – 5 W 107/12, WRP 2013, 360; OLG Köln, 29.04.2009 – 6 U 218/08, WRP 2009, 1416, 1417.

43) BGH, 16.07.2008 – VIII ZR 348/06, WRP 2009, 56, 59 – Payback.

44) BGH, 16.07.2008 – VIII ZR 348/06, WRP 2009, 56, 60 – Payback.

45) Dafür: *Pauli*, WRP 2011, 1232, 1233 f., dagegen: OLG Hamm, 15.11.2007 – 4 U 23/07, MMR 2008, 684; OLG Köln, 12.09.2007 – 6 U 63/07, WRP 2008, 261.

46) LG Berlin, 28.06.2011 – 16 O 249/10, n. v.

47) *Schirmbacher/Schätzle*, ITRB 2012, 61, 65.

48) AG Berlin, 11.06.2008 – 21 C 43/08, MMR 2009, 144 (Ls.).

49) Vgl. LG Heidelberg, 23.09.2009 – 1 S 15/09, ITRB 2010, 104.

50) BGH, 20.05.2009 – I ZR 218/07, WRP 2009, 1246 – E-Mail-Werbung II.

51) BGH, 10.02.2011 – I ZR 164/09, WRP 2011, 1153 – Double-Opt-in-Verfahren; BGH, 16.08.2012 – I ZB 2/12, K&R 2012, 813; vgl. auch LG Berlin, 23.01.2007 – 15 O 346/06, K&R 2007, 430; LG Essen, 20.04.2009 – 4 O 368/08, NJW-RR 2009, 1556.

52) OLG München, 27.09.2012 – 29 U 1682/12, WRP 2013, 111.

53) Vgl. die Besprechungen von *Engels/Schidler*, AfP 2013, 228; *Ernst*, WRP 2013, 160; *Gramespacher*, WRP 2013, 113; *Heidrich*, MMR 2013, 39; *Menke/Witte*, K&R 2013, 25; *Schirmbacher*, CR 2013, 44; *Schirmbacher/Zeller*, ITRB 2013, 41; *Voigt*, BB 2013, 20.

Danach falle bereits die Bestätigungs-E-Mail als Werbung unter das Spamverbot. Der Werbebegriff sei weit auszulegen und auch die Check-Mail werde zu Werbezwecken versendet.⁵⁴⁾

- 40** Diese Argumentation greift zu kurz. Der Werbetreibende hat gar keine andere effektive Möglichkeit, eine Einwilligung einzuholen, als über ein Double-Opt-in-Verfahren. Nur so kann er sicherstellen, dass eine E-Mail-Adresse (gleich auf welchem Wege, er diese erlangt hat) tatsächlich demjenigen gehört, von dem er sie erhalten hat. Der Werbebegriff darf nicht soweit verstanden werden, dass jede Kommunikation davon erfasst ist.⁵⁵⁾ Letztlich bringt die Bestätigungs-E-Mail lediglich zum Ausdruck, dass die betreffende E-Mail eingetragen wurde. Erfolgt darauf keine Reaktion, gibt es auch keine weitere Werbesendung.⁵⁶⁾
- 41** Danach ist das Double-Opt-in-Verfahren zulässig, insbesondere ist die Übersendung der Bestätigungs-E-Mail noch nicht als einwilligungsbedürftige Werbung per E-Mail anzusehen.⁵⁷⁾ Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Bestätigungs-E-Mail als schlichte Transaktions-E-Mail daherkommt und keine weitere Werbung eingebunden ist.⁵⁸⁾ Zulässig ist es aber, in der E-Mail auf den Absender hinzuweisen und zu erläutern, welche Folgen der Klick auf den Bestätigungslink hat, auch wenn damit notwendigerweise eine Werbewirkung verbunden sein kann. Unterbleiben sollte aber die Auslobung einer Belohnung (etwa die Auslobung eines Gutscheins) für den Klick auf den Bestätigungslink.

e) Mailto-Funktion

- 42** Eine Alternative zum Double-Opt-in-Verfahren ist die Arbeit mit vorformulierten E-Mails und dem HTML-Befehl „mailto:“. Beim Anklicken eines entsprechenden Links auf der Unternehmenswebsite öffnet sich ein Fenster mit einer vorformulierten E-Mail. Sendet der potenzielle Abonnent diese E-Mail an das Unternehmen, liegt eine Einwilligung vor. In tatsächlicher Hinsicht besteht jedoch der Nachteil, dass potenzielle Abonnenten ohne einen E-Mail-Client von der Einwilligungserteilung ausgeschlossen sind.

f) Co-Sponsoring

- 43** Unternehmen sind bestrebt, nicht nur bestehenden Kunden oder Personen, die sich auf der Website des Unternehmens für einen Newsletter eintragen haben, Werbung per E-Mail zuzusenden, sondern auch Neukontakte zu gewinnen. Dies geschieht häufig über sog. Co-Registrierung oder Co-Sponsoring über Dienstleister. Diese ermitteln die E-Mail-Adressen oftmals über Gewinnspiele und Umfragen im Internet.
- 44** Ein solches Verfahren ist nach der neueren Rechtsprechung nur in sehr eingeschränktem Umfang rechtlich tatsächlich einwandfrei durchführbar.⁵⁹⁾ Dies folgt vor allem aus der Anforderung, eine spezifische, auf einen konkreten Fall bezogene Einwilligung zu erhalten. Unzureichend ist demnach eine generelle Einwilligung für alle „Sponsoren“ oder „Partner“. Eine Einwilligung, die praktisch die Übersendung von Werbung jeglicher Art durch jedermann rechtfertigt, genügt nicht den Anforderungen.

