

# SCHIEDERMAIR

## RECHTSANWÄLTE

### Newsletter Gewerblicher Rechtsschutz

Nr. 41 – August 2011

#### **Telefon- und E-Mail-Werbung**

##### **- Wirksame Einverständniserklärung durch Double-Opt-In-Verfahren möglich? -**

Die Anforderungen des deutschen Rechts an die Zulässigkeit von Werbemaßnahmen gegenüber Verbrauchern, insbesondere in Bezug auf Telefonwerbung, sind seit jeher streng, gerade auch im europäischen Vergleich. Erst 2009 kam es durch eine Neufassung des § 7 Absatz 2 Nr. 2 UWG zu einer weiteren Verschärfung, wonach Telefonwerbung gegenüber einem Verbraucher stets dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung voraussetzt, eine konkludente Einwilligung daher nicht mehr ausreichend ist. Am 10. Februar 2011 hatte der BGH erstmals im Anschluss an diese Gesetzesänderung Gelegenheit, zu den Erfordernissen der Gewinnung der Einverständniserklärung von Verbrauchern mit Telefon- und E-Mail-Werbung Stellung zu nehmen, und zwar insoweit, als die Einverständniserklärung im Wege des elektronischen Double-Opt-In-Verfahrens abgegeben wird. Aus den erst jetzt veröffentlichten Entscheidungsgründen wird dabei im Einzelnen ersichtlich, welche Auswirkungen die aktuelle Rechtsprechung des höchsten deutschen Zivilgerichts im Einzelnen auf das in der Praxis weit verbreitete und etablierte elektronische Double-Opt-In-Verfahren hat.

#### **Entscheidung :**

Streitgegenstand war eine Telefonaktion der AOK Plus zur Gewinnung neuer Mitglieder, im Rahmen derer zwei Verbraucher Werbeanrufe von einem Call-Center im Auftrag der AOK Plus erhielten. Die AOK Plus behauptete, die Einwilligung dieser Verbraucher in die Werbeanrufe in einem elektronischen „Double-Opt-In-Verfahren“ erhalten zu haben. Dieser Umstand wurde von Seiten der Verbraucher bestritten.

Der BGH führte in seinen Entscheidungsgründen zunächst aus, dass das Erfordernis einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung des Verbrauchers in Telefonwerbung gemäß der neuen Regelung des § 7 Absatz 2 Nr. 2 UWG mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang stehe. Es sei dem deutschen Gesetzgeber nach den geltenden europäischen Richtlinien ausdrücklich vorbehalten, eine nationale (strengere) Regelung dahingehend zu treffen, dass Telefonwerbung ohne Einwilligung des betroffenen Verbrauchers generell nicht gestattet ist (sog. „Opt-In-Lösung“).

Im Anschluss an die frühere Rechtsprechung des BGH (Entscheidung „*E-Mail-Werbung I*“ vom 11. März 2004) trage die AOK Plus als Werbender grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für das tatsächliche Vorliegen der Einverständniserklärung in die Telefonwerbung jedes einzelnen Verbrauchers. Im Falle einer elektronisch übermittelten Einverständniserklärung setze dies deren Speicherung sowie die jederzeitige Möglichkeit zu einem Ausdruck voraus.

Diesen Nachweis konnte die AOK Plus im vorliegenden Fall indes nicht führen. Sie berief sich lediglich darauf, dass die beiden angerufenen Verbraucher an einem Online-Gewinnspiel teilgenommen hätten, im Rahmen dessen die Daten der Teilnehmer ganz generell durch ein elektronisches Double-Opt-In-Verfahren erhoben worden seien. Eine tatsächliche Dokumentation der konkreten Einverständniserklärung der angerufenen Verbraucher durch Vorlage des Ausdrucks einer zuordenbaren Bestätigung-E-Mail erfolgte mangels Speicherung der Erklärung nicht.

