

Check-Mail im Double Opt-In-Verfahren stellt keine ungebetene Werbung dar

Oberlandesgericht Düsseldorf

Urteil vom 17.03.2016

Az.: I-15 U 64/15

Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Wuppertal vom 03.11.2015, Az. 4 O 63/15, abgeändert und die Beklagte verurteilt, an den Kläger 12.000,- Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.03.2015 zu zahlen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

A.

Von einer Darstellung des Tatbestandes wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 S. 1 ZPO, § 26 Nr. 8 EGZPO abgesehen.

B.

Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg.

I.

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe aus § 339 S. 2 BGB i. V. m. der

strafbewehrten Unterlassungsvereinbarung vom 04.09.2013 in Höhe von insgesamt 12.000,- Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.03.2015.

1.

Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht festgestellt, dass kein Einverständnis der Werbeadressaten im Sinne der strafbewehrten Unterlassungserklärung vom 04.09.2013 vorliegt.

Im Rahmen des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG hat der Werbende bei Werbung unter Verwendung elektronischer Post darzulegen und zu beweisen, dass im Zeitpunkt der Werbung eine vorherige ausdrückliche Einwilligung vorlag (BGH, GRUR 2004, 517 – E-Mail-Werbung I; BGH, WRP 2011, 1153 – Double-opt-in-Verfahren; OLG München, GRUR-RR 2013, 226; OLG Celle, WRP 2014, 1218). Nicht anders ist dies im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast bei der Unterlassungserklärung der Beklagten zu beurteilen, weil das Einverständnis auch hier mit der Formulierung „sofern das Einverständnis des Werbeadressaten nicht vorliegt“ als – von ihr nachzuweisender – Rechtfertigungsgrund für Werbung per Email ausgestaltet ist. Daher gelten die zu § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG entwickelten Grundsätze entsprechend.

Demzufolge muss jedoch die Einwilligung vom Anschlussinhaber bzw. Inhaber der Email-Adresse erteilt worden sein, an den der Unternehmer die Werbung versendet (OLG Köln, GRUR-RR 2011, 336; Köhler in: Köhler/Bornkamm, Kommentar zum UWG, 34. Aufl., § 7 UWG Rn. 187; vgl. auch BGH, WRP 2011, 1153 – Double-opt-in-Verfahren m. w. N.). Zum Nachweis muss der Werbende daher die konkrete Einverständniserklärung jedes einzelnen Empfängers vollständig dokumentieren (OLG München, GRUR-RR 2013, 226; Köhler in: Köhler/Bornkamm, aaO, § 7 UWG Rn. 189 m. w. N.). Verfahren, bei denen unklar ist, ob eine Einverständniserklärung tatsächlich von dem adressierten Verbraucher stammt, sind für den erforderlichen Nachweis ungeeignet (OLG München, GRUR-RR 2013, 226). Verwendet der

Unternehmer für Werbe-E-mails Adressdaten, für die ein Einverständnis der Verbraucher nicht oder nicht ausreichend dokumentiert ist, hat er die sich daraus ergebenden rechtlichen Folgen zu tragen (OLG Celle, WRP 2014, 1218; für Werbeanrufe BGH, GRUR 2011, 1153 – Double-opt-in-Verfahren). Dem-entsprechend darf er einen Rundbrief mittels E-Mail nur verschicken, wenn die Voraussetzungen hierfür in der Person des jeweiligen tatsächlichen Empfängers der Email vorliegen. Dabei hat er durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass es nicht zu fehlerhaften Zusendungen kommt, etwa aufgrund unrichtiger Eingabe oder Speicherung von E-Mail-Adressen (BGH, GRUR 2004, 517 – E-Mail-Werbung I). Des Weiteren ist möglich, dass eine ankommende Email aufgrund eines unbefugten Zugriffs und in bewusster Belästigungs- und/oder Schädigungsabsicht nicht vom tatsächlichen Inhaber der ausgewiesenen Email-Adresse, sondern von einem Dritten stammt. Versendet der Unternehmer daraufhin eine Email mit Werbung an diese Email-Adresse, so fehlt es daher am dafür erforderlichen Einverständnis des Werbeadressaten.