Erforderlich ist vielmehr eine Eingrenzung in inhaltlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht. Zulässig ist dabei, die Namen der Unternehmen auf einer verlinkten Seite anzuzeigen, sofern der Link transparent gekennzeichnet ist. Es genügt, die Namen der beteiligten Unternehmen anzugeben. Einer Adressangabe bedarf es nicht. Allerdings muss eindeutig sein, welche Unternehmen gemeint sind. Ein Grenzfall ist die Einwilligung in die Werbung von Konzernunternehmen. Solange der Verbraucher ohne Weiteres überblicken kann, von welchen Unternehmen er aufgrund seiner Einwilligung Werbung per E-Mail erhalten wird, müssen nicht alle Gruppenunternehmen einzeln aufgeführt werden.

g) Beweislast

Derjenige, der sich auf das Vorliegen einer Einwilligung für E-Mail-Werbung beruft, ist für diesen Umstand darlegungs- und beweispflichtig.⁶⁰⁾ Erfolgt die Einwilligung elektronisch durch eine E-Mail oder per Mausclick, ist es erforderlich, dass die Einwilligung protokolliert wird und sichergestellt ist, dass der Betroffene jederzeit den Inhalt abrufen und die Einwilligung widerrufen kann. Jeder Datensatz sollte mit IP-Adresse, Datum und Uhrzeit sowie dem Text der Einwilligung selbst gespeichert werden. Wird ein Double-Opt-in-Verfahren eingesetzt, sollte auch die Bestätigungs-E-Mail zu dem Datensatz gespeichert werden und die jederzeitige Möglichkeit eines Ausdrucks bestehen.⁶¹⁾ Der bloße Hinweis darauf, dass ein Double-Opt-In-Verfahren praktiziert werde, ist nicht ausreichend.⁶²⁾

4. Stand-Alone-Newsletter

Eine Möglichkeit für Unternehmen, potenziellen Kunden Werbung per E-Mail zukommen zu lassen, ohne dass eine Einwilligung gegenüber dem werbenden Unternehmen erteilt wurde, sind sog. Stand-Alone-Newsletter. Dabei erteilt der spätere Empfänger einem Unternehmen eine ausdrückliche Einwilligung in die Übersendung von Werbung per E-Mail. Von Zeit zu Zeit versendet dieser Unternehmer aber nicht Werbung für eigene Produkte, sondern einen Newsletter, der gesondert als Werbung für ein anderes Unternehmen gekennzeichnet wird.

Geworben wird zwar für ein anderes Unternehmen, Versender ist aber das Unternehmen gegenüber dem die Einwilligung erteilt wurde. Einer gesonderten Einwilligung in die Werbung für den Dritten bedarf es dafür nicht. Dass es grundsätzlich zulässig ist, für Dritte zu werben, zeigen § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG, wo davon die Rede ist, dass der Auftraggeber einer werbenden E-Mail verschleiert wird und § 7 Abs. 3 Nr. 2 UWG, wo die Privilegierung auf Werbung für eigene Produkte beschränkt wird. Die Werbung für Dritte ist damit grundsätzlich ohne zusätzliche Einwilligung möglich.

Voraussetzung ist allerdings, dass als Absender dasjenige Unternehmen erscheint, gegenüber dem die Werbeeinwilligung erteilt wurde. Aus der Kopf- oder der Fußzeile sollte hervorgehen, wer Versender der E-Mail ist. Gleichwohl muss erkennbar sein, dass für ein drittes Unternehmen geworben wird. Zudem darf die vom Empfänger erteilte Einwilligung nicht auf Werbung für Produkte des Versenders der E-Mail beschränkt sein, sondern sollte den Hinweis enthalten, dass auch für andere Unternehmen geworben werden kann.

5. Erlöschen der Einwilligung durch Zeitablauf?

Ist eine Einwilligung erteilt, kann der Empfänger diese jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen. Streitig ist, ob eine

54) OLG München, 27.09.2012 – 29 U 1682/12, WRP 2013, 111, 112.

55) Gramespacher, WRP 2013, 113; Menke/Witte, K&R 2013, 25; Schirnbacher, CR 2013, 44; Schirnbacher/Zeller, ITRB 2013, 41.

56) Härtling (Fn. 3), Rn. 1749.

57) LG Berlin, 23.01.2007 – 15 O 346/06, K&R 2007, 430; LG Essen, 20.04.2009 – 4 O 368/07, GRUR-RR 2009, 353, 354; LG München I, 13.10.2009 – 31 T 14369/09, K&R 2009, 824; AG Düsseldorf, 14.07.2009 – 48 C 1911/09, MMR 2009, 872; AG München, 30.11.2006 – 161 C 29330/06, K&R 2007, 228; vgl. auch OLG Celle, 15.05.2014 – 13 U 15/14, WRP 2014, 1218 (in diesem Heft) = K&R 2014, 531; OLG Frankfurt a. M., 30.09.2013 – 1 U 314/12, K&R 2014, 38; Dietrich, GWR 2012, 102; Heidrich, MMR 2013, 39; Leible/Günther, GRUR 2011, 939, 940; Sassenberg, CR 2011, 584; Schirnbacher, CR 2013, 44, 45 f.; Schirnbacher/Zeller, ITRB 2013, 41, 42; so auch Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 1), § 7 UWG Rn. 189.

58) Zu sonstigen Folgen für die Praxis: Schirnbacher/Zeller, ITRB 2013, 41 ff.

59) LG Hamburg, 10.08.2010 – 312 O 25/10, n. v.

