

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 e.V.

Deutscher Fachverlag GmbH
Frankfurt am Main

Editorial: Neuerungen für die WRP

- 1 Prof. Dr. Stefan Leible und Dr. Michael Müller, LL.M.**
Der Begriff der Niederlassung im Sinne von Art. 82 Abs. 1
Alt. 2 GGV und Art. 97 Abs. 1 Alt. 2 GMV
- 8 Prof. Dr. Rolf Sack**
Die Verwechslungsgefahr im Marken- und Wettbewerbsrecht –
einheitliche Auslegung?
- 17 Prof. Dr. Christian Alexander**
Die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 2005/29/EG
bis zum Jahr 2012
- 24 Prof. Dr. Christian Russ und Dieter Wallenfels**
Zehn Jahre gesetzliche Buchpreisbindung – eine Zwischenbilanz
- 31 Sylvia Lorenz**
Die Nutzungsbefugnisse mehrerer Inhaber einer Marke
bei Fehlen vertraglicher Vereinbarungen
- 37 Dipl. FinWirt (FH) Thomas Schwenke, LL.M.**
Nutzungsbedingungen sozialer Netzwerke und Onlineplattformen
- 41 Maximilian Becker und Dr. Felix Becker**
Virtuelle Festplatten als Sharehoster
- 48 Benjamin Brenken**
Zur Berechnung, Verhandlung und Geltendmachung von
Geräteabgaben
- 52 Europese Gemeinschaft/Otis u. a.**
EuGH, Urteil vom 06.11.2012 – C-199/11
- 57 Zweigstellenbriefbogen**
BGH, Urteil vom 16.05.2012 – IZR 74/11
- 61 Castell/VIN CASTEL**
BGH, Urteil vom 31.05.2012 – IZR 112/10
- 65 Fluch der Karibik**
BGH, Urteil vom 10.05.2012 – IZR 145/11
- 79 Haller Tagblatt**
BGH, Beschluss vom 19.06.2012 – KVR 15/11
- 111 Bestätigungsaufforderung**
OLG München, Urteil vom 27.09.2012 – 29 U 1682/12
- 113** Kommentar von **Thomas Gramespacher**

Zivilrecht/Wettbewerbsrecht

Bestätigungsaufforderung

BGB § 823 Abs. 1; UWG § 7 Abs. 2 Nr. 3

OLG München, Urteil vom 27.09.2012 – 29 U 1682/12

Vorinstanz: LG München I, 13.03.2012 – 33 O 11089/11

Auch eine E-Mail, mit der zur Bestätigung einer Bestellung im Double-opt-in-Verfahren aufgefordert wird, fällt als Werbung unter das Verbot des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG.

Gründe:

- 1 I. Die Klägerin, eine Steuerberatungsgesellschaft, begehrt von der Beklagten die Unterlassung der Zusendung unerwünschter E-Mails.
- 2 Die Beklagte ist im Bereich der Anlageberatung tätig. Sie bietet auf ihrer Internetseite einen „Newsletter“ zum kostenlosen Abonnement an.
- 3 Am Sonntag, den 20. Februar 2011, ging folgende E-Mail im Postfach der Klägerin ein:
 „Betreff: Bestätigung zum H Newsletter
 Willkommen bei unserem Newsletter(n)...
 Sie haben sich mit Ihrer Email-Adresse an folgendem oder folgenden Newsletter(n) angemeldet:
 *Newsletter
 Wenn diese Angaben richtig sind bitten wir Sie folgenden URL zu klicken um das Abonnement zu bestätigen
<http://www.h...eu/newsletter/?p...439>
 Sollte das aber ein Fehler sein, so bitten wir Sie diese Email einfach nur zu löschen.
 Vielen Dank“
- 4 Am Montag, den 21. Februar 2011, erhielt die Klägerin von der Beklagten folgende E-Mail:
 „Betreff: Willkommen beim H Newsletter
 Willkommen beim H Newsletter
 Bitte speichern Sie diese eMail als Referenz.
 Ihre eMail Adresse wurde für folgenden Newsletter hinterlegt:
 *Newsletter
 Um den Newsletter wieder abzubestellen klicken Sie bitte
<http://www.h...eu/newsletter/?p...439b> und folgen Sie den dort angeführten Schritten.
 Um Ihre Kontaktangaben zu aktualisieren, klicken Sie bitte auf
<http://www.h...eu/newsletter/?p...439b>
 Vielen Dank“
- 5 Die Klägerin hat in diesen beiden E-Mails, die ihr ohne vorherige Einwilligung zugegangen seien, einen Wettbewerbsverstoß und einen Eingriff in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gesehen. Mit Anwaltsschreiben vom 27. Februar 2011 ließ die Klägerin die Beklagte ohne Erfolg zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auffordern, und stellte ihr Anwaltskosten in Höhe von € 555,60 in Rechnung. (...)
- 6 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. (...)

- Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin. (.) 7
- II. Die zulässige Berufung der Klägerin hat teilweise Erfolg. 8
1. Hinsichtlich der Versendung der E-Mail vom 20. Februar 2011 steht der Klägerin der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu. 9
- a) Die Klägerin kann das Verbot allerdings nicht aus § 8 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1 i. V. m. §§ 3, 7 Abs. 1 und 2 Nr. 3 bzw. § 4 Nr. 10 UWG herleiten. Der Klägerin stand ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nicht zu, da die Klägerin nicht Mitbewerberin der Beklagten im Sinne dieser Vorschrift ist. 10
- Mitbewerber ist gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ist gegeben, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen mit der Folge, dass das konkret bestandene Wettbewerbsverhalten des einen Wettbewerbers den anderen beeinträchtigen, d. h. im Absatz behindern oder stören kann (vgl. BGH GRUR 2012, 193 – Sportwetten im Internet II [= WRP 2012, 201] Rn. 17 m. w. N.). 11
- Nach dem Parteivortrag kann nicht festgestellt werden, dass die Parteien gleichartige Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen. Die Klägerin trägt nicht vor, dass sie auch im Bereich der Anlageberatung tatsächlich Dienstleistungen anbietet. Sie trägt vielmehr ganz abstrakt vor, eine Steuerberatung ohne gleichzeitige betriebswirtschaftliche Beratung – einschließlich der Vermögensanlageplanung – sei „häufig gar nicht durchführbar“. Dieser pauschale, von der konkreten Tätigkeit der Klägerin losgelöste Vortrag reicht für die Annahme eines zwischen den Parteien bestehenden Wettbewerbsverhältnisses nicht aus. 12
- Aus dem Vortrag der Klägerin ergibt sich auch nicht, dass der Newsletter der Beklagten – zu dessen Inhalt nichts vorgetragen ist – objektiv geeignet und darauf gerichtet ist, den Absatz der Beklagten zum Nachteil des Absatzes der Klägerin zu fördern. Mangels eines dahingehenden Sachvortrags, der die Annahme eines Behinderungswettbewerbs rechtfertigen könnte, kann auch auf dieser Grundlage ein konkretes Wettbewerbsverhältnis nicht angenommen werden. 13
- b) Der Klägerin steht der in Rede stehende Unterlassungsanspruch jedoch wegen eines Eingriffs in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB zu (vgl. hierzu grundsätzlich BGH GRUR 2009, 980 [= WRP 2009, 1246] – E-Mail-Werbung II Rn. 10 ff.). 14
- aa. Die Zusendung einer Werbe-E-Mail ohne vorherige Einwilligung des Adressaten stellt einen unmittelbaren Eingriff in den Gewerbebetrieb dar. 15
- Davon ist auszugehen bei Eingriffen, die gegen den Betrieb als solchen gerichtet, also betriebsbezogen sind und nicht vom Gewerbebetrieb ohne Weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen. Unverlangt zugesandte E-Mail-Werbung beeinträchtigt regelmäßig den Betriebsablauf des Unternehmens. Mit dem Sichten und Aussortieren unerbetener E-Mails ist ein zusätzlicher Arbeitsaufwand verbunden. Zudem können, soweit kein festes Entgelt vereinbart ist, zusätzliche Kosten für die Herstellung der Online-Verbindung und die Übermittlung der E-Mail durch den Provider anfallen. Die Zusatzkosten für den Abruf der einzelnen E-Mail können zwar gering sein. Auch der Arbeitsaufwand für das Aussortieren einer E-Mail kann sich in engen Grenzen halten, wenn sich bereits aus dem Betreff entnehmen lässt, dass es sich um Werbung handelt. Anders fällt die Beurteilung aber aus, wenn es sich um eine größere Zahl unerbetener 16

OLG München: Bestätigungsaufforderung

E-Mails handelt oder wenn der Empfänger der E-Mail ausdrücklich dem weiteren Erhalt von E-Mails widersprechen muss. Mit der häufigen Übermittlung von Werbe-E-Mails ohne vorherige Einwilligung des Empfängers durch verschiedene Absender ist aber immer dann zu rechnen, wenn die Übermittlung einzelner E-Mails zulässig ist. Denn im Hinblick auf die billige, schnelle und durch Automatisierung arbeitssparende Versendungsmöglichkeit ist ohne Einschränkung der E-Mail-Werbung mit einem immer weiteren Umsichgreifen dieser Werbeart zu rechnen (BGH, a. a. O., – E-Mail-Werbung II Rn. 12 m. w. N.).

