

# Spam oder Service?

Die Risiken für Spammer steigen, doch auch das neue UWG schreibt keine generelle Unzulässigkeit werblicher E-Mails fest.

## kurzübersicht

### DIE UWG-NOVELLE

Werbe-Mails ohne Einwilligung des Adressaten stuft das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) als unzumutbare Belästigung ein. Trotzdem müssen Sie bei entsprechender Sorgfalt nicht auf elektronische Aussendungen verzichten.

Unaufgeforderte Zusendungen von Werbe-E-Mails, kurz Spam, sind angesichts überfüllter Mailboxen in aller Munde. Jüngst hatte der Bundesgerichtshof über die Zulässigkeit zu befinden und entschieden, dass die unaufgeforderte Übersendung von Werbe-E-Mails unzulässig ist (BGH, Urteil v. 11.3.2004, Az.: I ZR 81/01). Dieser Beitrag soll daher Werbetreibenden Möglichkeiten aufzeigen, wie sie E-Mails dennoch als zulässiges Werbemedium nutzen können.

**Massive Risiken.** Ein Übersenden von E-Mail-Werbung, ohne dass der Adressat ausdrücklich zugestimmt hat oder dessen Einwilligung vermutet werden kann, ist rechtswidrig. In einer Flut von Entscheidungen zur E-Mail-Werbung wurde beispielsweise festgestellt, dass der Versender für das mutmaßliche Einverständnis beweispflichtig ist (KG Berlin, Urteil v. 8.1.2002, Az.: 5 U 6727/00; so im Übrigen. auch der BGH, s. o.). Liegt keine ausdrückliche Einwilligung vor, geht der Versender hier ein erhebliches Risiko ein, da er Umstände darzulegen hat, die ein mutmaßliches Einverständnis beweisen.

Ebenso wenig ist es zulässig, eine solche E-Mail mit einer Austragungsmöglichkeit für den Empfänger zu versenden (LG Berlin, Urteil v. 26.8.2003, Az.: 16 O 339/03). Darauf hinzuweisen ist, dass der Versender sowohl vom Empfänger der E-Mail als auch von Mitbewerbern auf Unterlassung und gegebenenfalls auch Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann.

Weiterhin sieht der Entwurf zum neuen Wettbewerbsrecht das Verbot der Belästigung mit unaufgeforderter Werbung vor und normiert in § 7 Abs. 2 Nr. 3 des UWG-Entwurfs ausdrücklich, dass eine Werbung mit elektronischer Post ohne Einwilligung des Adressaten eine unzumutbare Belästigung darstellt. Der § 10 dieses Entwurfs legt sogar einen Gewinnabschöpfungsanspruch fest, der im Falle des Verstoßes gegen das Spam-Verbot Anwendung findet. Zwar befindet sich die derzeitige Fassung im Vermittlungsausschuss von Bundestag und Bundesrat. Fest steht aber in jedem Fall, dass die finanziellen Risiken in Deutschland bereits jetzt ganz erheblich sein können. Wird in die Vereinigten Staaten gespart, kommen neben

drakonischen Schadensersatz- und Strafschadensersatzforderungen unter Umständen sogar Gefängnisstrafen in Betracht.

**Einwilligung einholen.** Vor dem Hintergrund dieser Risiken empfiehlt sich in jedem Fall, die Einwilligung des Adressaten einzuholen. Da der Versender beweispflichtig für die Einwilligung ist, sollte er die Protokollierung sicherstellen. Als Vorgehensweise bietet sich das „Double-Opt-In“ an: Nach Eintragung in eine Liste für E-Mail-Werbung/Produktinformationen („Opt-In“), sollte dem Empfänger zunächst eine Bestätigung übermittelt werden. Diese enthält selbst tunlichst keine Werbung, sondern ausschließlich den Hinweis

auf die Eintragung für eine (noch folgende) E-Mail-Werbung. Hierdurch lässt sich das Risiko reduzieren, dass auch die durch einen Dritten veranlasste Eintragung als Werbung eingestuft wird.

Zwar fehlt es diesbezüglich an obergerichtlicher Rechtsprechung. Dennoch dürfte nach Meinung des Verfassers in der Bestätigungs-Mail grundsätzlich keine unzumutbare Belästigung gesehen werden (so auch: AG Brakel, Urteil v. 20.8.2003, Az.: 7 C 103/03). Anderer Ansicht war indes das Landgericht Berlin (Beschl. v. 19.9.2002, Az.: 16 O 515/02), das bereits die erste Check-Mail als Spam einstufte. Hier wird es auf den Einzelfall und die Gestaltung der ersten Kontakt-Mail ankommen. In jedem Fall sollten in dieser weder Produkte angepriesen noch sollte für einen Newsletter geworben werden.

Anschließend hat der Adressat dann entweder auf diese E-Mail zu antworten oder einen Link zum „Scharfschalten“ seiner Eintragung anzuklicken. Während die zweite Möglichkeit für den Nutzer vielleicht etwas angenehmer ist, dürfte das vom Nutzer per E-Mail bestätigte zweite Opt-In einfacher zu protokollieren und – im Falle einer Inanspruchnahme – technisch unkomplizierter darzulegen sein.

**Datenschutz-Hinweis.** Ist ein Opt-In oder besser noch ein Double-Opt-In also derzeit das Verfahren, das die beste Rechtssicherheit verspricht, darf man bei der Eingabe, das heißt der Speicherung und Verarbeitung von Daten, die über die E-Mail-Adresse selbst hinausgehen, einen entsprechenden datenschutzrechtlichen Hinweis nicht vergessen. Im Rahmen einer solchen Datenschutzerklärung ist der Benutzer darüber aufzuklären, welche Daten wofür gesammelt und ob beziehungsweise an wen diese weitergegeben werden.