60) OLG Hamburg, 29.07.2009 – 5 U 226/08, VuR 2010, 104; Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 1), § 7 Rn. 189.

61) Vgl. BGH, 10.02.2011 – 1 ZR 164/09, WRP 2011, 1153 – Double-Opt-in-Verfahren.

62) OLG Hamburg, 29.07.2009 – 5 U 226/08, VuR 2010, 104.

Einwilligung auch durch Zeitablauf erlöschen kann. Die Rechtsprechung hat sowohl für die Werbung per elektronischer Post⁶³⁾ als auch für die Faxwerbung⁶⁴⁾ angenommen, dass eine einmal erteilte Einwilligung ohne weiteres Zutun des Einwilligenden erlöschen kann. Keine Einigkeit besteht über den für das Erlöschen anzusetzenden Zeitraum.⁶⁵⁾ Begründet wird die Möglichkeit des Erlöschens vor allem damit, dass der Einwilligende nach einem bestimmten Zeitraum mit der Zusendung einer Werbe-E-Mail nicht mehr rechne.⁶⁶⁾ Danach könne nicht mehr von einem auf einen konkreten Fall bezogenes Einverständnis gesprochen werden.⁶⁷⁾ Die Einwilligung verliere ihre Aktualität.⁶⁸⁾ Zudem sei der Rechtsgedanke von § 147 Abs. 2 BGB heranzuziehen.⁶⁹⁾

- 51** Dieser Ansicht ist abzulehnen. Für ein Erlöschen einer erteilten Einwilligung ist nur dann Raum, wenn sich dafür Anhaltspunkte in der Einwilligungserklärung ergeben. Bei einer Einwilligung handelt es sich um eine geschäftsähnliche Handlung vergleichbar mit einer einseitig empfangsbedürftigen Willenserklärung. Die Wirkung einer solchen Erklärung verfällt jedoch nicht durch Zeitablauf. Der Einwilligende erklärt, in Zukunft – bis auf Widerruf – Werbung über einen bestimmten Kommunikationsweg erhalten zu wollen. Kann der Unternehmer die Abgabe einer solchen Erklärung durch den Kunden beweisen, ist seine Werbe-E-Mail nicht rechtswidrig. Möchte der Kunde die Gültigkeitsdauer der Einwilligung beschränken, muss er dies deutlich machen.
- 52** Ein Erlöschen der Einwilligung kann daher nur eintreten, wenn der Empfänger der E-Mail-Werbung dies bei Erteilung der Einwilligung deutlich gemacht hat (z. B. „für 1 Jahr“ oder „für 10 E-Mails“) oder seine zunächst erteilte Einwilligung ausdrücklich widerruft. In der Praxis kommen Einschränkungen bei der Erteilung der Einwilligung nicht vor, weil der (potenzielle) Kunde in der Regel erklärt, was ihm das werbende Unternehmen als Text vorgibt.
- 53** Zwar ist denkbar, solche Einschränkungen in die erteilten Einwilligungen hineinzulesen. So könnte man annehmen, dass jede Einwilligung nur für einen Zeitraum von einem Jahr gelten solle, es sei denn, dass der Kunde etwas anderes erklärt. Dafür fehlt aber in der Regel jeder Anhaltspunkt.⁷⁰⁾ Es lässt sich auch nicht erklären, dass die entscheidende Frist ausgerechnet 1 Jahr oder 6 Monate oder 4 Wochen betragen sollte. Es ist zudem offen, ob (und warum) nach dem Versand der ersten Werbung die Frist neu in Gang gesetzt wird. Warum sollte der Unternehmer durch Versand der Werbung die Frist der Gültigkeit verlängern können? Zudem widerspricht dies häufig dem Willen des Einwilligenden, der eine Befristung gerade nicht vornimmt.
- 54** Alles in allem entbehrt die Annahme des generellen Erlöschens einer Einwilligung einer rechtlichen Grundlage.⁷¹⁾ Allenfalls un-

ter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ist denkbar, im Einzelfall anzunehmen, dass das werbende Unternehmen sich nicht mehr auf die Einwilligung berufen kann.⁷²⁾

IV. Entbehrlichkeit der Einwilligung, § 7 Abs. 3 UWG

Entsprechend Art. 13 Abs. 2 der ePrivacy-Richtlinie⁷³⁾ enthält § 7 Abs. 3 UWG eine Ausnahme für die Einwilligungspflicht für den Versand von Werbung per E-Mail an bestehende Kunden. Die vier Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Die deutschen Gerichte interpretieren die Voraussetzungen sehr eng.

1. Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung

Erforderlich ist, dass die E-Mail-Adresse im Zusammenhang mit einem Vertragsschluss erlangt wurde (Nr. 1). E-Mails an Nutzer, die einen Warenkorb in einem Online-Shop zwar befüllen, den Kaufprozess aber nicht beenden, lassen sich nicht mit Abs. 3 rechtfertigen. Darauf, ob der Verkauf dann tatsächlich abgewickelt wurde, kommt es nicht an. Wichtig ist jedoch, dass es sich bei dem zugrundeliegenden Vertragsabschluss um einen entgeltlichen Vertrag handelte. Kostenlose Dienstleistungen (etwa die Mitgliedschaft in einem Portal oder einer Community) genügen dafür nicht.

Privilegiert sind nur werbende E-Mails des betreffenden Unternehmens (Nr. 2). Eine Weitergabe an Dritte (auch an Schwester-gesellschaften) ist mit der Vorschrift nicht vereinbar. Auch eine Werbung für Dritte (etwa Konzerngesellschaften) ist mit der Ausnahmebestimmung nicht erreichbar.