- 17** bb. Bei der E-Mail vom 20. Februar 2011 handelt es sich um eine dem Adressaten ohne dessen Einwilligung zugesandte Werbe-E-Mail.
- 18** Für die Einwilligung trägt die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast (vgl. BGH GRUR 2004, 517 [519] [= WRP 2004, 731] – E-Mail-Werbung I; BGH GRUR 2011, 936 [= WRP 2011, 1153] – Double-opt-in-Verfahren Rn. 30). Für den Nachweis des Einverständnisses ist es erforderlich, dass der Werbende die konkrete Einverständniserklärung jedes einzelnen Verbrauchers vollständig dokumentiert. Im Fall einer elektronisch übermittelten Einverständniserklärung setzt das deren Speicherung und die jederzeitige Möglichkeit voraus, sie auszudrucken. Die Speicherung ist dem Werbenden ohne Weiteres möglich und zumutbar. Verfahren, bei denen unklar ist, ob eine Einverständniserklärung tatsächlich von dem angerufenen Verbraucher stammt, sind für den erforderlichen Nachweis ungeeignet.
- 19** Demgegenüber hat die Beklagte eine ausdrückliche Einwilligung der Klägerin gerade nicht vorgelegt, sondern lediglich behauptet, dass sich die Klägerin auf der Internetseite der Beklagten unter Angabe ihrer E-Mail-Adresse für das Newsletter-Abonnement angemeldet habe.
- 20** cc. Die gesetzgeberische Wertung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, insbesondere des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG, ist auch bei der Beurteilung der Frage zu berücksichtigen, ob ein rechtswidriger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegt (vgl. BGH, a. a. O., E-Mail-Werbung II Rn. 14).
- 21** Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG stellt – von dem hier nicht interessierenden Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG abgesehen – jede Werbung unter Verwendung elektronischer Post ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten eine unzumutbare Belästigung dar.
- 22** Nach § 7 Abs. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung – insbesondere Werbung –, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, unzulässig. Dies gilt stets für Werbung unter Verwendung elektronischer Post ohne ausdrückliche Einwilligung des Adressaten (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG). § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG hat seine unionsrechtliche Grundlage in Art. 13 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG vom 12. Juli 2002. Der in der Datenschutzrichtlinie gebrauchte Begriff der Direktwerbung wird dort nicht definiert. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellen alle auf Absatzförderung gerichteten Handlungen bzw. Äußerungen eines Unternehmens Werbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG dar (BGH GRUR 2008, 925 [= WRP 2008, 1330] – FC Troschenreuth Rn. 14 ff.; so auch Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Auflage 2012, § 7 Rn. 33 und § 2 Rn. 15). Der Bundesgerichtshof geht für dieses Begriffsverständnis vom allgemeinen Sprachgebrauch und der Definition des Begriffs der Werbung in Art. 2 Nr. 1 der RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung aus. Danach ist Werbung jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern (vgl. BGH, a. a. O., E-Mail-Werbung II Rn. 13).

Nach diesen Grundsätzen fällt auch eine E-Mail, mit der zur Bestätigung einer Bestellung im Double-opt-in-Verfahren aufgefordert wird, als Werbung unter das Verbot des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG (wie hier Möller, WRP 2010, 321 (328); Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Auflage 2011, § 7 Rn. 189; a. A. ohne nähere Begründung nunmehr Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Auflage 2012, § 7 Rn. 189). Die Einbeziehung von Aufforderungen zur Bestätigung einer Bestellung steht im Einklang mit einem am Ziel der Absatzförderung orientierten Verständnis des Begriffs der Werbung.

