



WHITEPAPER

RECHTSSICHERES E-MAILMARKETING

VERSION 2.0 // Dezember 2018

Vorwort

Newsletter und E-Mailmarketing gehören zu den erfolgreichsten Kommunikationsmitteln für Unternehmen und Organisationen. Dies liegt vor allem daran, dass die Botschaften dem Interessenten bzw. Kunden direkt zugestellt und immer mehr für ihn personalisiert werden können. Durch die europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) hat sich jedoch die Rechtslage und damit auch die Rechtsanwendung in der Praxis deutlich geändert. Viele der ehemals geltenden Regelungen aus dem alten Bundesdatenschutzgesetz (BDSG a. F.) wurden im neuen BDSG, das zeitgleich mit der DSGVO seine unmittelbare Wirkung entfaltete, nicht mit übernommen. Für alle diese Fälle ist primärer Maßstab nun die DSGVO.

Wem dürfen Sie also überhaupt eine Werbe-E-Mail schreiben? Was darf darin vorkommen und was müssen solche E-Mails sogar enthalten? In welcher Form dürfen Sie das sich anschließende Empfängerverhalten auswerten?

Antworten auf solche Fragen finden Sie in diesem aktualisierten Whitepaper. Es gibt Ihnen eine praxisbezogene Hilfestellung rund um die juristischen Fallstricke des E-Mailmarketings. In fünf kompakten Kapiteln lernen Sie alles Wichtige, von den rechtlichen Grundlagen über die Adressgewinnung und konkrete Ausgestaltung von E-Mails bis hin zur Analyse und drohenden Risiken bei rechtswidrigem Verhalten.

Dieses Whitepaper verfolgt eine integrierende Darstellung von datenschutzrechtlichen, telemedienrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Regelungen.

Um Ihnen eine möglichst einfache Umsetzung zu ermöglichen, finden Sie am Ende eines jeden Kapitels ein kurzes Fazit. Auf Basis dessen können Sie einen Sachverhalt schnell erfassen und notwendige Entscheidungen treffen. Zahlreiche Praxistipps helfen zusätzlich bei der konkreten Umsetzung im Unternehmen.

Ein solches Whitepaper kann selbstverständlich nicht sämtliche Einzelheiten des E-Mailmarketings abbilden. Wenn Sie tiefergehende Informationen benötigen oder eine individuelle juristische Beratung rund um die Themen Datenschutz und IT-Sicherheit wünschen, stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Wir wünschen Ihnen eine aufschlussreiche Lektüre!

DAS ERWARTET SIE IN DIESEM WHITEPAPER

RECHTSGRUNDLAGE

Wann dürfen Sie werbliche E-Mails versenden?

EMPFÄNGER

Aus welchen Quellen dürfen Sie E-Mailadressen beziehen?

INHALTE

Was darf, was muss in Ihrer Werbe-E-Mail stehen?

ANALYSE

Unter welchen Umständen dürfen Sie die Verwendung der E-Mail und sich ggf. anschließende Aktionen des Empfängers auswerten?

RISIKO

Welche Gefahren entstehen, wenn Ihre Werbe-E-Mails oder Auswertungen rechtswidrig erfolgen?

Inhaltsverzeichnis

1.	Die Rechtsgrundlage der E-Mailwerbung	7
1.1.	Einwilligung: Wann kann die E-Mailwerbung auf die Zustimmung der Person gestützt werden?	7
1.2.	Gesetz: Wann kann die E-Mailwerbung auf einen gesetzlichen Erlaubnistatbestand gestützt werden?	12
1.3.	Widerspruch: Welche Pflichten sind vom Einspruchsrecht des Beworbenen umfasst?	16
2.	Die Herkunft der E-Mailadresse	23
2.1.	Vertrag: Wann dürfen Daten aus einem Vertragsverhältnis mit der Person für E-Mailwerbung genutzt werden?	23
2.2.	Adresshändler: Wie rechtssicher ist der Ankauf von E-Mailadressen?	30
2.3.	Gewinn- und andere Spiele: Darf die Person die Teilnahme mit ihrer E-Mailadresse „bezahlen“?	33
2.4.	Konzern: Wann dürfen E-Mailadressen von verbundenen Unternehmen genutzt werden?	36

3.	Der Inhalt der E-Mail	39
	3.1. Was darf in einer Werbe-E-Mail stehen?.....	39
	3.2. Was muss in einer Werbe-E-Mail stehen?.....	41
4.	Die Analyse der E-Mailnutzung	47
	4.1. Wann darf die E-Mail-Nutzung personalisiert ausgewertet werden?	47
	4.2. Wann darf die E-Mail-Nutzung pseudonymisiert ausgewertet werden?.....	48
5.	Das Risiko von Rechtsverstößen	53
	5.1. Welche Gefahr geht von der beworbenen Person aus?.....	53
	5.2. Welche Gefahr geht von Mitbewerbern und anderen Marktteilnehmern aus?.....	56
	5.3. Wie können Behörden gegen E-Mail-Werbung vorgehen?.....	57
	Über die activeMind AG	60

1. Die Rechtsgrundlage der E-Mailwerbung

1.1. **Einwilligung: Wann kann die E-Mailwerbung auf die Zustimmung der Person gestützt werden?**

Für jede Verarbeitung personenbezogener Daten bedarf es einer Rechtsgrundlage. Da das europäische und nationale Datenschutzrecht auf der informationellen Selbstbestimmung des Einzelnen fußt, stellt die Einwilligung eine besonders wirksame Legitimationsgrundlage dar.

Die DSGVO sieht für die Einwilligung kein Formerfordernis mehr vor. Allerdings bedarf es in der Praxis aufgrund der Rechenschaftspflicht aus Art. 5 Abs. 2 DSGVO eines Nachweises für die erfolgte Einwilligung. Möglichkeiten bieten hierfür sowohl die schriftliche als auch eine elektronische Form.

Eine mündliche Einwilligung ist zwar nach der DSGVO möglich, stellt aufgrund der schwierigen Nachweisbarkeit jedoch keine praxistaugliche Lösung dar.

Als wirklich praktikable Form verbleibt meist einzig die elektronische Einwilligung. Hier muss das werbende Unternehmen sicherstellen, dass

die Einwilligung protokolliert wird und bei Bedarf jederzeit vorgelegt werden kann (vgl. Art. 7 DSGVO).

Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung ist immer, dass sie informiert und freiwillig erfolgt. Vor dem Hintergrund der Informiertheit muss das werbende Unternehmen seiner Informationspflicht nach Art. 13 bzw. 14 DSGVO erschöpfend nachkommen (vgl. hierzu ausführlich 3.2).

Eine Einwilligung kann immer nur dann informiert erfolgen, wenn das datenschutzrechtliche Transparenzgebot aus Art. 5 Abs. 1 lit. a) DSGVO Beachtung findet. Damit ist gemeint, dass das werbende Unternehmen alle sich auf die Datenverarbeitung beziehenden Informationen in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zur Verfügung stellt.

So machen z.B. zu weit gefasste und nur vage beschriebene Werbezwecke die Einwilligung unwirksam. Transparenz bedeutet auch, dass die Person die Einwilligungserklärung nicht „überlesen“ kann, weil sie zwischen anderen Erklärungstexten versteckt ist. Auch ändert sich mit Geltung der DSGVO der Zeitpunkt der Mitteilung. Die Informationen sind dem Nutzer stets so früh wie möglich zu eröffnen. Die Verordnung geht dabei „vom Zeitpunkt der Erhebung“ aus. Sobald eine Person die Einwilligung für eine Datenverarbeitung erteilen kann, muss er also bereits aufgeklärt worden sein bzw. die Möglichkeit der Kenntnisnahme gehabt haben.

Freiwillig erfolgt die Einwilligung dann, wenn die Person sich ihrer Erklärung bewusst ist und diese ohne Zwang erteilt. Dabei kann der Zwang auch psychischer Natur sein, z.B. durch Abhängigkeit aufgrund starker Machtasymmetrie. Im Kern muss die einwilligende Person über die Entscheidungsherrschaft verfügen, ob sie einwilligen will. In der Praxis ist die Grenze der Freiwilligkeit dann erreicht, wenn eine

rechtswidrige Kopplung der Einwilligung an eine Leistung des werbenden Unternehmens vorliegt (vgl. hierzu ausführlich 2.3). Das sogenannte Kopplungsverbot soll die Verarbeitung personenbezogener Daten bei Einwilligungen verbieten, wenn die Verarbeitung dieser Daten zur Erfüllung eines Vertrags oder der Bereitstellung einer Dienstleistung nicht erforderlich ist. Z.B. darf die Einwilligung für den Erhalt eines Newsletters nicht vom Vertragsabschluss abhängig gemacht werden, sofern dies nicht für die Erfüllung des Vertrages erforderlich ist.

Neben den datenschutzrechtlichen Bestimmungen sind stets auch die lauterkeitsrechtlichen Einwilligungsanforderungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu beachten. Danach bedarf eine Einwilligung in elektronische Post einer vorherigen und ausdrücklichen Einwilligung (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG). Ausdrücklich bedeutet, dass die Einwilligung durch eine aktive Handlung der Person erfolgen muss. Die Einwilligung darf somit nicht über vorangekreuzte Checkboxen eingeholt werden, ein aktives „Opt-in“ ist erforderlich.

An dieser bisher rechtssicheren „Opt-in-Lösung“ hat sich aus Sicht der DSGVO nichts geändert. Vielmehr hat die oft kontrovers geführte Debatte nunmehr ein Ende gefunden, da sich die DSGVO ausdrücklich für die Notwendigkeit eines „Opt-in“ ausspricht (so im Erwägungsgrund 32 DSGVO).