Eine große Einschränkung erfährt die Regelung dadurch, dass die Ausnahme lediglich für die Bewerbung von Produkten gilt, die den bereits erworbenen Produkten ähnlich sind (Nr. 2). Die Rechtsprechung ist bei der Beurteilung, was als ähnliches Produkt anzusehen ist, sehr streng. Gefordert wird eine „Austauschbarkeit“ der Produkte oder dass die Produkte dem gleichen oder zumindest einem ähnlichen Bedarf oder gleichen typischen Verwendungszweck dienen.⁷⁴⁾ Eine solche Auslegung lässt die Ausnahmevorschrift praktisch leer laufen. Wenn letztlich nur für Produkte geworben werden darf, die dem gleichen Zweck wie die bereits erworbenen Produkte dienen, oder mit diesen gar austauschbar sind, hat die Norm keinen praktischen Anwendungsbereich. Eine Werbung für ein Produkt, das der Kunde gerade erworben hat, wird von wenig Erfolg gekrönt sein.

Die Vorschrift muss daher so verstanden werden, dass als ähnliche Waren oder Dienstleistungen all jene Produkte anzusehen sind, mit deren Bewerbung der Empfänger schon bei der Erstbestellung rechnen konnte und an denen er ein mutmaßliches Informationsinteresse hat.⁷⁵⁾ Daher sind zumindest auch Zubehör und Ergänzungsstücke umfasst.⁷⁶⁾ Bei der Frage, womit der Kunde rechnen darf, ist die Art des Unternehmens zu berücksichtigen. Es macht einen Unterschied, ob ein Kunde bei einem Vollsortimenter bestellt oder bei einem Spezial-Shop. Die Voraussetzung der Ähnlichkeit muss nicht auf alle mit der E-Mail beworbenen Produkte zutreffen. Werden noch weitere Produkte angepriesen, die womöglich nicht ähnlich sind, bleibt die E-Mail zulässig, solange die Reklame für diese Produkte nicht überwiegt.⁷⁷⁾

63) LG Berlin, 02.07.2004 – 15 O 653/03, K&R 2004, 497; LG Berlin, 09.12.2011 – 15 O 343/11, WRP 2012, 610; LG München, 08.04.2010 – 17 HK O 138/10, ITRB 2012, 12.

64) LG Stuttgart, 31.08.2006 – 38 O 17/06 KfH, WRP 2006, 1548 (Ls.); OLG Stuttgart, WRP 2007, 854 (Ls.).

65) LG Berlin, 02.07.2004 – 15 O 653/03, NJW-RR 2004, 1631 (2 Jahre); LG Berlin, 09.12.2011 – 15 O 343/11, WRP 2012, 610; LG München, 08.04.2010 – 17 HK O 138/10, ITRB 2012, 12 (1,5 Jahre); LG Stuttgart, 31.08.2006 – 38 O 17/06 KfH, WRP 2006, 1548 (4 Wochen).

66) LG Berlin, 02.07.2004 – 15 O 653/03, K&R 2004, 497.

67) LG Berlin, 09.12.2011 – 15 O 343/11, WRP 2012, 610.

68) LG München, 08.04.2010 – 17 HK O 138/10, ITRB 2012, 12; LG Stuttgart, 31.08.2006 – 38 O 17/06 KfH, WRP 2006, 1548 (Ls.).

69) LG Stuttgart, 31.08.2006 – 38 O 17/06 KfH, WRP 2006, 1548 (Ls.).

70) Ebenso: Schulz, CR 2012, 686, 688; Decker, GRUR 2011, 774, 776 unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien.

71) Ausführlich und iE ebenfalls ablehnend Schulz, CR 2012, 686.

72) Vgl. OLG Stuttgart, 22.03.2007 – 2 U 159/06, WRP 2007, 854 (Ls.); vgl. auch Schulz, CR 2012, 686.

73) Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.07.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. EG Nr. L 201 vom 31.07.2002, S. 37.

74) KG, 18.03.2011 – 5 W 59/11, K&R 2011, 605; OLG Jena, 21.04.2010 – 2 U 88/10, CR 2010, 815; ebenso: Zscherpe, VuR 2009, 327, 330.

75) Vgl. Eisenberg, BB 2012, 2963, 2965.

76) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 1), § 7 UWG Rn. 205; dafür Köhler/Lettl, WRP 2003, 1019, 1028; wohl ablehnend Leistner/Pohlmann, WRP 2003, 817, 822; Decker, GRUR 2011, 774, 779; Austauschbarkeit der Waren erforderlich.

77) Vgl. auch OLG Jena, 21.04.2010 – 2 U 88/10, CR 2010, 815 = MMR 2011, 101.

60 Der Kunde darf der Verwendung der E-Mail-Adresse zu Werbezwecken nicht widersprochen haben (Nr. 3). Die Möglichkeit muss ihm aber jederzeit gegeben sein und zwar bereits bei Erhebung der E-Mail-Adresse. Dies kann durch die Verwendung eines bereits markierten Auswahlfeldes erfolgen.⁷⁸⁾ Zwingend ist das aber nicht, es genügt ein Hinweis auf das grundsätzliche Bestehen einer Widerspruchsmöglichkeit. Der Widerspruch muss dem Unternehmer zugehen.