Die Beklagte hat zum Einen nicht bewiesen, dass die aus ihrem Buchungssystem generierten Anfragen vom 14.09.2014 (Bl. 29, 30 GA) und vom 14.04.2015 (Bl. 47 GA) tatsächlich von den Inhabern der dort angegebenen Email-Adressen herrührten. Da sie die Beweislast für diese Tatsache trägt, reicht ihr Bestreiten mit Nichtwissen, „dass die Inhaber der Email-Adressen die Anfragen nicht selber gestellt hätten“, nicht aus. Zum Anderen hat sie unstreitig keine Maßnahmen ergriffen, um die Authentizität der Anfragen zu überprüfen und sicherzustellen, dass die tatsächlichen Inhaber der Email-Adressen mit der Übersendung von Werbung einverstanden sind. Stattdessen hat sie nach ihrer eigenen Darstellung sogar den angeblich anfragenden Personen zunächst unter den mitgeteilten Email-Adressen am 15.09.2014 bzw. am 15.04.2015 konkrete Reiseangebote übersandt (vgl. die Ausdrücke aus dem Buchungssystem der Beklagten Bl. 69 bis 71 GA), ohne die Frage eines Einverständnisses mit der Übersendung von Email-Werbung

zu klären, und erst danach am 25.09.2014 und 16.04.2015 die beanstandeten Newsletter an dieselben Email-Adressen verschickt (Anlagen K 2, K 4 und K 7, Bl. 5, 9, 39 GA).

Da somit jeweils weder ein ausdrückliches noch auf andere Weise erklärtes Einverständnis feststellbar ist, liegen – wie das Landgericht zu Recht festgestellt hat – drei Verstöße der Beklagten gegen die Unterlassungserklärung vor, ohne dass es darauf ankommt, ob die sachliche Reichweite der Vereinbarung insoweit vom Tatbestand des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG abweicht, weil sie anders als dieser nicht explizit eine „ausdrückliche“ Einwilligung fordert.

2.

Nach Maßgabe der unter 1. dargelegten Grundsätze hat die Beklagte indes entgegen der Ansicht des Landgerichts zudem schuldhaft gegen die Unterlassungserklärung verstoßen.

Die Verwirkung einer Vertragsstrafe setzt grundsätzlich – und so auch hier – ein Verschulden voraus. Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass das Verschulden des Schuldners vermutet wird, wenn objektiv ein Verstoß vorliegt, ihm mithin der Entlastungsbeweis obliegt (BGH, NJW 1972, 1893 – K-Rabatt-Sparmarken; BGH, GRUR 1982, 688 – Senioren-Pass; BGHZ 121, 13 – Fortsetzungszusammenhang; BGH, NJW 2014, 2180 – Vertragsstrafenklausel; Bornkamm in: Köhler/Bornkamm, aaO, § 12 UWG Rn. 1.152).

Für den Entlastungsbeweis gelten strenge Anforderungen. Der Schuldner eines Unterlassungsanspruchs muss nicht nur alles unterlassen, was zu einer Verletzung führen kann, sondern auch alles tun, was im konkreten Fall erforderlich und zumutbar ist, um künftige oder andauernde Verletzungen zu verhindern oder rückgängig zu machen (BGH, NJW 2014, 2180 – Vertragsstrafenklausel m. w. N.; Bornkamm in: Köhler/Bornkamm, aaO, § 12 Rn. 6.7).

Die Rechtsprechung hat dabei mögliche Maßnahmen des Werbenden

aufgezeigt, mit denen er grundsätzlich hinreichend sicherstellen kann, dass es nicht zu einer Versendung von unerbetener Email-Werbung kommt, und die zum Nachweis eines ausdrücklich erklärten Einverständnisses geeignet sein können. Wenn demnach bei einem Gewinnspiel ein Teilnahmeantrag elektronisch eingeht, so kann dessen Absender durch eine Email um Bestätigung seines Teilnahmewunsches gebeten werden. Nach Eingang der erbetenen Bestätigung kann angenommen werden, dass der Antrag tatsächlich von der angegebenen Email-Adresse stammt. Hat der Verbraucher durch Setzen eines Häkchens in dem Teilnahmeformular bestätigt, dass er mit der Übersendung von Werbung einverstanden ist, ist grundsätzlich hinreichend dokumentiert, dass er in Email-Werbung an diese Email-Adresse ausdrücklich eingewilligt hat (BGH, GRUR 2011, 1153 – Double-opt-in-Verfahren m. w. N.).

Die vorstehenden Erwägungen lassen sich auf elektronische Eingänge beim Werbenden verallgemeinern, so dass für auf diesem Wege eingehende Anfragen von Reiseangeboten nichts anderes gilt. Im vorliegenden Fall kann ein Interessent konkrete Angebote auf der Internetseite der Beklagten nachfragen, indem er nach der erstinstanzlichen Aussage der Zeugin F ein Angebot auswählt, dazu Angaben macht, ggfs. Kataloge oder allgemeine Informationen anfordert (vgl. die aus dem Buchungssystem ausgedruckten Anfragen Bl. 29, 47 GA) und auf einen Button „Angebot unterbreiten“ klickt. Der Absender kann in diesem Fall ebenso wie bei einem Gewinnspiel per Email um Bestätigung seines Interesses an der Übermittlung eines Reiseangebotes und von Werbung gebeten werden. Ferner kann die Beklagte auf ihrer Internetseite eine Rubrik vorsehen, in die der Absender ein Häkchen setzen kann, wenn er mit der Übersendung von Email-Werbung an diese Email-Adresse einverstanden ist. Geschieht dies und geht die erbetene Bestätigung ein, so ist eine Einwilligung des Verbrauchers mit der Übersendung von Email-Werbung an diese Email-Adresse hinreichend dokumentiert.