Durch die nun geschaffene Beweislastregel in Art. 7 Abs. 1 DSGVO muss das werbende Unternehmen im Zweifel belegen können, dass es eine Einwilligung in die E-Mailwerbung auch wirklich von der beworbenen Person – und nicht von einer anderen – erhalten hat. Dies ist angesichts der Anonymität des Internets oft schwierig, denn hier kann sich jeder problemlos als eine andere Person ausgeben. Das Unternehmen muss daher die Identität der einwilligenden Person überprüfen, bevor es mit der Werbung beginnt.

Dies lässt sich mithilfe des Double-Opt-in-Verfahrens bewerkstelligen. Nachdem die Person auf der Website des Unternehmens seine E-Mailadresse eingegeben hat – z.B. um sich für einen Newsletter anzumelden – schickt das Unternehmen der Person eine E-Mail an die angegebene Adresse. In dieser E-Mail befindet sich ein Link zum Newslettersystem des werbenden Unternehmens („Bestätigungslink“). Erst, wenn die Person diesen Link betätigt, wird die E-Mail-Adresse endgültig in den Werbeverteiler aufgenommen. Wird der Link innerhalb einer festgelegten Zeit von der Person nicht betätigt, werden die Daten vom Unternehmen gelöscht. Anhand des angeklickten Links in der Bestätigungs-E-Mail kann das werbende Unternehmen nachweisen, dass es die beworbene Person (oder zumindest jemand, dem der Zugriff auf das E-Mailkonto eröffnet wurde) war, die in die Werbung eingewilligt hat. Der Bundesgerichtshof hat das Double-Opt-in-Verfahren bereits anerkannt und vorausgesetzt. Nicht verwendet werden sollte das Confirmed-Opt-in-Verfahren, bei dem der Newsletter-Abonnent lediglich eine Registrierungsbestätigung mit Abmeldelink erhält.

Eine einmal erteilte Einwilligung ist grundsätzlich solange gültig, bis die beworbene Person sie widerruft (vgl. 1.3). In einer aktuellen Entscheidung hat der BGH (Urteil vom 1.2.2018, AZ: III ZR 196/17) festgestellt, dass die Wirkung einer Einwilligung nicht mit Zeitablauf entfällt, sondern so lange gilt, bis der Betroffene diese widerruft. Dies widerspricht bisherigen Urteilen, in denen die Gerichte davon ausgingen, dass eine Einwilligung unwirksam werden kann, wenn das werbende Unternehmen sie nicht (oft genug) nutzt. Der BGH stellt nun klar, dass eine zeitliche Befristung sich vielmehr direkt aus der Einwilligungserklärung ergeben muss. Das Gerichtsurteil basiert zwar noch auf der alten Rechtsgrundlage, aber auch die DSGVO sieht kein „Verfallsdatum“ vor. Trotzdem muss gerade bei länger zurückliegenden Einwilligungserklärungen in vielen Fällen deren Legitimationskraft überprüft werden, weil sich inzwischen der zugrundeliegende Sachverhalt und/oder die Rahmenbedingungen der Datenverarbeitung geändert haben könnten.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass für eine legitime Verarbeitung nicht nur eine Rechtsgrundlage ist, sondern auch Grundprinzipien in Artikel 5 DSGVO, wie z.B. das Prinzip der Erforderlichkeit und der Datenminimierung, gegeben sein müssen.

Ergebnis

Beim Einholen einer Einwilligung in E-Mailwerbung sind zahlreiche Rechtspflichten, insbesondere die Informationspflichten im dritten Kapitel der DSGVO zu beachten. Diese betreffen sowohl die Form und den Inhalt, als auch die Art und Weise der Einwilligungseinholung. Die Anonymität des Internets verlangt besondere Anforderungen an die E-Mail-Anmeldung, um eine rechtsmissbräuchliche Anmeldung zu verhindern. Insbesondere das Double-Opt-in-Verfahren sollte gängige Praxis werbender Unternehmen sein. Um die Wirksamkeit der Einwilligung aufrecht zu erhalten, muss überprüft werden ob die Grundsätze in Artikel 5 DSGVO, wie der Erforderlichkeit und Datenminimierung, gegeben sind.

Praxistipp

Mangelhaft ausgestaltete Einwilligungen machen die Datenerhebung rechtswidrig. Eine rechtswidrige Datenerhebung und Datenverarbeitung kann hohe Bußgelder zur Folge haben (vgl. 5.3). Es sollten daher nur ausreichend geprüfte Einwilligungsverfahren durchgeführt werden. Zudem sollte nunmehr auch an die Rechenschaftspflicht gedacht werden. Dies setzt eine dem Nachweis dienende Dokumentation voraus.

1.2. **Gesetz: Wann kann die E-Mailwerbung auf einen gesetzlichen Erlaubnistatbestand gestützt werden?**

Neben der Einwilligung kann in bestimmten Fällen auch eine gesetzliche Erlaubnis als Rechtsgrundlage für den Werbe-E-Mailversand dienen. Eine allumfassende Vorschrift für die werbliche Nutzung von E-Mailadressen gibt es nicht. Es sind vielmehr in der Regel Vorschriften aus unterschiedlichen Rechtsgebieten gemeinsam zu beachten. Nur wenn die Werbung sämtlichen der jeweils einschlägigen Gesetzesvorschriften genügt, ist sie zulässig.

Die wichtigsten zwei Rechtsgebiete sind das Datenschutzrecht und das Lauterkeitsrecht. Relevante Vorschriften zur Nutzung der E-Mailadresse für Werbezwecke finden sich mittelbar in der DSGVO, im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), aber auch im Telekommunikationsgesetz (TKG).

Auch die DSGVO sieht die Verarbeitung personenbezogener Daten zum „Zwecke der Direktwerbung“ im Rahmen einer Einzelfallentscheidung als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung an (vgl. Erwägungsgrund 47 DSGVO am Ende). Als Rechtsgrundlage für Direktwerbung kann demnach das „berechtigte Interesse“ aus Art. 6 Abs. 1 lit f) DSGVO herangezogen werden. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund des Gewährleistungsgehalts der DSGVO, der nicht nur den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten umfasst, sondern die Gewährleistung des freien Verkehrs personenbezogener Daten gleichrangig gegenüberstellt (Art. 1 DSGVO).

Exkurs:

Problematisch ist dabei allerdings, ob dieser Begriff der Direktwerbung auch die E-Mail-Werbung umfasst oder nur postalische Werbung

meint. Hierüber herrscht Uneinigkeit. Vieles spricht dafür, dass der europäische Gesetzgeber damit keine zusätzliche Rechtsgrundlage für E-Mail-Werbung schaffen wollte bzw. geschaffen hat. Dies folgt aus Art. 95 DSGVO und dem Verhältnis zur ePrivacy-Richtlinie. Dieser wird für alle datenschutzrelevanten Sachverhalte mit dem gleichen Regelungsziel der Vorrang eingeräumt. In Art. 13 der ePrivacy-Richtlinie wurde ein Verbot unaufgeforderter E-Mail-Werbung mit aufgenommen. Ausdruck dieses umgesetzten Sekundärrechts ist der nun geltende § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG, wonach E-Mail-Werbung nur mit ausdrücklicher Einwilligung des Beworbenen zulässig ist.

In diesem Fall aber könnte sich das privilegierte Widerspruchsrecht (vgl. 1.3) aus Art. 17 Abs. 1 lit c) DSGVO für Verarbeitungen zu Werbezwecken ebenfalls nur auf postalische Werbung beziehen. Das wiederum scheint nicht dem mutmaßlichen Willen des Ordnungsgebers zu entsprechen, da er dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen gegenüber dem Interesse des werbenden Unternehmens den Vorrang einräumen will (Zielsetzung der Privilegierung). Eine Differenzierung zwischen postalischer und elektronischer Werbung erschiene hier wenig sinnvoll.

Auch könnten so Mitgliedstaaten bevorzugt werden, die die ePrivacy-Richtlinie in dieser Frage europarechtswidrig nicht umgesetzt haben, da diese keine unmittelbar in den Mitgliedstaaten geltende (horizontale) Rechtswirkung entfaltet.

Versteht man Direktwerbung dem Wortsinn nach, worunter jede Form der unmittelbaren Ansprache fällt, einschließlich der elektronischen Kommunikation, muss man davon ausgehen, dass diese sich widersprechenden Auslegungsmöglichkeiten nicht beabsichtigt waren. Die Rechtslage kann an dieser Stelle also nicht abschließend geklärt werden. Klarheit hierüber wird erst die ePrivacy-Verordnung bringen, die die DSGVO im Bereich der elektronischen Kommunikation ergänzt. Ihr

voraussichtliches Inkrafttreten – ursprünglich sollten DSGVO und ePrivacy-Verordnung gleichzeitig Anwendung finden – wird nicht vor 2019 erwartet.

Neben der Interessenabwägung im Einzelfall ist immer auch die Beachtung der allgemeinen Grundsätze aus Art. 5 Abs. 1 DSGVO wichtig. Hiernach ist aus der Sicht des Beworbenen stets danach zu fragen, ob dieser mit der Werbung hat rechnen können, die Verarbeitung in einer nachvollziehbaren Weise geschieht und sie im Hinblick auf den Verarbeitungszweck angemessen erscheint. Dies schlägt sich innerhalb des Abwägungsprozesses im Begriff der „vernünftigen Erwartungen“ der betroffenen Person nieder.

Auch das Telekommunikationsgesetz (TKG) als Spezialgesetz ermöglicht die Erhebung und Verarbeitung von Daten für Werbezwecke. Die Werbemaßnahme als solche, also der Einsatz der E-Mailadresse für eine konkrete Werbung, richtet sich nach den Bestimmungen des UWG.