61 Außerdem ist der Kunde schon bei der Erhebung der E-Mail-Adresse darauf hinzuweisen, dass er der Verwendung zu Werbezwecken jederzeit widersprechen kann (Nr. 4). Dieser Hinweis ist in jeder Werbe-E-Mail zu wiederholen. Der Wortlaut enthält darüber hinaus einen Teilsatz, wonach für den Widerspruch keine anderen als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen dürfen. Wegen dieser etwas holprigen Formulierung wird daraus zum Teil gefolgert, dass auch der Hinweis auf die Widerspruchsmöglichkeit diese Einschränkung enthalten muss.⁷⁹⁾ Aus dem zugrunde liegenden Art. 13 Abs. 2 ePrivacy-Richtlinie wird deutlich, dass sich die Kostenfreiheit allein auf die Abbestellmöglichkeit, nicht aber den Hinweis beziehen muss.

2. Kein Erlöschen der Berechtigung

62 Zum Teil wird vertreten, die sich aus Abs. 3 ergebende Berechtigung entfalle nach einer gewissen Zeit.⁸⁰⁾ Erforderlich sei quasi als zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung, dass zwischen der Erlangung der E-Mail-Adresse und der Nutzung der Adresse zu Werbezwecken ein zeitlicher Zusammenhang besteht. Nach einer gewissen Zeit könne sich der Unternehmer auf Abs. 3 nicht mehr berufen. Wann dies der Fall ist, sei Frage des Einzelfalls.⁸¹⁾ Zwei Jahre seien jedenfalls zu lang.⁸²⁾

63 Diese Ansicht ist abzulehnen.⁸³⁾ Für ein Erlöschen der sich aus Abs. 3 ergebenden Berechtigung ist kein Raum. Zunächst finden sich weder im Wortlaut der Vorschrift noch in der Richtlinie irgendwelche Anhaltspunkte für eine zeitliche Komponente. Abgestellt wird allein auf den Erhalt der E-Mail im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts. Wann die Adresse verwendet wird, ist nicht geregelt. Vielmehr ist der Einsatz der Adresse zu Direktmarketingzwecken gesondert in Nr. 2 angesprochen. Schon der Anknüpfungspunkt im Gesetz für eine zeitliche Komponente ist unklar. Während bei der ausdrücklichen Erklärung einer Einwilligung im Rahmen von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG immerhin Raum für die Auslegung der Einwilligungserklärung des Empfängers gegeben ist, fehlt es an einer solchen auslegungsfähigen Erklärung bei § 7 Abs. 3 UWG.

64 Ein Zeitablauf der Berechtigung zum Versand von Werbe-E-Mails würde auch ein falsches Signal in Richtung des häufigen Versands von E-Mail-Werbung setzen. Um die Geltung der Ausnahmebestimmung nach Abs. 3 nicht zu gefährden, müsste der Unternehmer also schneller und häufiger Werbung versenden.⁸⁴⁾ Mit einer Befristung ginge auch erhebliche Unsicherheit einher. Wenn der Einzelfall entscheiden soll, ob eine Newsletteraussendung erfolgen darf, oder nicht, würde dies ohne Not Unklarheiten schaffen. Liegen die Voraussetzung des Abs. 3 vor, darf Werbung per E-Mail versandt werden, unabhängig davon, wie viel Zeit seit Eintreten der Voraussetzungen vergangen ist.

78) Vgl. OLG Jena, 21.04.2010 – 2 U 88/10, CR 2010, 815 = MMR 2011, 101.

79) OLG Jena, 21.04.2010 – 2 U 88/10, CR 2010, 815 = MMR 2011, 101; *Schöler*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (Fn. 2), § 7 UWG Rn. 354; anders offenbar: *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (Fn. 1), § 7 UWG Rn. 207.

80) *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (Fn. 1), § 7 UWG Rn. 204.

81) *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (Fn. 1), § 7 UWG Rn. 204.

82) LG Berlin, 02.07.2004 – 15 O 653/03, CR 2004, 941; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (Fn. 1), § 7 UWG Rn. 204.

83) *Härtling* (Fn. 3), Rn. 1757; *Schulz*, CR 2012, 686, 689.

84) Vgl. *Schulz*, CR 2012, 686, 689.

V. Abmeldemöglichkeit und Abmeldung

Jeder Newsletter muss dem Empfänger eine Möglichkeit bieten, sich aus dem Verteiler auszutragen. Solche Abmeldungen sind auch unverzüglich zu berücksichtigen. 65

1. Angabe einer Abmeldeadresse

Diese Verpflichtung zur Angabe einer Abmeldemöglichkeit ergibt sich aus § 7 Abs. 2 Nr. 4 lit. c UWG. Danach ist eine Werbung unzulässig, bei der keine gültige Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen. 66

Anzugeben ist eine Adresse. Dass es sich dabei um eine E-Mail-Adresse handelt, schreibt das Gesetz nicht vor. Auch die Angabe einer Postanschrift oder einer Telefaxnummer ist zulässig. Ob auch eine Telefonnummer eine „Adresse“ im Sinne der Vorschrift sein kann, erscheint zweifelhaft.⁸⁵⁾ Allerdings ergibt der gesetzliche Hinweis darauf, dass keine Kosten entstehen dürfen, die über den Übermittlungskosten nach den Basistarifen liegen, vor allem für telefonische Mehrwertdienstnummern einen Sinn. Das spricht für die Zulässigkeit der Angabe einer Telefonnummer. Ausreichend ist auch, eine Internetadresse anzugeben, wenn dort eine Abmeldung ohne weiteres möglich ist. Zweifelhafte ist das aber, wenn dort eine gesonderte Anmeldung erforderlich ist, um die Abmeldung vorzunehmen. Die angegebene Adresse muss geeignet sein, dass der Empfänger seinen Abmeldewunsch ohne Weiteres direkt äußern kann. Das ist bei dem Verweis auf eine Login-Website nicht gewährleistet. 67