Aus diesen Überlegungen zum möglichen Nachweis der Einwilligung des Werbeadressaten ergeben sich zugleich die Anforderungen, die an den Werbenden als Schuldner eines Vertragsstrafeversprechens zu stellen sind. Denn ihnen ist zu entnehmen, auf welche Art und Weise er durch geeignete und ihm zumutbare Maßnahmen verhindern kann, dass der tatsächliche Inhaber der Email-Adresse von unerbetener Werbung belästigt wird. Zudem wäre eine strafbewehrte Unterlassungserklärung in diesen Fällen bei unerbetener Werbung praktisch obsolet, wenn der Werbende die Übersendung von Werbung bei einem nicht nachgewiesenen Einverständnis des Adressaten zwar nicht rechtfertigen, stets aber damit entschuldigen könnte, er habe geglaubt, der elektronische Eingang stamme tatsächlich vom Inhaber der Email-Adresse, ohne dies in irgendeiner Weise überprüft zu haben.

Die Beklagte hätte dementsprechend – was nicht geschehen ist – Emails an die in den Anfragen angegebenen Email-Adressen versenden können, mit denen die Absender gebeten werden, ihr Interesse am Reiseangebot und am Erhalt von Email-Werbung zu bestätigen. Diese Maßnahme wäre für die Beklagte nicht mit einem unzumutbaren Aufwand verbunden gewesen. Vielmehr kann eine solche Email als Formular standardmäßig und automatisiert an sämtliche Absender gerichtet werden, bei denen noch kein Einverständnis mit Email-Werbung dokumentiert ist. Die Zumutbarkeit eines derartigen Vorgehens wird ferner durch den Umstand bestätigt, dass es – wie der Kläger unwidersprochen vorgetragen hat – bei Wettbewerbern der Beklagten üblich ist, den Kunden bei seiner Kontaktaufnahme ausdrücklich danach zu fragen, ob er damit einverstanden ist, über Neuigkeiten mittels eines Newsletters informiert zu werden. Abgesehen davon hätte die Beklagte hier nach ihrem eigenen Vorbringen bei der vorherigen Übersendung der konkreten Reiseangebote klären können, ob der jeweilige Absender der Email tatsächlich mit Email-Werbung einverstanden ist, und den Newsletter erst im Anschluss daran nach Empfang einer entsprechenden Bestätigung des Werbeadressaten übersenden können. Es ist

nicht ersichtlich, warum es ihr nicht möglich und zumutbar gewesen sein sollte, im Zuge der konkreten Reiseangebote nachzufragen, ob er in die Übersendung von Email-Werbung eingewilligt hat.

Dabei ist allerdings zu beachten, dass zuvor ein Einverständnis vorliegen muss und nur geklärt wird, ob es auch vom Inhaber der Email-Adresse stammt. Diese Voraussetzung kann die Beklagte etwa dadurch schaffen, dass sie – was ihr ebenfalls möglich und zumutbar ist – in der Anfrage auf ihrer Internetseite eine Rubrik vorsieht, in welcher der an einem Reiseangebot Interessierte ein entsprechendes Häkchen setzen kann. Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, geht es dabei entgegen der Darstellung der Beklagten nicht darum, ob die Anfragenden nach der Lebenserfahrung ein solches Häkchen gesetzt hätten. Maßgebend ist vielmehr, dass sie in rechtmäßiger und geeigneter Weise das Vorliegen einer tatsächlichen Einwilligung kontrollieren kann, indem sie ein solches Häkchen vorsieht und den Absender anschließend per Email um Bestätigung seines Einverständnisses mit der Übersendung von Email-Werbung bittet.