Der BGH sah unter diesen Umständen davon ab, konkret zu der Frage Stellung zu nehmen, ob es zu einer Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast oder jedenfalls zu einer Beweiserleichterung führen könne, wenn die Einwilligung eines Verbrauchers in Telefonanrufe zu Werbezwecken in einem Double-Opt-In-Verfahren eingeholt worden sei.

Der BGH betonte jedoch zugleich auch, dass unter bestimmten (technischen) Voraussetzungen dieser grundsätzlichen Darlegungs- und Beweislast des Werbenden auch im Wege der Durchführung eines elektronischen Double-Opt-In-Verfahrens Genüge getan werden könne. Dabei müsse allerdings zwischen dem Einverständnis in E-Mail-Werbung zum einen und in Telefonwerbung zum anderen unterschieden werden.

Gehe etwa der Teilnahmeantrag an einem Gewinnspiel elektronisch ein und werde daraufhin der Absender durch eine E-Mail zur Bestätigung seines Teilnahmewunsches gebeten, so könne nach Bestätigungseingang angenommen werden, dass der

ursprüngliche Teilnahmeantrag tatsächlich von der angegebenen E-Mail-Adresse stamme. Habe der Verbraucher z.B. durch Setzen eines Häkchens in dem Teilnahmeantrag bestätigt, dass er mit der Übersendung von Werbung einverstanden sei, so sei hierdurch grundsätzlich hinreichend dokumentiert, dass der Verbraucher zugleich in E-Mail-Werbung an diese E-Mail-Adresse ausdrücklich eingewilligt habe. Im Anschluss an die BGH-Entscheidung „*E-Mail-Werbung I*“ sei nämlich durch ein solches Verfahren ausreichend sichergestellt, dass es nicht aufgrund von Falscheingaben zu einer Versendung von E-Mail-Werbung komme. Dabei handele es sich zunächst allerdings nur um eine grundsätzliche Vermutung des Vorliegens einer wirksamen Einwilligung in die Versendung von E-Mail-Werbung zugunsten des Werbenden. Der Verbraucher könne sich daher auch nach Bestätigung seiner E-Mail-Adresse im Double-Opt-In-Verfahren noch darauf berufen, dass er die unter dieser Adresse abgesendete Einwilligung in E-Mail-Werbung nicht abgegeben habe, etwa weil es sich nicht um seine E-Mail-Adresse handele. Für diese Behauptung trage der Verbraucher dann jedoch seinerseits die Darlegungs- und Beweislast. Könne also der Verbraucher den Nachweis führen, dass die Bestätigung nicht von ihm stamme, wäre die Werbezusendung folglich auch dann wettbewerbswidrig, wenn die E-Mail-Adresse im Double-Opt-In-Verfahren gewonnen wurde.

Grundsätzlich andere Voraussetzungen gelten nach Auffassung des BGH jedoch für Bestätigungsmails im elektronischen Double-Opt-In-Verfahren betreffend Telefonwerbung. Hier bestehe gerade kein notwendiger Zusammenhang zwischen der E-Mail-Adresse, unter der der Teilnahmeantrag abgesandt wurde, und der in ihm angegebenen Telefonnummer. Zahlreiche Gründe könne es für eine falsche Telefonnummer geben (etwa die versehentliche Falscheingabe durch den Teilnehmer selbst, die Angabe der elterlichen Telefonnummer durch einen Minderjährigen oder die bewusste Falscheingabe eines Dritten in Belästigungs- und Schädigungsabsicht oder aber durch den tatsächlichen Inhaber der E-Mail-Adresse, der durch diese Falscheingabe selbst zu Werbezwecken nicht angerufen werden will). Hieraus folge zugleich, dass allein eine Bestätigungsmail im elektronischen Double-Opt-In-Verfahren noch kein Einverständnis des Verbrauchers mit Werbeanrufen belege oder für sich genommen zu einer Beweiserleichterung zugunsten des Werbenden führe. Vielmehr müsse Letzterer die Darlegungs- und Beweislast auch dafür tragen, dass der Telefonanschluss der E-Mail-Adresse, unter der die Bestätigung abgesendet wurde, auch tatsächlich zuzuordnen ist. Sei dies allerdings im Einzelfall gegeben, obliege es dann wiederum dem Verbraucher darzulegen, dass er dennoch kein Einverständnis mit Werbeanrufen erklärt habe.