Dass die angegebene Adresse gültig sein muss, bedeutet, dass ein Abmeldewunsch dorthin auch gesendet werden kann und ein Abmeldewunsch auch unverzüglich berücksichtigt wird. Eines besonderen Hinweises, dass eine angegebene Adresse zur Abmeldung genutzt werden kann, ist natürlich sinnvoll und wünschenswert, aber nicht gesetzlich vorgeschrieben. Allerdings muss deutlich werden, dass die Adresse zur Abmeldung verwendet werden kann. Eine Verpflichtung, eine Abmeldung durch eine Antwort an die Absender-E-Mail-Adresse erreichen zu können, besteht nicht. 68

Dem Widersprechenden dürfen nur die normalen Übermittlungskosten entstehen. Die Angabe einer kostenpflichtigen Mehrwertdienstnummer ist damit unzulässig.⁸⁶⁾ Auch eine „Ausstragungsgebühr“ für die Einstellung der Werbezusendungen wäre unzulässig. 69

2. Berücksichtigung von Abmeldungen

Meldet sich ein Empfänger von dem Newsletter ab, widerruft er seine Einwilligung und die Berechtigung zur Aussendung von Werbung per E-Mail erlischt, so dass jeder weitere Versand rechtswidrig ist. Hat zunächst eine Einwilligung vorgelegen, muss der Empfänger nachweisen, dass er seine Einwilligung widerrufen hat. 70

Eine Schonfrist besteht dabei grundsätzlich nicht. Werden noch Wochen nachdem ein Kunde um Löschung seiner E-Mail-Adresse aus dem Verteiler gebeten hat, weiter Werbe-E-Mails versendet, kommt eine Berufung auf eine zuvor bestehende Einwilligung nicht in Betracht. Allerdings ist erforderlich, insbesondere großen Unternehmen eine Karenzzeit von wenigen Tagen zuzugestehen.⁸⁷⁾ Dies gilt insbesondere, wenn der Nutzer nicht den

85) So aber *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (Fn. 1), § 7 UWG Rn. 212.

86) Vgl. BT-Drucks. 15/1487, S. 21.

87) Vgl. OLG Celle, 15.05.2014 – 13 U 15/14, WRP 2014, 1218 (in diesem Heft) = K&R 2014, 531 (6 Tage zu lang).

einfachsten zur Verfügung stehenden Weg zur Abmeldung nutzt, sondern seine Bitte etwa an das Zentralfax des Unternehmens richtet.

- 72** Besondere Schwierigkeiten ergeben sich beim Abmelde-Management, wenn der Newsletter-Empfänger nur allgemein darum bittet, keine weiteren E-Mails mehr übersandt zu bekommen. Während im Falle der rechtswidrigen Aussendung von Werbung per E-Mail grundsätzlich ein Anspruch auf Unterlassung weiterer Aussendungen von werbenden E-Mails besteht, ohne dass dies konkret auf einzelne E-Mail-Adressen bezogen sein muss,⁸⁸⁾ kann der Versender bei dem Widerruf der Einwilligung verlangen, dass der Empfänger die E-Mail-Adresse spezifiziert, für die die Abmeldung gelten soll. Dies ergibt sich als Nebenpflicht aus dem bestehenden Schuldverhältnis, das der Aussendung der Werbung zugrunde liegt. Ergibt sich aus der Austragung die E-Mail-Adresse des Absenders, ist im Zweifel davon auszugehen, dass sich der Widerruf der Einwilligung lediglich auf diese Adresse bezieht.
- 73** Hat ein Empfänger mitgeteilt, dass er weitere werbende E-Mails nicht mehr erhalten möchte, erlischt damit in der Regel auch die datenschutzrechtliche Befugnis, die personenbezogenen Daten zu verarbeiten. Besteht kein anderer Grund, die Daten weiterhin zu speichern (etwa ein weiterbestehendes Vertragsverhältnis), müssen die Daten gelöscht werden.⁸⁹⁾ Die E-Mail-Adresse sollte dagegen lediglich gesperrt werden, um einen erneuten Versand an diese E-Mail-Adresse auszuschließen.

VI. Erkennbarkeit des Absenders

1. Keine Verschleierung

- 74** § 7 Abs. 2 Nr. 4 lit. a UWG verbietet die Werbung mit einer Nachricht, bei der die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird. Eine ganz ähnliche Regelung sieht auch § 6 Abs. 2 S. 1 TMG für die kommerzielle Kommunikation per E-Mail vor. Der Gesetzgeber hatte hier vor allem die (Betrugs-)Masche im Blick, automatisiert E-Mail-Adressen aus dem Adressbuch des Empfängers als Absender erscheinen zu lassen, um der E-Mail mehr Aufmerksamkeit zukommen zu lassen.⁹⁰⁾ Auch die Verwendung von Allerweltsnamen als Absender von Spam-Nachrichten sollte davon erfasst sein.⁹¹⁾ Nicht verboten ist aber die Versendung von Werbung im Auftrag eines anderen. Allerdings muss aus der E-Mail deutlich werden, für welches Unternehmen geworben werden soll. Auch der kommerzielle Charakter als solcher darf nicht verheimlicht werden. So soll sich die E-Mail nicht als private Nachricht tarnen dürfen. Betreffzeilen wie: „Fehler in Ihrem Computersystem entdeckt“ oder „Aktualisieren Sie Ihren PayPal-Account“ sind danach verboten.⁹²⁾
- 75** § 7 Abs. 2 Nr. 4 lit. b UWG verbietet Werbenachrichten, bei denen gegen § 6 Abs. 1 TMG verstoßen wird oder in denen der Empfänger aufgefordert wird, eine Website aufzurufen, die gegen diese Vorschrift verstößt. Wesentlicher Inhalt von § 6 Abs. 1 TMG ist ein Transparenzgebot für kommerzielle Kommunikationen und die Auftraggeber der jeweiligen Kommunikation.⁹³⁾ Außerdem bezieht sich die Vorschrift auf die Transparenz für besondere Verkaufsförderungsmaßnahmen und Gewinnspiele.