Die Übersendung einer solchen Aufforderung zur Bestätigung stellt ihrerseits keine unerbetene Werbung dar, weil es im Interesse des Empfängers nur um die Klärung geht, ob er in Werbung eingewilligt hat und nicht um die Erlangung der Einwilligung (fehlender Verstoß gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 BGB: OLG Celle, WRP 2014, 1218; Köhler in: Köhler/Bornkamm, aaO, § 7 UWG Rn. 189). Soweit demgegenüber die Ansicht vertreten wird, auch eine Email, mit der zur Bestätigung einer Bestellung im Double-opt-in-Verfahren aufgefordert wird, falle als Werbung unter das Verbot des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG (OLG München, GRUR-RR 2013, 226 m. w. N.), ist dem daher nicht zu folgen. Doch selbst wenn man mit der Gegenauffassung einen Verstoß annehmen würde, wäre dieser jedenfalls nicht als schuldhaft anzusehen, da es für die Beklagte zur beschriebenen Kontaktaufnahme mit dem Inhaber der Email-Adresse keine

zumutbare Alternative gibt, um die tatsächliche Herkunft der Anfrage zu kontrollieren und zu verifizieren. Sie hat unwidersprochen vorgetragen, dass sie täglich über 50 Anfragen per Email erhält. Daher wäre es insbesondere mit einem unzumutbar hohen Aufwand verbunden, bei jeder Anfrage eine Internetrecherche durchzuführen oder eine telefonische Klärung herbeizuführen. Eine Kontrolle der angegebenen Daten per Telefon könnte zudem § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG entgegenstehen.

Da die Beklagte in den drei streitgegenständlichen Fällen nichts zur Überprüfung des Einverständnisses der Werbeadressaten unternommen hat, hat sie den ihr obliegenden Entlastungsbeweis nicht geführt. Deswegen kann dahinstehen, ob sie aufgrund des Inhalts der beiden Anfragen B und F, die eine Bitte um Übersendung eines Katalogs enthielten, und bei der Anfrage P wegen der günstigeren Konditionen für die Reise von einem Einverständnis mit der Versendung ihrer Newsletters per Email ausgehen durfte, weil sich die Beklagte schon mangels geeigneter Maßnahmen zur Klärung des Einverständnisses der Inhaber der Email-Adressen nicht exkulpiert hat.

Hinzu kommt, dass die Beklagte nach der erstinstanzlichen Aussage der Zeugin F den Newsletter an alle Kunden versandte. Diese Bekundung ist nicht etwa deswegen unerheblich, weil andere Fälle nicht Streitgegenstand seien. Vielmehr unterstreicht sie, dass die Beklagte jedem Kunden unabhängig von seiner Bitte um weitere Informationen oder Unterlagen Werbung per Email übersandt und keinerlei Maßnahmen ergriffen hat, um unerbetene Werbung zu verhindern. Zuletzt hatte die Beklagte umso weniger Veranlassung, von einer vorhandenen Einwilligung der Werbeadressaten mit der Übersendung des Newsletters auszugehen, als – wie auch erstinstanzlich von der Zeugin F bekundet – nicht ersichtlich ist, dass diese auf die zuvor versandten Emails, welche die konkreten Reiseangebote enthielten, überhaupt geantwortet haben. Deswegen bestanden objektiv und für die Beklagte erkennbar zusätzliche Zweifel daran, dass die Anfragen tatsächlich von den Inhabern der

angegebenen Email-Adressen gestellt wurden und diese tatsächlich an einer Übersendung von weiteren Werbeinformationen interessiert waren.

3.

Die übrigen Voraussetzungen für die Verwirkung der geltend gemachten Vertragsstrafe in Höhe von insgesamt 12.000,- Euro sind ebenfalls erfüllt.

a)

Mit der Unterlassungserklärung ist – was zwischen den Parteien zu Recht nicht im Streit steht – eine wirksame Vertragsstrafenvereinbarung zustande gekommen, nach der die Beklagte für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe in Höhe von 4.000,- Euro zu zahlen hat.

b)

Ferner liegen drei nicht zusammengehörige Zuwiderhandlungen der Beklagten am 24.09.2014 (Anlage K 2, Bl. 5), 25.09.2014 (Anlage K 4, Bl. 9) und 16.04.2015 (Anlage K 7, Bl. 39) vor, indem die Beklagte jeweils an unterschiedlichen Tagen und an verschiedene Werbeadressaten den Newsletter per Email versandt hat, so dass sie eine Vertragsstrafe in Höhe von 12.000,- Euro verwirkt hat. Die Anzahl der Zuwiderhandlungen und die Höhe der Vertragsstrafe stellt die Beklagte ebenfalls nicht in Abrede.

II.

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 288 Abs. 1, 286 Abs. 1 S. 2 BGB.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO; die Anordnung über die vorläufige Vollstreckbarkeit richtet sich nach §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Es besteht keine Veranlassung, gemäß § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO die

Revision zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern.

IV.

Der Streitwert wird auf 12.000,- Euro festgesetzt.