Mit der E-Mail vom 20. Februar 2011 verfolgte die Beklagte das Ziel, die Erbringung ihrer Dienstleistung (Anlageberatung) zu fördern, wenn auch zunächst lediglich mit dem Bestreben, eine ausdrückliche Einwilligung des Adressaten für weitere Werbemaßnahmen zu erlangen. Diese E-Mail war daher eine in unmittelbarem Zusammenhang mit der Förderung ihrer Anlageberatung stehende Äußerung der Beklagten und damit eine Werbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Dabei ist es nicht erforderlich, dass die angegriffene Mail selbst eine Werbebotschaft enthält. In diesem Zusammenhang ist von Interesse, dass der Bundesgerichtshof auch eine E-Mail-Anfrage betreffend die Platzierung von Bannerwerbung auf der Webseite eines Fußballvereins als unzulässige Werbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG bewertet hat (BGH, a. a. O., – FC Troschenreuth), obwohl auch in diesem Fall die als unzulässig bewertete E-Mail selbst keine Werbebotschaft enthielt.

dd. Im Ergebnis ist der hier zu beurteilende Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin auch rechtswidrig. Die insoweit erforderliche Abwägung der widerstreitenden Interessen der Parteien geht zu Lasten der Beklagten aus. Wegen des unzumutbar belästigenden Charakters derartiger Werbung gegenüber dem Empfänger ist die Übersendung einer Werbe-E-Mail ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung grundsätzlich rechtswidrig (so BGH, a. a. O., – E-Mail-Werbung II).

c) Da Gegenstand des Unterlassungsantrages allein die beiden konkret angegriffenen E-Mails sind, wie die Bezugnahme auf diese durch die Formulierung „wie geschehen“ verdeutlicht (vgl. BGH GRUR 2011, 742 [= WRP 2011, 873] – Leistungspakete im Preisvergleich Rn. 17 m. w. N.), verzichtet der Senat zur Klarstellung auf die gesetzewiederholende Übernahme der Merkmale „automatische Anrufmaschine“ und „Faxgerät“, ohne dass darin eine Teilabweisung der Klage läge.

d) Soweit die Klägerin gerügt hat, die Beklagte sei in erster Instanz nicht ordnungsgemäß anwaltlich vertreten gewesen, hat die Beklagte durch Vorlage von Prozessvollmachten für die erste und zweite Instanz (vgl. Schriftsatz vom 10. September 2012) zur Überzeugung des Senats nachgewiesen, dass sie durch die Rechtsanwälte T. & Kollegen ordnungsgemäß vertreten ist.

2. Der Versand der E-Mail vom 21. Februar 2011 vermag demgegenüber einen Unterlassungsanspruch nicht zu begründen, so dass die hiergegen gerichtete Berufung zurückzuweisen war.

Die Beklagte hat – wie das Landgericht zutreffend festgestellt – unbestritten vorgetragen, dass eine E-Mail wie die als Anlage K 1 vorgelegte E-Mail vom 21. Februar 2011 erst dann erstellt und verschickt wird, wenn der Bestätigungslink der Vorgänger-Mail – wie er in der als Anlage K 2 vorgelegten E-Mail enthalten ist – betätigt wurde. Damit ist unstreitig, dass auf die im Postfach der E-Mail-Adresse „info@stb-k.de“ eingegangene E-Mail vom 20. Februar 2011 (Anlage K 2) zugegriffen und der in der E-Mail enthaltene Bestätigungslink betätigt wurde. Denn andernfalls wäre unstreitig die E-Mail vom 21. Februar 2011 (Anlage K 2) nicht generiert worden. Nachdem zudem unstreitig ist, dass es sich bei der Adresse „info@stb-k.de“ um die E-Mail-Adresse der Klägerin handelt, ist nicht erkennbar, weshalb der Bestätigungslink nicht „von der Klägerin“ – also einem ihrer

Mitarbeiter – betätigt worden sein soll. Die Klägerin hat nicht vorgetragen, dass auch Außenstehende Zugriff auf dieses Postfach haben. Unbehelflich ist der Vortrag, das als Anlage K 2 vorgelegte Schreiben datiere von einem Sonntag, wobei die Geschäftsräume der Klägerin sonntags nicht besetzt seien; das am Montag den 21. Februar 2011 generierte Schreiben der Beklagten (Anlage K 1) zeigt, dass der Bestätigungslink aus der E-Mail vom 20. Februar 2011 an eben diesem Montag betätigt worden sein muss. Mangels entgegenstehendem Vortrag der Klägerin ist nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass die Geschäftsräume an besagtem Montag besetzt waren.