Besonders große Bedeutung haben die Ausnahmeregelungen des § 95 Abs. 2 TKG (im Falle eines Telekommunikationsdienste-Anbieters) und des § 7 Abs. 3 UWG. Sie ermöglichen es, E-Mailadressen von Bestandskunden zu nutzen, die ursprünglich für die Abwicklung eines Vertragsverhältnisses mit der Person erhoben und verarbeitet wurden (sog. „Bestandskundenausnahme“ siehe hierzu ausführlich 2.1). Ist der Einsatz der E-Mailadresse nach diesen Vorschriften zulässig, kann ausnahmsweise auf eine Einwilligung der Person in die Verwendung der E-Mailadresse zu Werbezwecken verzichtet werden.

Die Erlaubnistatbestände greifen dann, wenn Werbung vorliegt. Der Begriff der Werbung ist in der Richtlinie 2006/114/EG konkretisiert. Werbung ist danach eine Äußerung mit dem Ziel, den Absatz von Wa-

ren oder Dienstleistungen zu fördern. Diese Definition ist sehr weit zu verstehen. Sie umfasst nicht nur Werbung für einzelne Produkte, sondern sämtliche Äußerungen, mit denen der Vertrieb der eigenen Produkte und Dienstleistungen (auch mittelbar) gefördert werden soll. Auch Einladungen zu Informationsveranstaltungen, Zufriedenheitsumfragen, Weihnachtsgrußkarten oder Jubiläumshinweise sind daher als Werbung anzusehen. Besonderheiten des Unternehmens (z.B. Gemeinnützigkeit) haben keinen Einfluss auf den werblichen Charakter einer Werbe-E-Mail.

Die Werbung in der E-Mail-Signatur stellt dagegen laut AG Bonn (Entscheidung vom 9. Mai 2018, AZ: 111 C 136/17) eine unzulässige Werbung (SPAM) dar, die abgemahnt werden kann. Auch wenn die E-Mail erst einmal keine Werbung ist, kann die in der Signatur enthaltene Werbung eine Form der Direktwerbung darstellen. Werbung jeglicher Art und ohne Einwilligung des Empfängers, stellt in automatischen Eingangsbestätigungs-E-Mails einen Rechtsverstoß dar und ist somit unzulässig (BGH, Urteil vom 1. Februar 2018, AZ: III ZR 196/17). Sofern keine Werbe-Einwilligung des Betroffenen vorliegt, sollte im Rahmen der E-Mail-Kommunikation die Werbung in der Signatur der eigenen E-Mail-Nachrichten vermieden werden.

Keine Werbung sind E-Mails, mit denen die Abwicklung eines Vertragsverhältnisses bezweckt wird und die keine werblichen Elemente enthalten. Gleiches gilt für die E-Mail, die den „Bestätigungslink“ im Double-Opt-in-Verfahren (vgl. 1.1) enthält. Hierbei ist darauf zu achten, dass die Bestätigungsmail selbst möglichst neutral gehalten wird und keine Werbung enthält.

Ergebnis

Gesetzliche Erlaubnisse für die Verarbeitung und den Einsatz von E-Mailadressen für Werbezwecke finden sich – unter Einschränkungen – in der DSGVO, im TKG und im UWG. Eine zentrale Vorschrift für E-Mailwerbung gibt es nicht. Werbeerbaunisse greifen immer dann, wenn der rechtliche Begriff der Werbung erfüllt ist. Werbung liegt bereits dann vor, wenn mit einer Äußerung der Vertrieb eigener Produkte oder Dienstleistungen mittelbar gefördert werden soll. Aufgrund der weiten Definition ist im Zweifel eher von Werbung auszugehen.

Praxistipp

Ob eine gesetzliche Werbeerbaunis greift oder nicht, ist oft selbst für juristische Profis nicht auf den ersten Blick zu sagen. Es sollte gründlich geprüft werden, ob eine E-Mailwerbung auf einen Erlaubnistatbestand gestützt werden kann oder aber eine Einwilligung erforderlich ist.

E-Mail-Werbung auf ein berechtigtes Interesse nach Art. 6 Abs. 1 lit f) DSGVO zu stützen, scheint derzeit fraglich und ist mit einem hohen Risiko verbunden. Solange noch keine Rechtssicherheit besteht, wird angeraten, eine Einwilligung als Rechtsgrundlage heranzuziehen. Bei Vorliegen der Voraussetzungen kann auf den gesetzlichen Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG zurückgegriffen werden. Endgültige Klarheit hierüber wird erst die ePrivacy-Verordnung bringen.

1.3. Widerspruch: Welche Pflichten sind vom Einspruchsrecht des Beworbenen umfasst?

Die Rechte des Beworbenen richten sich zunächst nach der Rechtsgrundlage für die entsprechenden Werbemaßnahmen. Im Falle einer

Einwilligung hat der Einwilligende das Recht diese für die Zukunft zu widerrufen. Der Widerruf richtet sich nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO.

Im Falle eines gesetzlichen Erlaubnistatbestands hat der Beworbene ein Widerspruchsrecht. Dieses richtet sich bei Werbemaßnahmen im Falle von § 7 Abs. 3 UWG nach § 7 Abs. 3 Nr. 4 UWG. Ist Rechtsgrundlage das berechtigte Interesse gemäß Art. 6 Abs. 1 lit f) DSGVO, richtet sich der Widerspruch nach Art. 21 Abs. 2 DSGVO. Da die Ansicht vertreten wird, dass das voraussetzungslose Widerspruchsrecht aus Art. 21 Abs. 2 DSGVO auch für elektronische Post gilt, soll hierauf im Folgenden ebenfalls eingegangen werden (vgl. hierzu Exkurs unter 1.2).

Das Widerspruchsrecht im Rahmen von Direktwerbung ist in beiden Fällen ausdrücklich genannt. Die Rechtswirkung beider Gestaltungsrechte ist die gleiche. Zum einen wird ein Erlaubnistatbestand als Rechtsgrundlage für eine Verarbeitungstätigkeit für die Zukunft beseitigt, zum anderen sind Widerruf und Widerspruch Voraussetzung für einen Anspruch auf Löschung bzw. Sperrung. Beides kann mit einem Widerruf bzw. Widerspruch verbunden werden und richtet sich nach Art. 17 Abs. 1 lit b) bzw. Art. 17 Abs. 1 lit c) DSGVO.

Der Lösungsanspruch unterscheidet in Art. 17 Abs. 1 lit c) DSGVO zwischen einem allgemeinen Widerspruch – hier können ggf. vorrangige berechtigte Gründe einer Löschung entgegenstehen – und dem gegen die Verarbeitung zu Werbezwecken, für den diese Einschränkung explizit nicht gilt. Daraus lässt sich der Wille des europäischen Gesetzgebers ableiten, den Beworbenen gegenüber jeder Art von Direktwerbung besonders schützen zu wollen. Demnach bedarf es bei der Erklärung des Werbewiderspruchs im Gegensatz zu dem allgemeinen Widerspruch durch den Beworbenen keiner Prüfung mehr, ob dieser zu Recht erfolgen konnte. Rechtsfolge ist in beiden Fällen eine unverzügliche Lösungsverpflichtung.

Die Übernahme der E-Mail in eine Blacklist (Sperrdatei) wird zwar nicht ausdrücklich geregelt, erscheint aber vor dem Hintergrund der Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen als notwendig. Nur auf diese Art kann letztlich sichergestellt werden, dass z.B. bei einer Nutzung von Fremddaten ein Abgleich erfolgen kann und die Nutzung der E-Mailadresse zu Werbezwecken auch künftig unterbleibt. Oftmals trägt das Führen einer Blacklist und dem Sperrvermerk dem Begehren des Beworbenen besser Rechnung, als durch die endgültige Löschung. Selbst wenn der Beworbene seinen Wunsch explizit nach Löschung äußert, muss dies nicht zwingend als Löschung ausgelegt werden. Der Anspruchsteller ist aber darüber zu informieren. Sollte er hiernach trotzdem auf eine Löschung bestehen, so ist dieser nachzukommen.

Die beworbene Person muss spätestens zum Zeitpunkt der ersten Kommunikation bzw. vor Abgabe der Einwilligung darauf hingewiesen werden, dass sie der Werbung jederzeit widersprechen oder die Einwilligung widerrufen kann und gegenüber wem der Widerspruch bzw. Widerruf erfolgen muss. Der Widerspruchshinweis muss bei jeder Werbung wiederholt werden. Er muss für die Person gut erkennbar sein, darf also nicht in anderen Texten versteckt werden und hat in einer von anderen Informationen getrennten Form zu erfolgen. Der Widerruf der Einwilligung muss genauso einfach erfolgen können, wie die Erteilung selbiger (Art. 7 Abs. 3 S. 4 DSGVO).

Sowohl Widerruf, als auch Widerspruch können gegenüber sämtlichen Beschäftigten und Organisationseinheiten des werbenden Unternehmens erteilt werden. Der Widerspruch gilt vielmehr dann als erteilt, wenn er in die Sphäre des Unternehmens eingedrungen ist und hier zur Kenntnis genommen werden kann. Wichtig ist daher, dass das werbende Unternehmen ein proaktives Widerspruchsmanagement betreibt, das eine zuverlässige Weiterleitung von Werbewidersprüchen an die im Unternehmen zuständige Abteilung sicherstellt.

Die Person kann ihren Widerspruch auf allen denkbaren Wegen ausüben. Der mündliche Widerspruch ist genauso zulässig, wie der Widerspruch per E-Mail oder Brief. Die Person kann der Werbung jederzeit, also auch vor der Erhebung widersprechen. Die Werbung ist auch in diesem Fall unzulässig (§ 7 Abs. 1 S. 2 UWG).

Zur Vermeidung unerwünschter E-Mail-Werbung bieten verschiedene Organisationen sogenannte Robinsonlisten an. In der Regel verpflichten sich die beteiligten Unternehmen, mit registrierten Verbrauchern in keiner Form kommerziell Kontakt aufzunehmen. Es ist jedoch mehr als fraglich, ob der Eintrag in solch eine Robinsonliste ein Widerspruch darstellt, dies schon deshalb, weil die Erklärung nicht dem Verantwortlichen gegenüber erfolgt.