88) LG Hagen, 10.05.2013 – 1 S 38/13, WRP 2013, 1257.

89) Eckhardt/Rheingans, ZD 2013, 318.

90) BT-Drucks. 16/3078, S. 24.

91) BT-Drucks. 16/3078, S. 24.

92) Vgl. Abel/Geis, Praxiskommentar TMG, TKG, TKÜV, 2. Aufl. 2011, § 6 TMG Rn. 3; Schirnbacher, VuR 2007, 54, 58.

93) Micklitz/Schirnbacher, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 6 TMG Rn. 6.

Der Verweis auf § 6 TMG ist problematisch, weil die Anwendbarkeit von § 6 Abs. 1 TMG (anders als Abs. 2) voraussetzt, dass Telemedien, jedenfalls aber ein Bestandteil davon vorliegen. Werden lediglich E-Mails verschickt, liegt darin an sich noch kein Telemediendienst. Will man den Verweis nicht leerlaufen lassen, muss man die Vorschrift so verstehen, dass sie sich auf den Inhalt der Nachrichten bezieht. Die Nr. 1-4 müssen danach also unabhängig vom Vorliegen eines Telemediendienstes geprüft werden.

§ 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG sieht vor, dass die kommerzielle Kommunikation klar erkennbar sein muss. Dies bedeutet insbesondere, dass der Empfänger erkennen können muss, dass es sich nicht um private Kommunikation handelt. Das kann sich aus den Umständen ergeben. Insbesondere wenn der Unternehmensname Teil der Absender-E-Mail-Adresse ist oder Logo oder Firmenschlagwort sich unmittelbar aus der E-Mail ergeben, ist hinreichende Transparenz gegeben. Im Regelfall bedarf es daher keiner gesonderten Kennzeichnung. § 6 Abs. 1 Nr. 2 TMG gibt vor, dass der Werbende klar identifizierbar ist. Dies kann sich aus einem eingebundenen oder verlinkten Impressum ergeben. Für die Identifikation bedarf es zunächst nicht mehr, als die Angabe des Namens und ggf. der Rechtsform. **76**

Die weitergehende Anordnung, dass es stets unlauter ist, in E-Mails den Empfänger aufzufordern, eine Website aufzurufen, die gegen § 6 Abs. 1 TMG verstößt, führt zu einer Verantwortung des Versenders der E-Mail für verlinkte Zielseiten. Dies soll offenbar auch dann gelten, wenn der Versender keinen Einfluss auf den Inhalt der verlinkten Website hat. Voraussetzung ist, dass der Empfänger aufgefordert wird, eine bestimmte Website aufzurufen. Eine Aufforderung setzt eine aktive Ansprache voraus. Nicht ausreichend ist damit etwa eine bloße Verlinkung etwa in der Signatur der E-Mail. Nicht jeder integrierte Link enthält eine Aufforderung, die verlinkte Website zu besuchen. Insofern bedarf es einer gesonderten Bewerbung einer bestimmten Landingpage, die dem Empfänger den Besuch der Seite nahe legt. Die betroffene Landingpage muss gerade Gegenstand der Ansprache des Empfängers in der E-Mail sein. Bei der Frage, ob hinsichtlich der Zielseite ein Verstoß vorliegt, ist auf den Zeitpunkt des Zugangs der E-Mail abzustellen. Wird die Landingpage später intransparent, etwa weil ein weiteres Gewinnspiel beworben wird, was den Anforderungen von § 6 Abs. 1 Nr. 4 TMG nicht genügt, schlägt das nicht auf die zunächst versandte E-Mail durch. **77**

2. Impressumspflicht

Auch Newsletter können als Telemedien anzusehen sein.⁹⁴⁾ Sie bedürfen daher gemäß § 5 TMG eines Impressums. Sofern es sich bei den Inhalten um journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote handelt, gilt zusätzlich § 55 RStV. Danach ist ein Verantwortlicher mit Angabe des Namen und der Anschrift zu benennen. **78**

Bisher gerichtlich nicht entschieden ist, ob es genügt, auf das Impressum auf der Website zu verlinken, oder ob tatsächlich alle Informationen in die E-Mail mit aufgenommen werden müssen. Vor allem Gründe der Praktikabilität sprechen dafür, dass eine Verlinkung genügt. Gerade bei Freiberuflern können die Pflichtangaben nach § 5 TMG sehr lang sein.⁹⁵⁾ Es ist kein Grund erkennbar, warum der Verpflichtung nicht auch durch einen Link auf das Webimpressum Genüge getan werden kann. Schließlich **79**

94) Vgl. Lorenz, Die Anbieterkennzeichnung im Internet, S. 88 f.; Micklitz/Schirnbacher, in: Spindler/Schuster (Fn. 93), § 5 TMG Rn. 7.