- 30** 3. Der mit der Klage geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten ist aus § 823 Abs. 1 BGB lediglich in Höhe von € 277,80 zzgl. Zinsen begründet.
- 31** Der rechtswidrige Eingriff in den Gewerbebetrieb der Klägerin erfolgte schuldhaft, weil die Beklagte bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt jedenfalls hätte erkennen können, dass die Klägerin in die E-Mail-Zusendung nicht eingewilligt hatte. Die sich daraus ergebende Verpflichtung zum Schadensersatz erfasst auch die Erstattung von Rechtsverfolgungskosten (vgl. BGH GRUR 2010, 239 [= WRP 2010, 384] – BTK Rn. 51).
- 32** Richtet sich die Höhe der Abmahnkosten nach dem Gegenstandswert der Abmahnung, sind die Kosten einer nur teilweise berechtigten Abmahnung nur zu ersetzen, soweit die Abmahnung berechtigt war. Dabei ist die Höhe des Ersatzanspruchs nach dem Verhältnis des Gegenstandswerts des berechtigten Teils der Abmahnung zum Gegenstandswert der gesamten Abmahnung zu bestimmen (vgl. BGH GRUR 2012, 949 – Mißbräuchliche Vertragsstrafe Rn. 49 m. w. N.). Der Gegenstandswert der zwei Unterlassungsansprüche ist gleich zu bewerten. Von den geltend gemachten Abmahnkosten i. H. v. € 555,60 entfallen demnach 1/2 – also € 277,80 – auf den begründeten Unterlassungsanspruch.
- 33** III. (...) 3. Die Revision war – beschränkt auf die Verurteilung der Beklagten bezüglich der E-Mail vom 20. Februar 2011 – nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zuzulassen. Die Frage des Werbecharakters einer Bestätigungsanfrage im Double-opt-in-Verfahren stellt sich in einer Vielzahl von Fällen.
- 34** Soweit die Berufung der Klägerin zurückgewiesen wurde, sind die Voraussetzungen für die Zulassung einer Revision dagegen nicht gegeben. Die Rechtssache erfordert lediglich die Anwendung gesicherter Rechtsprechungsgrundsätze auf den Einzelfall.

Kommentar

- 1** Die Entscheidung des OLG München betrifft einen Zentralaspekt des Direkt- bzw. E-Mail-Marketings: die Möglichkeit des Werbens, die nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG rechtlich zwingend erforderliche vorherige ausdrückliche Einwilligung des Empfängers einer E-Mail-Werbung entsprechend der ihm obliegenden Darlegungs- und Beweislast (vgl. dazu BGH, 10.02.2011 – I ZR 164/09, WRP 2011, 1153, Rn. 30 – Double-opt-in-Verfahren) sicher einzuholen und zu dokumentieren. In diesem Zusammenhang wird das sogenannte Double-opt-in-Verfahren (vgl. <http://de.wikipedia.org/wiki/Opt-in>) seit Jahren, auch in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und einschlägigen Literatur ganz überwiegend als geeignet und ausreichend herausgestellt (nur beispielhaft: 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; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl. 2012, § 7 Rn. 189; Leible/Günther, Anm. zu BGH, 10.02.2011 – I ZR 164/09 – Double-opt-in-Verfahren, GRUR 2011, 939, 940)
- 2** Mit seiner Entscheidung stellt das OLG München das Double-opt-in-Verfahren und dessen Verwendung nunmehr allerdings insoweit grundlegend in Frage, als es die sogenannte Bestätigungsaufforderung innerhalb eines solchen Verfahrens bereits als

Werbung bewertet. Für diese Bestätigungsaufforderung ist dann aber ebenso eine – darzulegende und gegebenenfalls zu beweisende – Einwilligung des Adressaten erforderlich, damit kein Verstoß gegen das Verbot des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG oder auch des § 823 Abs. 1 BGB unter dem Aspekt eines Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vorliegt. Der eigentlich paradoxe Effekt: Zwar kann die Versendung von E-Mail-Werbung an eine durch ein Double-opt-in-Verfahren verifizierte E-Mail-Adresse und entsprechend dokumentierte Einwilligung abgesichert werden. Die diesem Verfahren immanente Bestätigungs-E-Mail bzw. Bestätigungsaufforderung ist aber als unverlangte Werbung gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG unzulässig. Diese Konsequenz ergibt sich sodann auch in der Entscheidung des OLG München, soweit es einen von der Klägerin geltend gemachten zweiten Unterlassungsanspruch wegen einer auf die erste (rechtswidrige) Bestätigungsaufforderung versandten E-Mail abgelehnt hat.