Fraglich ist auch, ob der Abgleich des Verantwortlichen mit diesen Listen von der DSGVO verlangt wird. Unternehmen, die Adressen vermarkten, sind jedoch gut beraten einen Abgleich mit solchen Listen zu machen, sofern klar ist, welche Liste in Frage kommt und diese in zumutbarer Weise erreichbar ist. Ein Eintrag könnte ggf. als ein Beleg entgegenstehender schutzwürdiger Interessen des Betroffenen i.S. von Art. 6 Abs. 1 lit. f) angesehen werden.

Einen Grund für den Widerspruch muss die Person nicht angeben. Gleiches gilt auch für den Widerruf.

Sollte die beworbene Person fälschlicherweise Widerspruch erheben bzw. den Widerruf erklären, ist dies für den Folgeanspruch der Löschung / Sperrung und dem Unterlassen künftiger Werbemaßnahmen irrelevant. Was erklärt wurde, ist durch Auslegung zu ermitteln und wird bei Bedarf in das richtige Rechtsmittel umgedeutet. Ziel der Regelungen ist es, ein vollumfängliches Betroffenenrecht zu gewährleisten.


Der Widerspruch bezieht sich auf alle Verarbeitungsphasen. Hierzu gehört nicht erst das Einlesen der Daten in ein konkretes Werbemittel, sondern bereits das Vorhalten der Daten für Werbezwecke. Falls die Daten für andere Zwecke rechtmäßig verwendet werden dürfen – z.B. zur Vertragsabwicklung – müssen sie für den nicht mehr zulässigen Werbezweck gesperrt werden. Werden Werbe-E-mails trotz vorliegendem Widerspruch versandt, drohen Abmahnungen oder Bußgelder (vgl. 5.3).

Ergebnis

Ohne rechtzeitigen Hinweis auf das Widerspruchs- und Widerrufsrecht (bei der Erhebung bzw. vor Erteilung einer Einwilligung) ist die E-Mail-Werbung unzulässig. Beide Möglichkeiten können auf allen denkbaren Wegen und gegenüber sämtlichen Beschäftigten und Organisationseinheiten erklärt werden. Widerspruch und Widerruf beseitigen die Verarbeitungserlaubnis für Werbezwecke für die Zukunft. An einen Widerspruch oder einen Widerruf anknüpfend, hat der Beworbenene auch das Recht, seine Daten löschen bzw. sperren zu lassen. Werbe-widerspruch und -widerruf sind bedingungslos. Es ist sicherzustellen, dass dem Begehren des Beworbenen nachgekommen wird, notfalls auch durch Auslegung bzw. Umdeutung.

Praxistipp

Mit einem proaktiven Rechtemanagement stellen Sie sicher, dass eingehende Werbewidersprüche bzw. Widerrufe beachtet werden und kein rechtswidriger Versand von E-Mailwerbung erfolgt. Das Führen einer Blacklist ist zulässig und erscheint als praktikables Mittel zur Umsetzung der Betroffenenrechte. Vor allem in größeren Unternehmen sollten sämtliche Mitarbeiter der Kundenbetreuung auf den rechtskon-



formen Umgang mit der Geltendmachung besagter Rechte geschult werden. Denken Sie immer an die neu hinzugekommenen, weitreichenden Informationspflichten. Wird dem Verlangen der beworbenen Person nicht nachgekommen, kann sich diese nach Art. 77 DSGVO mit einer Beschwerde direkt an die Aufsichtsbehörde wenden (vgl. 5.1).

Rechtssicherheit: Das Double-Opt-In-Verfahren



2. Die Herkunft der E-Mailadresse

2.1. **Vertrag: Wann dürfen Daten aus einem Vertragsverhältnis mit der Person für E-Mailwerbung genutzt werden?**

Ob personenbezogene Daten von Vertragskunden für Werbezwecke genutzt werden dürfen, war bisher insbesondere im § 28 ff. Bundesdatenschutzgesetz alter Fassung (BDSG a. F.) geregelt. Dieser ist mit Inkrafttreten des BDSG neue Fassung ersatzlos gestrichen worden. Damit fallen auch die spezifischen Regelungen für Werbung im BDSG a. F. weg. Eine Unterscheidung findet nunmehr weder nach Zielperson (B2B, B2C), Spendenwerbung, Herkunft der Daten (aus Rechtsgeschäft / rechtsgeschäftsähnlichen oder öffentlichen Verzeichnissen), Art der Nutzung, Art der Daten (insb. Listendaten), der bloßen Hinzuspeicherung von Daten, noch nach Werbung für fremde Angebote etc. mehr statt. Dies führt dazu, dass datenschutzrechtliche Ausnahmen für Werbemaßnahmen innerhalb von Kundenbeziehungen nicht mehr existieren.

Vielmehr bedarf es aus Sicht des Datenschutzes einer Rechtsgrundlage nach Art. 6 DSGVO. In Betracht kommen dabei die Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit a) DSGVO), das Vertragsverhältnis bzw. die Vertragsanbahnung (Art. 6 Abs. 1 lit b) DSGVO) und das berechtigte Interesse (Art. 6 Abs. 1 lit f) DSGVO).

Sofern die Rechtsgrundlage sich auf das Vertragsverhältnis stützt, ergibt sich die Reichweite der Befugnis der Datenverarbeitung regelmäßig aus dem Vertragsinhalt. Dies kann nur der Fall sein, wenn der Leistungsgegenstand die Erbringung von Werbung ist oder bei vorvertraglichen Maßnahmen, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen, z.B. bei Kataloganforderung und Gewinnspielteilnahme.

Rechtsgrundlage für die Nutzung personenbezogener Daten zu Werbezwecken ist daher regelmäßig die Einwilligung oder das berechtigte Interesse. Stützt man die Werbemaßnahme auf das berechtigte Interesse des Unternehmens, ohne eine Einwilligung einzuholen, kann dies aber im Widerspruch zur wettbewerbsrechtlichen Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG stehen, da dies nur vorbehaltlich der strengen Ausnahmen des § 7 Abs. 3 UWG möglich ist, nämlich im Falle der sog. „Bestandskundenausnahme.“

Exkurs:

Dies wirft die Frage auf, wie das Verhältnis DSGVO und UWG zu beurteilen ist. Denn neben der wettbewerbsrechtlichen Dimension tritt die datenschutzrechtliche. § 7 Abs. 3 UWG eröffnet dabei den einzigen datenschutzrechtlichen Anwendungsbereich für eine Verarbeitung zu Werbezwecken auf Grundlage des berechtigten Interesses. Denn das durch die DSGVO festgesetzte Datenschutzniveau darf zwar vor dem Hintergrund der beabsichtigten Vollharmonisierung nicht unterschritten, wohl aber überschritten werden. So geschehen in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG.

Sollte aufgrund der DSGVO eine Bewerbung auch ohne Einwilligung möglich sein, geschieht dies ausschließlich vorbehaltlich der Ausnahmen vom strengeren Einwilligungsvorbehalt des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Sollten die Ausnahmen nach § 7 Abs. 3 UWG kumulativ vorliegen,

bedarf es aber trotzdem der Abwägung innerhalb des berechtigten Interesses, weil es auch der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit bzw. einer datenschutzrechtlichen Rechtsgrundlage für die Verarbeitung bedarf. Diese richtete sich bislang nach § 28 BDSG a. F. Denn unabhängig davon, ob das UWG der DSGVO aufgrund von Art. 95 DSGVO vorgeht, darf das in der DSGVO festgelegte Mindestschutzniveau nicht unterschritten werden. Hier wird die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit also zu einem datenschutzrechtlichen Abwägungskriterium des berechtigten Interesses.

Zusammengefasst: Soweit eine wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit nach § 7 Abs. 3 UWG besteht, gibt es die Möglichkeit Vertragskunden auch ohne Einwilligung zu bewerben, wenn die zusätzlichen Voraussetzungen des berechtigten Interesses nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO vorliegen (vernünftige Erwartungen des Beworbenen). Dies dürfte im Falle der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit regelmäßig der Fall sein. Sind die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG nicht erfüllt, kann eine Bewerbung der Person auch in einem Vertragsverhältnis nie ohne Einwilligung erfolgen, da § 7 Abs. 3 UWG in diesem Fall der DSGVO vorgeht.

Im Ergebnis hat sich die DSGVO auf den Anwendungsbereich von Werbemaßnahmen ohne Einwilligung nicht weitreichend ausgewirkt. Im Einzelfall könnte eine Ausnahme nach § 7 Abs. 3 UWG aber aufgrund entgegenstehender datenschutzrechtlicher Erwägungen noch schwieriger zu begründen sein. Das Verhältnis ist klärungsbedürftig. Es bleibt zu hoffen, dass die ePrivacy-Verordnung hierzu abschließende Regelungen trifft.

Gewinnbringend erscheint eine zweistufige Prüfung für die Bewerbung von Vertragskunden ohne Einwilligung. Zunächst ist nach der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit nach § 7 Abs. 3 UWG zu fragen. Ist diese gegeben, bedarf es der Prüfung, ob die Werbemaßnahme ausnahms-

weise dennoch datenschutzrechtlich unzulässig ist, also das Individualinteresse dem des Unternehmens überwiegt.

§ 7 Abs. 3 UWG enthält die wichtigste Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot, E-Mail-Werbung zu verschicken. Eine Werbe-Email darf danach versandt werden, wenn,

1. der Werbende zu der E-Mailadresse tatsächlich durch ein Kundenverhältnis, also beim Erwerb einer Ware oder Dienstleistung gelangt,
2. ausschließlich Produkte beworben werden, die denen des einst verkauften Produktes ähnlich sind und ebenfalls vom Unternehmen stammen,
3. der Kunde der werblichen Verwendung seiner E-Mailadresse nicht widersprochen hat und
4. der Kunde bei der Erhebung und bei jeder Werbung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann.