Wegen der Grundsätze der Datenvermeidung und der damit verbundenen Diskussionen empfiehlt es sich, eine (weitgehend) anonyme Eintragung nur mit dem Merkmal der E-Mail-Adresse in der Eingabemaske zuzulassen. Bei entsprechender Einwilligung des Nutzers in die Datenerhebung und -speicherung können hier grundsätzlich auch personenbezogene Daten verarbeitet werden, insbesondere wenn wegen angebotener Dienste ein Interesse an der Individualisierung des Vertragspartners besteht. Erforderlich hierfür wäre wiederum eine ausdrückliche Einwilligung des Nutzers nach dem Teledienstschutzgesetz.

Gleichzeitig sollte – weniger aus rechtlicher Sicht als vielmehr aus Gründen der Nutzerakzeptanz – auf leichte Austragungsmöglichkeiten hingewiesen werden und diese bereits in der Bestätigungs-E-Mail durch eine Hyperlink-Funktion dargestellt werden.

**Missbrauchspotenzial.** In diesem Zusammenhang ist ganz klar herauszustellen, dass die Einwilligung durch den Adressaten selbst erfolgen muss, dies kann nicht etwa ein „Freund“ oder Bekannter erledigen. Demgemäß wird auch nach der bisherigen Rechtsprechung die Übersendung von E-Cards mit Produktempfehlungen, die von einer anderen Person als dem Empfänger ausgelöst wurde, als unzulässig angesehen (siehe IW 10/02; OLG München, Urteil v. 12.2.2004, Az.: 8 U 4223/03; jüngst LG Nürnberg-Fürth, Beschluss v. 4.3.2004, Az.: 4 HK O 2056/04). Folglich muss sich jeder, der den Versand von E-Cards auf seiner Internet-Präsenz anbietet oder auch zur Freundschaftswerbung per E-Mail auffordert, der Gefahr einer Inanspruchnahme ausgesetzt sehen.

Angesichts des hohen Missbrauchspotenzials müssen E-Cards als risikoreich bewertet werden, selbst wenn die Versendung optisch wie eine E-Mail aufgebaut, also mit dem Namen des Empfängers und dessen E-Mail-Adresse und das Gleiche für den Absender angeboten wird. Das Landgericht München stellte fest, dass eine Anbieterin neben dem eigentlichen Versender als Mitstörer haftet, auch wenn sie E-Cards nicht selbst versandt hat, da sie auf ihrer Homepage die E-Card-Funktion installierte; ähnlich argumentierte das Landgericht Nürnberg (s.o.), welches per einstweiliger Verfügung die öffentliche Aufforderung eines Anbieters untersagte, bei Freunden und Bekannten (via E-Mail) für die eigenen Produkte zu werben.

**Mitstörer-Haftung.** Da es offensichtlich ist, dass eine E-Card-Funktion von jedermann auch ohne eine gültige E-Mail-Adresse verwendet werden kann, sind erhebliche Zweifel angebracht, ob die Übermittlung als „eigene“ Sendung desjenigen, der die Daten

einträgt, oder doch nur als erweiterte E-Mail-Werbung gewertet wird. Nach diesseitiger Rechtsauffassung dürfte auch hier der Anbieter zumindest als Mitstörer haften.

Denkbar wäre hier allenfalls, dass die Versendung durch registrierte Nutzer über deren lokalen E-Mail-Account erfolgt und eine Versendung dann durch eine vom Nutzer gesondert anzuwendende Funktionalität, beispielsweise auf der Startseite seines Accounts, angeboten wird. Zu überlegen wäre daher, eine Bilddatei, beispielsweise als „Attachement des Tages“, der E-Mail-Funktion, wie sie zum Beispiel bei Freemailern wie web.de verwendet wird, als Zusatz beizufügen (Aktivierung eines Radio-Buttons). Durch diese Maßnahme wird nicht nur das aufgezeigte Missbrauchsrisiko reduziert. Vielmehr verursacht der Nutzer die Versendung über seinen registrierten Account selbst durch zweifache Entscheidung, nämlich einerseits überhaupt eine E-Mail zu versenden, und zum zweiten dieser E-Mail noch eine Anlage beizufügen. Inwieweit dieses Modell vor einer Inanspruchnahme schützt, muss letztendlich durch die Gerichte entschieden werden.

Im Ergebnis folgt aus der höchstrichterlichen Entscheidung des Bundesgerichtshofs sowie der zu erwartenden Umsetzung des neuen UWG nicht die generelle Unzulässigkeit werblicher E-Mails. Versender haben indes sicherzustellen, dass eine Einwilligung des Adressaten vorliegt. Im Übrigen ist die Akzeptanz bestellter Produktinformationen sehr viel höher als die unaufgeforderte Werbung. Folgerichtig muss jeder überlegen, ob er das Risiko von Spam-E-Mails für eine Maßnahme mit hohen Streuverlusten eingehen möchte. ■ Dr. Hajo Rauschhofer, RA



## „Die finanziellen Risiken sind bereits jetzt ganz erheblich“

Online-Rechtsexperte  
Dr. Hajo Rauschhofer

👉 | **webcode 0409036**  
**GESETZESTEXTE IM WEB**

Geben Sie auf [www.internetworld.de](http://www.internetworld.de) den **Webcode 0409036** ein.  
Sie gelangen zu folgenden Angeboten:

- Teledienstschutzgesetz
- Gesetzestext des neuen UWG