Allein aufgrund dieses Umstandes ist aber auch fraglich, ob die Bestätigung der Anmeldung innerhalb der Bestätigungsaufforderung nicht schon eine Einwilligung in die Zusendung der Bestätigungsaufforderung selbst indiziert und in Zusammenschau mit einer ordnungsgemäßen, sorgfältigen Dokumentation des gesamten Anmeldevorgangs durch den Versender nicht den Anforderungen an die taugliche Darlegung – und gegebenenfalls an den Beweis – der Einwilligung des Adressaten genügen könnte. Entsprechende Erwägungen enthält die Entscheidung nicht. Allerdings scheint die Beklagte zu dem Anmeldevorgang selbst auch keine Darlegungen und Beweisantritte erbracht zu haben, sondern lediglich die Behauptung der Anmeldung für den E-Mail-Newsletter unter Angabe der E-Mail-Adresse. Die Informationen zum Sachverhalt sind hier auch unter Zuhilfenahme der erstinstanzlichen Entscheidung leider wenig ergiebig.

Das Gericht stützt seine Bewertung der sogenannten Bestätigungsaufforderung als Werbung mangels Definition der Direktwerbung in Art. 13 Abs. 1 Richtlinie 2002/58/EG auf den Begriff der Werbung in Art. 2 lit. a der Richtlinie 2006/114/EG und einen recht pauschalen Verweis auf die Entscheidung „E-Mail-Werbung II“ des Bundesgerichtshofs (20.05.2009 – I ZR 218/07, WRP 2009, 1246). Insoweit gehe der BGH für das Verständnis des Begriffes der Werbung vom allgemeinen Sprachgebrauch und der Definition des Begriffes der Werbung in Art. 2 lit. a der Richtlinie 2006/114/EG aus. Werbung sei danach jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistung zu fördern. Soweit das OLG München weiter ausführt, dass „die Einbeziehung von solchen Aufforderungen zur Bestätigung einer Bestellung (...) im Einklang mit einem am Ziel der Absatzförderung orientierten Verständnis des Begriffes der Werbung [stehe]“, liegt hierin wohl ein Bezug auf die Rechtsprechung des BGH in seinen Entscheidungen „Faxanfrage im Autohandel“ (BGH, 17.07.2008 – I ZR 75/06, WRP 2008, 1328) und „FC Troschenreuth“ (BGH, 17.07.2008 – I ZR 197/05, WRP 2008, 1330 = GRUR 2008, 925 m. Anm. Köhler), in denen dieser nach dem Sinn und Zweck von § 7 UWG auch Nachfragehandlungen als von den Verbotstatbeständen des § 7 Abs. 2 UWG erfasst angesehen hat. Jedenfalls verbleibt es auch insoweit bei einem Werbebegriff, der an dem Ziel der Absatzförderung ausgerichtet ist.

Weshalb allerdings in einer bloßen – keine weiteren werblichen Inhalte umfassenden – Bestätigungsaufforderung im Rahmen des Double-opt-in Verfahrens dann generell eine Werbung mit dem Ziel der Absatzförderung zu sehen sein soll (so auch der Leitsatz des Senats, vgl. WRP 2013, 111), erörtert das Gericht nicht, sondern stellt dies letztlich nur pauschal fest. Sämtliche

höchstrichterlichen Entscheidungen befassen sich hingegen mit grundverschiedenen Fallgestaltungen und gerade nicht mit einer *bloßen* Bestätigungsaufforderung in einem automatisierten und technisierten Double-opt-in-Verfahren, also praktisch einer verfahrensimmanenten Systemrückmeldung.