Während sich das Widerspruchsrecht und die Hinweispflicht mehr oder weniger mit den datenschutzrechtlichen Regelungen decken, erhöhen die Punkte 1 und 2 die Anforderungen an den E-Mail-Versand. Nach Punkt 1 scheidet die Erhebung von E-Mailadressen aus allgemein zugänglichen Quellen aus – der Vertrag mit dem Kunden verbleibt hier als einzige zulässige Quelle. Vertrag meint dabei jede Form des Austauschvertrages, ein Kaufvertrag bei dem i.d.R. ein Entgelt für die erbrachte Leistung anfällt, ist nicht zwingend erforderlich (möglich z.B. auch bei unentgeltlichen Nutzungsvertrag einer Onlineplattform).

Gemäß Punkt 2 müssen die beworbenen Produkte zudem nicht nur – wie auch datenschutzrechtlich vorgesehen – von der werbenden Stelle stammen, sondern auch den Produkten ähneln, die der Kunde zuvor kaufte. Waren und oder Dienstleistungen müssen austauschbar sein, sich gleichen oder einem ähnlichen Verwendungszweck dienen.

Da die Ausnahmen in Art. 7 Abs. 3 UWG strenge Anforderungen an die Bewerbung ohne Einwilligung verlangen, sollte die datenschutzrechtliche Zulässigkeit regelmäßig indiziert sein. Ergeben sich im Einzelfall dennoch datenschutzrechtliche Bedenken, sollte das durch die DSGVO vorgegebene Schutzniveau für die Rechte und Freiheiten des Beworbenen mit in die Prüfung einfließen.

Das beabsichtigte, zwingend einzuhaltende Mindestschutzniveau der DSGVO bemisst sich anhand verschiedener Kriterien. Grenzen sind die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit f) DSGVO in Verbindung mit dem voraussetzungslosen Widerspruchsrecht aus Art. 21 Abs. 2 DSGVO und die obligatorische Einwilligung im Falle der Nutzung von besonderen Kategorien personenbezogener Daten gemäß Art. 9 Abs. 2 lit a) DSGVO. Ob die konkrete Verarbeitung möglich ist, ist im Rahmen einer Abwägung zu treffen und ist zugleich immer eine Einzelfallentscheidung.

Bevor Daten zur werblichen Nutzung ohne Einwilligung verarbeitet werden, bedarf es daher einer Interessenabwägung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Es sind die Interessen des werbenden Unternehmens an der Ausübung der Werbetätigkeit einerseits und die Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten des Beworbenen andererseits gegeneinander abzuwägen. Dabei stehen sich Unternehmensgrundrechte, wie die freie Berufsausübung, und die Persönlichkeitsrechte des Einzelnen gegenüber.

Auslegungshilfe zu dieser für den rechtlichen Laien schwierigen Frage, gibt uns Erwägungsgrund 47 der DSGVO. Hiernach ist auf die vernünftigen Erwartungen des Beworbenen abzustellen, die auf der Beziehung zu dem werbenden Unternehmen beruhen.

Beispielsweise kann ein berechtigtes Interesse dann angenommen werden, wenn bereits eine vertragliche Kundenbeziehung besteht und der Werbeadressat in Anbetracht dieser Umstände erwarten kann, dass eine Verarbeitung zu diesem Zeitpunkt und zu diesem Zweck erfolgt (dies deckt sich mit der Ausnahme in § 7 Abs. 3 UWG). Datenschutzrechtlich riskant könnte eine Bewerbung des Kunden nach § 7 Abs. 3 UWG jedoch sein, wenn mit Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass sich das Interesse an der einen Vertragsleistung erschöpft.

Da sich Werbemaßnahmen oftmals an eine Vielzahl von Adressaten richtet, ist eine Einzelfallentscheidung in der Praxis nicht immer möglich. Abzustellen ist also auf den Durchschnittsverbraucher als durchschnittlich verständige und informierte Person sowie auf die vernünftigen Erwartungen dieser Personen. Geachtet werden muss daher auch auf die Zusammensetzung des Personenkreises. Eine gleiche Bewerbung von Stammkunden, Messebesuchern, Kindern oder sonst gewonnenen Kontakten, Anfragenden etc. sollte unterbleiben, da das Maß des Schutzes variieren und damit auch die Abwägung anders ausfallen kann. Zu empfehlen ist eine der Abwägung vorgeschalteten Kategorisierung der beabsichtigten Werbeempfänger. Die Kategorisierung sollte sich sowohl auf den Kreis der Personen als auch auf eine etwaige vertragliche Nähe beziehen. Daraus lässt sich eine gestufte Abwägung vornehmen, anhand derer man die Entscheidung trifft, ob Personen gegebenenfalls auch ohne Einwilligung beworben werden können.

Ergebnis


Das Lauterkeitsrecht verlangt die Einwilligung für E-Mailwerbung. Allerdings gibt es eine „Bestandskundenausnahme.“ Besteht diese, ist damit wegen der engen Voraussetzungen regelmäßig auch die datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage des berechtigten Interesses erfüllt. Nur im Ausnahmefall kann eine Abwägung im Rahmen der vernünftigen Erwartungen des Betroffenen zu dem Ergebnis kommen, dass es auch bei einer lauterkeitsrechtlichen Ausnahme einer (datenschutzrechtlichen) Einwilligung bedarf.

Der Kunde ist bereits bei Vertragsschluss auf sein Widerspruchsrecht bzw. Widerrufsrecht hinzuweisen. Der Hinweis muss klar und deutlich sein, darf also nicht versteckt sein. In der Werbe-E-Mail darf sodann zunächst einmal nur Werbung zu eigenen Produkten enthalten sein (vgl. ausführlicher 3.1). Die beworbenen Produkte müssen zudem denen ähneln, die der Kunde gekauft hatte.

Praxistipp

Überlegen Sie sich noch vor dem Vertragsschluss, ob Sie die E-Mailadresse, die Sie von Ihrem Kunden bekommen werden, auch für Werbezwecke verwenden möchten. Falls Sie die E-Mailadresse werblich nutzen möchten, müssen Sie den Kunden beim Vertragsschluss klar und deutlich darauf hinweisen. Auch in der Werbung müssen Sie klar und deutlich darauf hinweisen, dass der Werbung jederzeit und kostenfrei widersprochen werden kann.

Sorgen Sie dafür, dass eingehende Bewerbwiderrsprüche auch korrekt erfasst werden (z.B. mittels einer Sperrdatei). Die Verarbeitung personenbezogener Daten muss stets dem Grundsatz nach Treu und Glauben genügen. Nehmen Sie die Sicht des Beworbenen ein und fragen



sich, ob Sie mit der beabsichtigten Werbemaßnahme durch das Unternehmen rechnen konnten? Greifen Sie im Zweifel auf die Einwilligung zurück. Hiermit handelt man bei Erfüllen der Voraussetzungen sowohl wettbewerbsrechtlich, als auch datenschutzrechtlich rechtskonform.

2.2. Adresshändler: Wie rechtssicher ist der Ankauf von E-Mailadressen?

Das sog. Listenprivileg des § 28 Abs. 3 S. 2 BDSG a. F. gibt es nicht mehr. Die Privilegierung branchenspezifischer Werbung eines bestimmten Personenkreises fällt damit künftig auch für den Fall weg, wenn die personenbezogenen Daten aus einem allgemein zugänglichen Verzeichnis erhoben werden. Die Rechtmäßigkeit richtet sich künftig allein nach der DSGVO.

E-Mailadressen können aber von Datenhändlern erworben werden. Bei Datenhändlern handelt es sich aus rechtlicher Sicht um Unternehmen, die „geschäftsmäßig Daten zum Zweck der Übermittlung erheben“ (vgl. § 29 Abs. 1 S. 1 BDSG a. F.). Im Wesentlichen bedeutet dies, dass solche Unternehmen die von ihnen erhobenen Daten nicht für eigene Zwecke nutzen, sondern sie vielmehr anderen Unternehmen zur Verfügung stellen wollen.

Grundsätzlich kann jedes Unternehmen zu einem Datenhändler werden, soweit es Daten erhebt, um sie anderen Unternehmen anbieten zu können. Auch können einzelne Unternehmensbereiche mit dieser geschäftsmäßigen Datenerhebung und Übermittlung betraut werden.

Unterschieden werden muss zweierlei. Einerseits der Adresshandel selbst, sprich der Verkauf oder Ankauf von Adressdaten. Andererseits die werbliche Nutzung der angekauften Adressen. Für letzteren Fall gelten weiterhin die Bestimmungen des UWG, wonach eine werbliche

Nutzung der E-Mailadresse, vorbehaltlich der Ausnahme von § 7 Abs. 3 UWG, nur mit Einwilligung des Betroffenen möglich ist (vgl. 2.1).

Als Rechtsgrundlage kommt nun Art. 6 Abs. 1 lit f) DSGVO in Betracht, da auch im Erwägungsgrund 47 die Direktwerbung als berechtigtes Interesse angesehen wird. Im Erstrechtschluss muss dies dann ebenfalls für den Ankauf bzw. Verkauf von Adressdaten gelten, um Direktwerbung überhaupt betreiben zu können. Dies dürfte aber nicht für E-Mail- sondern nur postalische Werbung gelten (vgl. Exkurs 1.2).

Ob ein Adresshandel ohne Einwilligung künftig möglich ist, erscheint zweifelhaft. Denn eine Verarbeitung auf Art. 6 Abs. 1 lit f) DSGVO zu stützen, ist immer mit der Gefahr verbunden, dass die Interessenabwägung zu Gunsten des Betroffenen ausfällt. Ob sich dann eine Nutzung der erworbenen personenbezogenen Daten über eine Weiterverarbeitung, sprich Sekundärnutzung nach Art. 6 Abs. 4 DSGVO herleiten lässt (unter den Voraussetzungen wäre eine Weiterverarbeitung auch ohne Rechtsgrundlage möglich), ist in hohem Maße fragwürdig.