95) Micklitz/Schirnbacher, in: Spindler/Schuster (Fn. 93), § 5 TMG Rn. 58 ff.

bedarf es zum Download des Newsletters stets einer Verbindung zum Internet, so dass es gegebenenfalls zumutbar ist, auch den Online-Link zum Impressum anzuklicken.⁹⁶⁾

VII. Fazit

- 80 Das grundsätzliche Einwilligungserfordernis für E-Mail-Werbung hat natürlich seine Berechtigung und gründet insbesondere in der Ausuferungsgefahr. Diese Gefahr besteht jedoch nicht bei allen in der Praxis üblichen Kommunikationsformen, bei denen auch E-Mails zum Einsatz kommen und derer sich die Unternehmen bedienen. Dieser Umstand ist bei der rechtlichen Bewertung

einzelner Kommunikationsmaßnahmen zu berücksichtigen. Die Reichweite des rechtlich Zulässigen zeigt dabei, dass die Rechtsprechung den verschiedenen Möglichkeiten der Information per E-Mail deutlich zu streng gegenüber steht. Trotz des weiten Verständnisses des Werbebegriffs ist nicht jede geschäftliche Kommunikation per E-Mail zwingend als Werbung und damit als einwilligungsbedürftig zu bewerten.

96) Ott, MMR 2007, 354, 358; Micklitz/Schirmbacher, in: Spindler/Schuster (Fn. 93), § 5 TMG Rn. 28a.

Prof. Dr. Michael Stöber, Dortmund*

Nach dem Vertriebsweg differenzierende Rabattsysteme im Lichte des europäischen Kartellrechts

INHALT

- I. Einleitung
- II. Der Fall Bosch Siemens des BKartA
- III. Das Dornbracht-Urteil des OLG Düsseldorf
- IV. Verwirklichung des Tatbestands des Art. 101 Abs. 1 AEUV durch differenzierende Rabattsysteme
 - 1. Wettbewerbsbeschränkung
 - 2. Eignung zur spürbaren Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten
- V. Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV?
- VI. Eigene Lösung: Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung
 - 1. Anerkennung eines ungeschriebenen Rechtfertigungsgrundes (Immanenz, rule of reason)
 - 2. Die Rechtsprechung des EuGH zu selektiven Vertriebssystemen als Ausgangspunkt
 - 3. Folgerungen für differenzierende Rabattsysteme
 - a) Offen differenzierende Rabattsysteme
 - b) Indirekt differenzierende Rabattsysteme
- VII. Exkurs: Verstoß gegen das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV
- VIII. Zusammenfassung

I. Einleitung

- 1 Die Verbreitung des Internet-Handels hat für die Kunden den Vorteil, dass sie das Produkt von zu Hause aus bestellen können, ohne sich in das Ladenlokal des Händlers begeben zu müssen. Zudem sind die Preise im Online-Handel aufgrund geringerer Vertriebskosten üblicherweise niedriger als im stationären Handel. Insbesondere entfallen die Kosten für ein Ladenlokal mit den

zugehörigen Personal- und Sachmitteln. Die Kostenersparnisse können die Internet-Händler in Gestalt günstigerer Preise an ihre Kunden weitergeben.

Eine vollständige Verdrängung des stationären Handels durch den Internet-Handel liefe jedoch den Interessen zahlreicher Hersteller zuwider. Gerade bei hochwertigen Markenprodukten gehören eine fachkundige Verkaufsberatung und absatzbegleitende Serviceleistungen oft zum Markenimage. Diese produktbezogenen Zusatzleistungen sind zwar im stationären, häufig aber nicht im Online-Vertrieb gewährleistet. Aus diesem Grund sind etliche Markenhersteller bestrebt, in Bezug auf ihre Produkte den stationären Handel mit seinen für das Markenimage wichtigen Vorzügen zu stärken und den reinen Internet-Handel zurückzudrängen.¹⁾

Zu diesem Zweck haben in den letzten Jahren einige Hersteller mit ihren Vertriebspartnern Rabattsysteme vereinbart, die für den stationären Vertrieb höhere Rabatte vorsehen als für den Online-Vertrieb. Hierdurch soll der Kostennachteil der stationären Händler ausgeglichen und zugleich der sog. Trittbrettfahreneffekt gemildert werden, der eintritt, wenn Kunden sich im stationären Handel zwar hinsichtlich eines Produkts beraten lassen, dieses dann aber preisgünstiger im Internet erwerben.²⁾

Indes ist das BKartA schon mehrfach gegen solche differenzierenden Rabattsysteme vorgegangen, weil diese nach seiner Ansicht gegen das europarechtliche Kartellverbot des Art. 101 AEUV verstießen. Vertreter des stationären Handels reagieren hierauf mit Unverständnis und dem Vorwurf, das BKartA sei der „Totengräber des Fachhandels“. Der 1. Kartellsenat des OLG Düsseldorf hat die Sichtweise des BKartA freilich in seinem Dornbracht-Urteil von 2013⁴⁾ bestätigt.

1) S. Bergmann, ZWeR 2004, 28, 29 f.; Dethof, ZWeR 2012, 503, 504; Rösner, WRP 2010, 1114, 1117.

2) Vgl. Dethof, ZWeR 2012, 503, 504; s. dazu auch Der Spiegel, Heft 25/2014, S. 72.

3) S. Der Spiegel, Heft 25/2014, S. 72 f.

4) OLG Düsseldorf, 13.11.2013 – VI-U (Kart) 11/13, BeckRS 2013, 21406 = NZKart 2014, 68; dazu noch u. III.

* Der Autor ist Inhaber der Professur für Handels- und Gesellschaftsrecht an der Technischen Universität Dortmund. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1251 f.