6 Wer sich zur Verifikation und Dokumentation der erforderlichen ausdrücklichen Einwilligung eines E-Mail-Empfängers des Double-opt-in-Verfahrens bedient, verfolgt mit der Bestätigungsaufforderung aber schon ausgehend von dem – auch verfahrenstechnischen – Sinn und Zweck einer solchen E-Mail zunächst gerade nicht das Ziel einer wie auch immer gearteten Absatzförderung, sondern das Ziel der Verifikation und Bestätigung der vorangegangenen Eintragung der E-Mail-Adresse und einer darin liegenden Einwilligung des Eintragenden. Erst dann soll Absatzförderung (Werbung), gleich welcher Art, betrieben werden (können). Ohne andere Anhaltspunkte ist eine solche Bewertung auch nach lebensnaher Betrachtung zu vermuten. Es geht dem Versender einer solchen Bestätigungsaufforderung also nicht einmal mehr um die Einholung einer Einwilligung, sondern lediglich um deren Dokumentation. Die Einwilligung wurde bereits durch die Initialisierung der Bestätigungsaufforderung gegeben. Natürlich verfolgt auch nicht jede von einem Unternehmer – im geschäftlichen Verkehr – selbst an Dritte ausgesendete E-Mail das Ziel der Absatzförderung. Dies dürfte nicht ernsthaft in Zweifel zu ziehen sein. E-Mails sind schließlich als einfache, auch geschäftliche Kommunikation vielmehr grundsätzlich sozialadäquat. Dies führt aber entsprechend zu dem Ergebnis, dass nicht (zwingend) jede automatisierte Bestätigungsaufforderung als Werbung bewertet werden kann und damit auch nicht von dem Verbot des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG erfasst wird (ebenso im Ergebnis: z. B. *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, a. a. O., § 7 Rn. 189; *Leible/Günther*, Anm. zu BGH, 10.02.2011 – I ZR 164/09 – Double-opt-in-Verfahren, GRUR 2011, 939, 940; wohl auch: *Redeker*, IT-Recht, 5. Aufl. 2012, Rn. 1352; a. A. wohl noch *Möller*, WRP 2010, 321, allerdings nunmehr auch rätselnd: vgl. *Möller*, Anm. zu BGH, 10.02.2011 – I ZR 164/09 – Double-opt-in-Verfahren, GRUR-Prax 2011, 382). Die von dem OLG München gefundene Bewertung unterlässt eine solche Abwägung des vom Aussender verfolgten Ziels und des Charakters der betreffenden E-Mail im konkreten Fall gänzlich und stellt ausweislich der Entscheidungsgründe vielmehr ein in letzter Konsequenz zwingendes Junktim auf, nach dem dann nahezu jede E-Mail z. B. eines Gewerbetreibenden Werbung darstellen würde, die an dem Per-se-Verbot aus § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG („stets“) zu messen wäre und scheitern würde. Allein diese Konsequenz und die rechtliche und gesamtwirtschaftliche Tragweite dieser Fragen hätte dem Gericht wohl auch Gelegenheit geben können, die Reichweite und den Begriff der Direktwerbung in Art. 13 Abs. 1 Richtlinie 2002/58/EG im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 267 AEUV anhängig zu machen.

7 Soweit das OLG München sich darüber hinaus bei der Bestimmung des Werbebegriffs auf die Entscheidung „E-Mail-Werbung II“ des BGH bezieht, ist festzuhalten, dass die in dem dortigen Verfahren inkriminierte E-Mail nicht mit einer Bestätigungsaufforderung, wie der hier streitbefangenen, vergleichbar war. Vielmehr handelte es sich dort bereits um die erste Ausgabe eines Newsletters (vgl. OLG Frankfurt, 11.10.2007 – 3 U 294/06, BeckRS 2011, 25314) und der Bundesgerichtshof bewertete eine solche E-Mail „der Beklagten, mit der sie ihre Geschäftstätigkeit gegenüber der Klägerin darstellt“ als Werbung (BGH, 20.05.2009 – I ZR 218/07, WRP 2009, 1246 Rn. 13 – E-Mail-Werbung II). Die E-Mail konkretisierte also bereits objektiv das Ziel einer Absatzförderung. Dem Aussender ging es – anders als im hiesigen Verfahren – objektiv nicht (lediglich) um die Dokumentation der Einwilligung im Rahmen eines automatisierten technischen Verfahrens.