Insofern bedarf es für die werbliche Nutzung der personenbezogenen Daten die nachgeschaltete Einwilligung, da es insoweit bei der Voraussetzung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG bleibt. Sind die angekauften Daten ursprünglich auf Grundlage des Art. 6 Abs. 1 lit f) DSGVO erhoben worden, hat auch der Ankäufer nicht die Möglichkeit die Einwilligung des zu Bewerbenden nachträglich einzuholen. Denn bereits der Kontakt zur Einholung einer Einwilligung bedarf ebenfalls einer Rechtsgrundlage, die der werbetreibende Ankäufer nicht haben dürfte.

Will man künftig rechtssicher E-Mail-Marketing betreiben, bleibt es auch nach neuem Recht dabei, dass nur dann Adressen zu Werbezwecken eingekauft werden dürfen, wenn der Adresshändler seinerseits für genau diesen Zweck bereits eine Einwilligung eingeholt hat.

Problematisch an der Nutzung gekaufter E-Mailadressen ist, dass es sich in der Praxis nur bedingt nachprüfen lässt, ob wirklich für sämtlich erworbene E-Mailadressen eine rechtswirksame Einwilligung beim Betroffenen eingeholt wurde. Die Rechtswirksamkeit der Einwilligung kann der Datenhändler zwar vertraglich bescheinigen und somit eine vertragliche Haftung begründen. Nach außen haftet jedoch das werbende Unternehmen, wenn es eine E-Mailadresse werblich nutzt. Bereits aus Reputationsgründen ist daher vom Ankauf von E-Mailadressen grundsätzlich abzuraten.

Zudem besteht immer auch das Risiko, dass die Einwilligung vom später Beworbenen bei der Ersterhebung durch den Adresshändler unzulässig war. Insbesondere infolge mangelhafter Aufklärung kann der Fall eintreten, dass der Beworbene unzureichend nach Art. 13 DSGVO, insbesondere über die Kategorien von Empfängern nach Art. 13 Abs. 1 lit e) DSGVO, aufgeklärt wurde. Im Zweifel muss der Einwilligende damit rechnen, durch seine Einwilligung vom später bewerbenden Unternehmen beworben zu werden. Der Adresshändler wird bei Einholung einer Einwilligung aber nicht immer wissen, an wen er die Adressen verkaufen wird. Trotz des aktuellen Urteils des BGH zur zeitlichen Wirksamkeit einer Einwilligung, bleibt der Unsicherheitsfaktor, dass die Einwilligungen veraltet sein können, da der Beworbene trotz Einwilligung nicht mehr mit Werbung rechnet (vgl. 1.1). Dies kann insbesondere bei Zeiträumen von mehr als zwei Jahren der Fall sein.

Sinnvoller als der Kauf ist die Miete von E-Mailadressen bei E-Mail-Marketing-Dienstleistern. In diesem Fall dient zwar auch die Einwilligung als Versandgrundlage, jedoch ist die verantwortliche Stelle hier der E-Mail-Dienstleister, der den E-Mailversand übernimmt. Gewährleistet werden muss allerdings auch in diesem Fall, dass der Beworbene seine Rechte gegenüber dem Verantwortlichen geltend machen kann.

Ergebnis

Datenhändler dürfen ausschließlich E-Mailadressen zum Kauf anbieten, für die sie eine rechtswirksame Einwilligung eingeholt haben. Hierauf als werbendes Unternehmen zu vertrauen, ist mit einem hohen Risiko verbunden. Da für das werbende Unternehmen meist nicht nachprüfbar ist, ob auch tatsächlich eine rechtswirksame Einwilligung eingeholt wurde, sollte auf den Ankauf von E-Mailadressen verzichtet werden. Zu bevorzugen ist die Miete von E-Mailadressen, da hier der Dienstleister die datenschutzrechtlich verantwortliche Stelle ist.

Unabhängig von der Frage der Rechtsgrundlage der Verarbeitung ist die Pflicht zur Aufklärung des Betroffenen. Erfolgte die Ersterhebung durch den Adresshändler, bedarf es für das werbende Unternehmen einer Aufklärung nach Art. 14 DSGVO. Die Aufklärung des Adresshändlers gegenüber dem Betroffenen selbst erfolgt nach Maßgabe des Art. 13 DSGVO unter besonderer Berücksichtigung des Art. 13 Abs. 1 lit e) DSGVO, dem Hinweis auf alle Empfänger bzw. Kategorien von Empfängern.

2.3. Gewinn- und andere Spiele: Darf die Person die Teilnahme mit ihrer E-Mailadresse „bezahlen“?

Gewinn- und andere Spiele sind eine willkommene Gelegenheit, die E-Mailadresse des Betroffenen zu erheben. Hier sind datenschutzrechtlich zwei Konstellationen zu unterscheiden:

1. Der Betroffene hat die Möglichkeit, seine E-Mailadresse für Werbezwecke zu hinterlassen, wird hierzu aber nicht gezwungen.

2. Der Betroffene kann nur dann am Gewinnspiel teilnehmen, wenn er in die Verwendung seiner E-Mailadresse für Werbezwecke einwilligt.

Der erste Fall begegnet grundsätzlich keinen datenschutzrechtlichen Bedenken, vorausgesetzt, die allgemeinen Anforderungen an eine Einwilligung werden beachtet (vgl. 1.1). Hinsichtlich des zweiten Falls ist das sogenannte Kopplungsverbot zu beachten. Dieses besagt, dass

„Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrages, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogener Daten abhängig ist, die für Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich sind.“ - Art. 7 Abs. 4 DSGVO

Der Absatz besagt, dass die Einwilligung in die Datenverarbeitung zu Werbezwecken dann unfreiwillig erfolgt, wenn sie (die Einwilligung) für eine daran gekoppelte Dienstleistung oder eine Vertragserfüllung nicht erforderlich ist. Dann nämlich beruht die Einwilligung nicht mehr auf einer autonomen Entscheidung des Einwilligenden, also unfreiwillig.

Was der Verordnungsgeber mit dem Kopplungsverbot bezwecken wollte, lässt sich unterstützend durch Erwägungsgrund 43 DSGVO herausfinden. Hierin heißt es in zweiten Satz:

„Die Einwilligung gilt nicht als freiwillig erteilt, wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist, oder wenn die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich ist.“

Im Falle der Kopplung von Gewinnspiel und Einwilligung zur E-Mailwerbung liegt streng genommen nie eine Erforderlichkeit für die Erfüllung aus dem Gewinnspielvertrag vor. Fraglich bleibt, wie viel Gewicht man dem Erwägungsgrund, der lediglich als Auslegungshilfe herangezogen wird, beimessen will.

Abschließend wird das nur ein Gericht klären können. Bis dahin besteht, wenn auch risikobehaftet, die Alternative der Integration der Werbenutzungsmöglichkeit als Bestandteil des Vertrages zu machen. Hier muss dem Einwilligenden unmissverständlich klargemacht werden, dass er für die Teilnahme an einem Gewinnspiel, mit seiner Bereitstellung der E-Mail-Adresse zu Werbezwecken bezahlt, diese also gerade Gegenleistung für die Teilnahme am Gewinnspiel ist. Je deutlicher dies hervorgeht, desto sicherer kann man von einer freiwilligen und damit wirksamen Einwilligung ausgehen.

Ergebnis

Sollen E-Mailadressen als „Gegenleistung“ für die Teilnahme an einem Gewinnspiel erhoben werden, muss sichergestellt sein, dass die Einwilligung freiwillig erfolgt.

Im Grunde geht es darum, dass der Nutzer „Herr über seine Daten“ bleibt und ihm ein selbstbestimmter Umgang mit diesen möglich ist. Wenn man eine Entweder-Oder-Entscheidung vom Betroffenen verlangt, dann muss der Teilnehmer hierüber auch so klar wie möglich aufgeklärt werden. Will man hierbei über die präzise Aufklärung hinausgehen, kann man dem Einwilligenden vor die Wahl stellen, anstatt mit seinen Daten auch mit einem geringen Betrag zahlen zu können.

Sicherer ist es, der Person eine Teilnahme auch ohne Angabe der E-Mailadresse zu ermöglichen und stattdessen um eine Werbeeinwilli-

gung zu bitten. Die Devise lautet: Je transparenter und deutlicher aufgeklärt wird, desto weniger riskant ist eine Koppelung.

2.4. Konzern: Wann dürfen E-Mailadressen von verbundenen Unternehmen genutzt werden?

E-Mailadressen von Konzernunternehmen (z.B. Mutter- oder Tochterunternehmen) dürfen für das E-Mailmarketing nur genutzt werden, wenn hierfür eine wirksame Einwilligung vorliegt. Diese Einwilligung muss sich konkret auf E-Mailmarketing auch durch das werbende andere Konzernunternehmen beziehen.

Ohne eine solche Einwilligung dürfen E-Mailadressen weder weitergeben noch durch andere Konzernunternehmen genutzt werden. Auch Datentransfers zwischen Konzernunternehmen sind nicht privilegiert. Vielmehr werden diese Transfers grundsätzlich nicht anders behandelt, als solche zwischen nicht verbundenen Unternehmen.