## **Kommentar:**

Nach Verkündung der BGH-Entscheidung am 10. Februar 2011 hatte nicht zuletzt die Mitteilung der Pressestelle des Bundesgerichtshofs selbst für einige Aufregung gesorgt. Hier war der BGH dahingehend zitiert worden, dass das elektronisch durchgeführte Double-Opt-In-Verfahren von vornherein ungeeignet sei, ein Einverständnis von Verbrauchern mit Werbeanrufen zu belegen. Erst nach Veröffentlichung der Entscheidungsgründe wird nun in vollem Umfang klar, dass der BGH damit keineswegs dem elektronischen Double-Opt-In-Verfahren die grundsätzliche Berechtigung absprechen wollte. Er hat indes wohl zu Recht auf die unterschiedliche Geeignetheit dieses Verfahrens zur Erhebung von Einverständniserklärungen in E-Mail-Werbung und Telefonwerbung hingewiesen. Tatsächlich ist nicht von der Hand zu weisen, dass eine Bestätigungsmail stets den technischen Nachweis dafür führt, dass die vom Werbenden verwendete E-Mail-Adresse als solche richtig ist (auch wenn sie nicht notwendigerweise derjenigen Person gehört, die etwa in einem Teilnahmeantrag zu einem Gewinnspiel namentlich benannt ist). Die Bestätigungsmail für sich gibt aber keine Auskunft darüber, ob die in einem Teilnahmeantrag angegebene Telefonnummer als solche ebenfalls richtig ist. Die Differenzierung zwischen beiden Werbemaßnahmen dürfte daher als sachgerecht einzustufen sein.

Zudem hat der BGH mit dieser Entscheidung das elektronische Double-Opt-In-Verfahren jedenfalls zum Zwecke der Durchführung von E-Mail-Werbung durchaus gestärkt und zugleich einen Weg aufgezeigt, dieses Verfahren künftig auch nach der neuen verschärften Regelung in § 7 Absatz 2 Nr. 2 UWG für Telefonwerbung grundsätzlich zu etablieren. Inwieweit der Werbende allerdings im Einzelfall auch wirklich überprüfen kann, ob der angegebene Telefonanschluss der jeweiligen E-Mail-Adresse tatsächlich zuzuordnen ist, bleibt nach der Entscheidung des BGH in der Tat offen. Auch belegen die vom BGH beispielhaft aufgeführten Missbrauchsfälle, wie viele Unsicherheiten in Bezug auf die Richtigkeit der angegebenen Telefonnummern tatsächlich bestehen. Hier wird die Praxis zeigen müssen, welche Maßnahmen dem Werbenden möglich und zumutbar sind, um diesem Erfordernis Rechnung zu tragen.

<p>Für weitere Informationen stehen Ihnen Dr. Ulf Heil (<a href="mailto:heil@schiedermair.com">heil@schiedermair.com</a>) und Dr. Swen Vykydal (<a href="mailto:vykydal@schiedermair.com">vykydal@schiedermair.com</a>) gerne zur Verfügung. Wir möchten an dieser Stelle darauf hinweisen, dass die allgemeinen Informationen in unserem Newsletter eine Rechtsberatung im Einzelfall nicht ersetzen können. Sie können alle Newsletter auf unserer Homepage <a href="http://www.schiedermair.com">www.schiedermair.com</a> (Arbeitsgebiete/Gewerblicher Rechtsschutz) einsehen.</p>
---