8 Bei der Einordnung der streitgegenständlichen E-Mail bzw. Bestätigungsaufforderung als Werbung berücksichtigt das OLG München dann offenbar auch nicht die Entscheidung „Double-opt-in-Verfahren“ des Bundesgerichtshofs (BGH, 10.02.2011 – I ZR 164/09, WRP 2011, 1153). Zwar ging es in dem vom BGH entschiedenen Verfahren um den Nachweis der Einwilligung in Telefonwerbung, also um § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG. Gleichwohl bestätigt der BGH in dieser Entscheidung tatsächlich eine grundsätzliche Eignung und Billigung dieses Verfahrens zu Zwecken der hinreichenden Dokumentation eines ausdrücklichen Einverständnisses in E-Mail-Werbung (BGH, 10.02.2011 – I ZR 164/09, WRP 2011, 1153 Rn. 37 – Double-opt-in-Verfahren mit weiterem Verweis auf BGH, 11.03.2004 – I ZR 81/01, WRP 2004, 731 ff. – E-Mail-Werbung I). Seine Rechtsprechung zu der Frage der Anforderungen an die Darlegung der Voraussetzungen einer Zustimmung zur E-Mail-Werbung im Double-opt-in-Verfahren hat der BGH zudem zwischenzeitlich im Rahmen eines Rechtsbeschwerdeverfahrens als hinreichend geklärt angesehen (vgl. BGH, 16.08.2012 – I ZB 2/12, BeckRS 2012, 21471 Rn. 13). Die hierin liegende Grundwertung einer Anerkennung des Double-opt-in-Verfahrens hätte in der Entscheidung des OLG München Berücksichtigung finden müssen.

9 Die Entscheidung des OLG München ist damit in (den) zentralen Punkten diskussionswürdig und für den hier vorliegenden Fall jedenfalls betreffend die Bewertung der vorliegenden E-Mail als Werbung im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG nicht überzeugend. Eine Bestätigungsaufforderung im Rahmen eines sogenannten Double-opt-in-Verfahrens stellt nicht generell Werbung im Sinne dieser Vorschrift dar. Dies jedenfalls dann nicht, wenn die fragliche E-Mail keinen werblichen Inhalt enthält, gänzlich neutral gehalten ist und auch sonst nicht ein Ziel verfolgt, das bei objektiver Betrachtung und ausweislich des Inhalts und dessen Gestaltung über die Absicht des Versenders, die Eintragung einer E-Mail-Adresse und eine ausdrückliche Einwilligung des Inhabers der entsprechenden E-Mail-Adresse zu verifizieren, hinausgeht. In die Beurteilung einer solchen Bestätigungsaufforderung mit einzubeziehen ist dann allerdings auch die – erforderliche – lückenlose Dokumentation des gesamten Verfahrens, beginnend mit der Eintragung bis zur Bestätigung der Bestätigungsaufforderung (jeweils nebst IP-Adressen und Zeitpunkten). Will man auch weiterhin E-Mail-Werbung betreiben, ist man unter Anerkennung der rechtlichen Unwegsamkeit (nach wie vor) gut beraten, auf eine solche äußerst sorgfältige, lückenlose und in sich stimmige Dokumentation der gesamten Anmelde- und Bestätigungsvorgänge zu achten und diese natürlich auch datenschutz- und telemedienrechtlich ordnungsgemäß zu protokollieren (Stichwort: Datenschutzerklärung), um Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten betreffend die Einwilligung der E-Mail-Empfänger bestmöglich vorzubeugen. Ob eine solche Dokumentation im vorliegenden Verfahren überhaupt nicht oder nicht ausreichend stattgefunden hat und sich die Entscheidung damit im Ergebnis im Einzelfall möglicherweise als folgerichtig darstellen könnte, kann hier insbesondere mangels genauer Sachverhaltskenntnis nicht aufgeklärt werden. Hierüber würde ggf. der – derzeit leider unklare – weitere Verfahrenszug Aufschluss geben.

10 Wie andere Gerichte die Entscheidung aufnehmen und welche praktischen und tatsächlichen Konsequenzen sich für große Teile der Wirtschaft einstellen werden, bleibt natürlich – wie üblich – abzuwarten. Bis dahin reiht sich die Entscheidung ein in einige ober- und höchstrichterlichen Paukenschläge der letzten Monate und man ist versucht auszurufen: „Alles kann [nur noch] besser werden.“

RA Thomas Gramespacher, Bonn*

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VI.

WRP AUTOR



Thomas Gramespacher

Rechtsanwalt in Bonn. Zudem Lehrbeauftragter und Dozent sowie Herausgeber/Redaktion der Internetzeitschrift MEDIEN INTERNET und RECHT (<http://medien-internet-und-recht.de>). Studium der Rechtswissenschaften an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Referendariat am OLG Köln/LG Bonn. Langjährige selbständige, u. a. beratende Tätigkeit im Internet- und Medienbereich.