Zwar führt die DSGVO in Art. 4 Nr. 19 den neuen Begriff der „Unternehmensgruppe“ ein. Auswirkungen auf das E-Mailmarketing hat dies aber nicht. Nach Erwägungsgrund 48 besteht ein diesbezügliches Privileg nur für „(...) personenbezogene Daten innerhalb der Unternehmensgruppe für interne Verwaltungszwecke, einschließlich der Verarbeitung personenbezogener Daten (...)“

Eine Ausnahme hiervon besteht nur dann, wenn zwischen den Konzernunternehmen ein Auftragsverhältnis im Sinne von Art. 28 DSGVO besteht und ein Unternehmen im Auftrag des andern Unternehmens bestimmte Marketingmaßnahmen durchführt. In diesem Fall dürfte das Konzernunternehmen die E-Mailadresse aber eben nur „im Auftrag“ des werbenden Unternehmens erheben bzw. verwenden, nicht aber für eigene Zwecke.

Ergebnis

E-Mailadressen von Konzernunternehmen dürfen nur dann genutzt werden, wenn entweder für die jeweiligen E-Mailadressen eine Einwilligung vorliegt, die sich auf Werbung durch das werbende Unternehmen bezieht oder aber das Konzernunternehmen die Daten als Auftragsverarbeiter für das werbende Unternehmen erhebt.

Praxistipp

In der Werbeeinwilligung sollten sämtliche Konzernunternehmen als potentielle werbende Stellen aufgeführt werden. Wenn das Konzernunternehmen, das die E-Mailadresse erhebt, nicht für sich selbst, sondern das werbende Unternehmen werben soll, ist ein Auftragsverarbeitungsvertrag erforderlich.

Vorschriften: Quellen von E-Mailadressen



Bestandskundenausnahme +
Widerspruchsrecht beachten!



Einwilligung + Achtung
Koppelungsverbot!



max@mustermann.de



Besser mieten
als kaufen!



Einwilligung für alle
Unternehmen!



3. Der Inhalt der E-Mail

3.1. Was darf in einer Werbe-E-Mail stehen?

Hinsichtlich der zulässigen Inhalte einer Werbe-E-Mail, die auf Basis einer gesetzlichen Werbeerlaubnis (vgl. 1.2) versandt werden soll, ist das Gesetz auf den ersten Blick sehr deutlich: Es dürfen ausschließlich eigene Produkte beworben werden, die denen ähnlich sind, die der Kunde zuvor erworben hat (§ 7 Abs. 3 Nr. 1, 2 UWG). In der Praxis stellt sich jedoch die Frage, ob diese Regelung nicht doch interpretationsbedürftig ist.

Denn worin besteht der Nutzen einer Werbe-E-Mail, in der ausschließlich ähnliche Produkte beworben werden dürfen – Produkte also, die der Kunde bei seiner Kaufentscheidung möglicherweise bewusst nicht ausgewählt hatte? Es ist daher sinnvoll, all solche Produkte als Werbegegenstand für zulässig zu erachten, an denen der Kunde voraussichtlich interessiert sein könnte (sogenanntes mutmaßliches Interesse). Dies betrifft insbesondere Ersatz- und Ergänzungsleistungen und Zubehör zum erworbenen Produkt.

Die meisten Gerichte halten derzeit allerdings noch an einer sehr engen Auslegung des Ähnlichkeitsbegriffs fest, weshalb bei der Auswahl von zu bewerbenden Produkten Vorsicht geboten ist. Den Gerichten zufolge dürfen nur Produkte beworben werden, die austauschbar mit dem verkauften Produkt sind.

Was für das Ähnlichkeitskriterium gilt, gilt analog auch für das Kriterium der Zugehörigkeit von Produkten. In der Praxis stellt sich hier das Problem, dass eine E-Mail oft auch anpreisende Informationen zu Kooperationspartnern enthält – z.B. zu (zuverlässigen) Versandunternehmen oder (besonders sicheren) Zahlungsdienstleistern. Solche Werbung ist nach der hier vertretenen Auffassung solange zulässig, wie sie den Inhalt der E-Mail insgesamt nicht dominiert.

Keinerlei Werbung – auch nicht für eigene Produkte – dürfen Newsletter-Anmelde- und Bestätigungsemails (vgl. 1.1) enthalten. Im Gegensatz dazu dürfen Newsletter, die der Empfänger selbsttätig abonniert hat, nahezu jeden Inhalt haben, solange darüber bei der Anmeldung aufgeklärt wurde.

Schließlich darf eine Werbe-E-Mail weder in der Betreffzeile noch in den anderen Bereichen der Kopfzeile Elemente enthalten, die den kommerziellen Charakter der E-Mail und/ oder ihren Absender verschleiern. Dies folgt aus § 6 Abs. 2 TMG.

Stützt man die Werbung auf die Einwilligung des Beworbenen, richtet sich der Inhalt nach dem der Einwilligung zugrundeliegenden Informiertheit, sprich wofür der zu Bewerbende seine Einwilligung erteilt hat. Im Vorfeld sollte möglichst transparent dargelegt werden, welche Werbemaßnahmen von der Einwilligung mit umfasst sind.

Ergebnis

Eine Werbe-E-Mail darf grundsätzlich nur Werbung für eigene Produkte enthalten, die denen des einst verkauften Produktes ähnlich sind. Mit etwas Risiko lassen sich jedoch auch Produkte bewerben, bei denen zumindest ein mutmaßliches Interesse des Beworbenen unterstellt werden kann. Fremde Angebote sollten zumindest dann beworben werden

dürfen, wenn sie mit dem Produktangebot in einem praktischen Zusammenhang stehen (z.B. den Vertrieb des Produkts sicherstellen) und die Werbung als Ganze nicht dominieren. Bei Newslettern ist die inhaltliche Gestaltung freier.

Praxistipp

Stellen Sie stets sicher, dass die Zusendung von Werbemails auf rechtmäßige Weise erfolgt, Stichwort: „Verarbeitung nach Treu und Glauben.“ Steht die Werbung z.B. im Zusammenhang mit seiner Anfrage, seinem gekauften Artikel etc. und konnte die Person mit gerade dieser weitergehenden Werbung rechnen?

3.2. Was muss in einer Werbe-E-Mail stehen?

Bei einer Werbe-Email handelt es sich in der Regel um ein Telemedium im Sinne von § 1 TMG. Dies hat zur Folge, dass der E-Mailversender bestimmte Informationspflichten beachten muss. Hierzu gehört zunächst das Vorhalten eines Impressums gemäß § 5 TMG. Das Impressum dient dazu, den Adressaten des Newsletters über den verantwortlichen Versender zu informieren. Folgende Inhalte muss ein Impressum enthalten:

- Name, Anschrift und ggf. Rechtsform (z. B. GmbH, AG, etc.)
- E-Mail-Adresse und Telefonnummer
- Handelsregister-Eintrag
- Umsatzsteueridentifikationsnummer

Müssten all diese Informationen in der Werbe-E-Mail enthalten sein, würde dies die E-Mail sehr stark aufblähen und ggf. unübersichtlich machen. Dies wäre nicht zuletzt für den E-Mailadressaten ein großes Informationshindernis. Daher ist es auch zulässig, in der E-Mail auf das Website-Impressum zu verlinken, wenn der Link klar und deutlich als Impressums-Link erkennbar ist. Es besteht auch die Möglichkeit, in der Werbe-E-Mail nur Anschrift, E-Mail-Adresse und Telefonnummer anzugeben und für alle weiteren Angaben auf die Impressumsseite auf der eigenen Website zu verlinken.

Neben der Impressumlink sollte in der Werbe-Email auch ein Link auf die Datenschutzhinweise enthalten sein. Wird ein Newsletter abonniert und erfolgt dies durch Einwilligung der Person über ein Formular auf der Website, muss auch im Anmeldeformular auf die Datenschutzhinweise verlinkt werden. Denn die nach Art. 13 bzw. Art. 14 DSGVO notwendigen Hinweise müssen zum Zeitpunkt der Erhebung erfolgen; diese Erhebung ist bereits dann gegeben, wenn das Kontaktformular ausgefüllt wird.

Falls Sie einen Software-Anbieter beauftragt haben, der Daten außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums verarbeitet (z.B. Webhoster), müssen Sie den Nutzer auch darüber unterrichten. Hier ist sehr wichtig, zu verstehen, dass dieser „Hinweis“ eben nur ein Hinweis ist. Es ist nicht möglich, hierüber irgendwelche Rechte oder Pflichten zu begründen. Vielmehr geht es allein darum, Besucher auf erfolgende datenschutzrechtlich relevante Aktionen hinzuweisen, die aufgrund einer anderweitig bestehenden Erlaubnis gestattet sind.

Der Datenschutzhinweis ersetzt nie eine erforderliche Einwilligung, ist aber dennoch zwingend! Am besten erfüllen Sie diese Pflicht durch einen möglichst von allen Seiten der Website gut erreichbaren Link, so dass Website-Besucher die Möglichkeit haben, den Hinweis zu

lesen, bevor sie sich in einen E-Mail-Verteiler eintragen oder ein Download-Formular ausfüllen.

Der Datenschutzhinweis muss folgende Punkte enthalten:

- Den Namen und die Kontaktdaten des Verantwortlichen (Art. 13 Abs. 1 lit a) DSGVO).
- Soweit vorhanden, Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten (Art. 13 Abs. 1 lit b) DSGVO)
- Die Zwecke, für die die personenbezogenen Daten verarbeitet werden sollen (Art. 13 Abs. 1 lit c) DSGVO).
- Die Rechtsgrundlage der jeweiligen Verarbeitung (Art. 13 Abs. 1 lit c) DSGVO).
- Ggf. die berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder Dritten nach Art. 6 Abs. 1 lit f) DSGVO (Art. 13 Abs. 1 lit d) DSGVO).
- Ggf. die Empfänger oder Kategorien von Empfängern der personenbezogenen Daten (Art. 13 Abs. 1 lit e) DSGVO).
- Ggf. die Absicht des Verantwortlichen, die personenbezogenen Daten in ein Drittland etc. übermitteln zu wollen. Absicht genügt! (Art. 13 Abs. 1 lit f) DSGVO).
- Die Dauer, für die die personenbezogenen Daten gespeichert werden bzw. die Kriterien für die Festlegung der Dauer (Art. 13 Abs. 2 lit a) DSGVO).
- Bestehen der Rechte des Betroffenen nach Art. 15 ff. DSGVO (Art. 13 Abs. 2 lit b) DSGVO).

- Bestehen eines etwaigen Widerrufsrechtes für die Zukunft (Art. 13 Abs. 2 lit c) DSGVO).
- Bestehen eines Beschwerderechts bei einer Aufsichtsbehörde (Art. 13 Abs. 2 lit d) DSGVO).
- Der Hinweis, ob die Bereitstellung der personenbezogenen Daten gesetzlich oder vertraglich vorgeschrieben ist etc. (Art. 13 Abs. 2 lit e) DSGVO).
- Ob eine Datenverarbeitung auf einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling beruht (Art. 13 Abs. 2 lit f) DSGVO).

Die rechtskonforme Nutzung einer E-Mailadresse setzt voraus, dass der künftige Empfänger bei der Erhebung der Adresse über die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit informiert wird (vgl. 2.1). Wichtig ist, dass der Empfänger sein Widerrufsrecht ohne Hürden (z.B. viele Klicks) auch wahrnehmen kann. Dies ermöglicht ein Abmeldelink in der E-Mail. Der Abmeldelink sollte nicht dazu genutzt werden, den E-Mail-Empfänger zu einem Verbleib in der Mailingliste zu bewegen – etwa, indem er gezwungen wird, sich auf einer Abmeldeseite zunächst mit seinen Zugangsdaten einzuloggen.

Bietet das Unternehmen mehrere Newsletter an, ist es allerdings sinnvoll, den Empfänger darüber zu informieren, auf welchen Newsletter sich sein Widerrufsrecht bezieht. Denn andernfalls bezieht sich der Widerruf rechtlich betrachtet auf sämtliche E-Mailnewsletters des Unternehmens. Möglich ist auch, dem Empfänger die Auswahl bestimmter Newsletterelemente oder Funktionalitäten (z.B. Tracking) anzubieten (vgl. 4), sodass für den Betroffenen ein Anreiz besteht, sein Widerrufsverlangen zu überdenken bzw. zu differenzieren.

Ergebnis

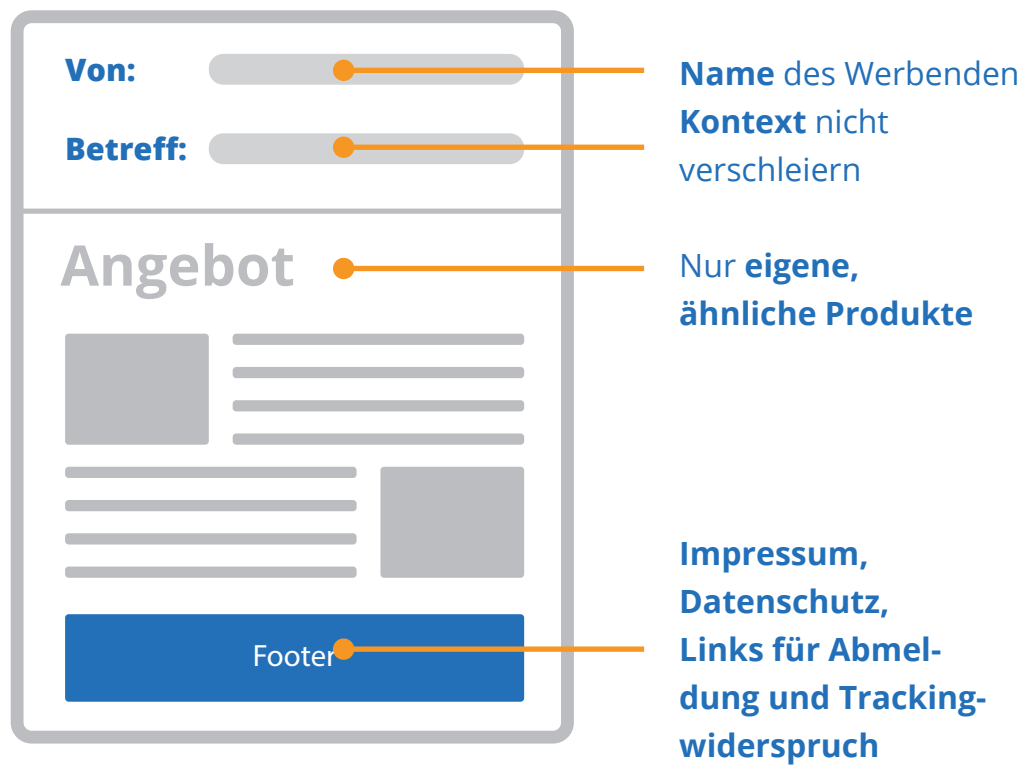
Eine Werbe-Email muss Links zum Impressum und zu den Datenschutzhinweisen enthalten. Soweit praktikabel, können manche der Inhalte aus Impressum und Datenschutzhinweisen auch innerhalb der E-Mail platziert werden. Der Werbe-E-Mail muss zudem einen Abmelde-link enthalten, über den sich die Person vom Newsletter abmelden kann.

Praxistipp

Gestalten Sie die Links auf Impressum und Datenschutzhinweise in Ihrer Werbe-E-Mail so, dass sie ohne Probleme wahrgenommen werden können. Verzichten Sie darauf, die Abmeldung vom Newsletter zu erschweren, indem sie die Person vor unnötige Auswahlmöglichkeiten stellen.

Auf der Website der activeMind AG können Sie kostenlos ein rechtssicheres [Impressum](#) sowie [Datenschutzhinweise](#) erstellen.

Klarheit: Vorgaben für Werbe-E-Mails



4. Die Analyse der E-Mailnutzung

Die Auswertung der Nutzung ausgesandter Werbe-E-Mails ist durch individualisierte Ein-Pixel-Bilder möglich, die beim Empfang der E-Mail vom Server des werbenden Unternehmens nachgeladen werden. Beim Abruf des Bildes kann u.a. die IP-Adresse, der E-Mailclient und der Abrufzeitpunkt festgehalten werden. Auch ist es möglich, in der E-Mail enthaltene Links auf Angebote des werbenden Unternehmens zu individualisieren, sodass nachvollziehbar wird, wer einen bestimmten Link angeklickt und sich für das verlinkte Produkt interessiert hat.

Da jedenfalls solche E-Mailadressen, die den Vor- und Nachnamen der Person enthalten, als personenbezogen angesehen werden, kann das werbende Unternehmen mithilfe des Pixels bzw. der Links personenbezogene Daten erheben. Möglich ist jedoch auch eine anonymisierte Analyse der E-Mailnutzung. Diese ist datenschutzrechtlich unproblematisch. Wird dagegen eine individualisierte Nutzungsauswertung angestrebt, muss zwischen einer pseudonymisierten und einer personalisierten Auswertung unterschieden werden.

4.1. Wann darf die E-Mail-Nutzung personalisiert ausgewertet werden?

Eine personalisierte Auswertung darf nur mit Einwilligung der Person erfolgen. Die Einwilligung muss, um wirksam zu sein, die unter 1.1.1 beschriebenen Kriterien erfüllen. Wichtig ist insbesondere, dass der Nutzer genau darüber aufgeklärt wird, welche konkreten Daten erho-

ben werden oder für welchen konkreten Zweck sie genutzt werden sollen (vgl. 3.2). Die Einwilligung muss ferner bewusst erfolgen – z.B. durch Setzen eines Häkchens – und jederzeit abrufbar sein, dem Nutzer also zur Verfügung gestellt werden können.

Eine Kanalisierung von Werbebewiderrsprüchen kann mithilfe eines Do-not-track-Links in der Werbe-Email realisiert werden. Falls die Adressaten (teilweise) ein Online-Kundenkonto besitzen, bietet es sich an, auch hier eine Tracking-Abmeldefunktion einzurichten.

Ergebnis

Eine rechtskonforme Einwilligung ermöglicht eine personalisierte Auswertung der E-Mail-Nutzung. Wichtig ist, die rechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung der Einwilligung und die Informationspflichten zu beachten, da die Einwilligung andernfalls unwirksam ist.

4.2. Wann darf die E-Mail-Nutzung pseudonymisiert ausgewertet werden?

Eine pseudonymisierte E-Mail-Nutzungsauswertung erfolgt dann, wenn Daten, die den E-Mailempfänger unmittelbar identifizieren würden – hierzu gehört die IP-Adresse und meist auch die E-Mailadresse – getrennt von den Daten zur E-Mailnutzung gespeichert werden. Es muss organisatorisch und technisch sichergestellt sein, dass die Daten über die Nutzung der Werbe-E-Mail – z.B. wann ein bestimmter E-Mailadressat die Werbe-E-Mail geöffnet hat – nicht mit identifizierenden Merkmalen wie der E-Mailadresse zusammengeführt werden können.

Die für sich genommen anonymen Daten zur Nutzung des Newsletters durch einen bestimmten E-Mailadressaten können jedoch einem

Pseudonym zugeordnet werden. Ein Pseudonym ermöglicht, ohne personenbeziehbare Daten, verschiedene Informationen als ein und demselben Nutzer zugehörig zu behandeln, ob z.B. eine E-Mail von mehreren verschiedenen Personen geöffnet wurde oder wiederholt durch dieselbe Person.

Der große Nachteil ist die fehlende Identifizierbarkeit des Nutzers: Ob Frau Müller oder Herr Meier den Newsletter geöffnet hat, kann der pseudonymisierten Auswertung nicht entnommen werden. Bezweckt das Unternehmen genau diese Informationen zu verarbeiten, wird es nicht um das Einholen einer Einwilligung herumkommen (bis zur Geltung der DSGVO bestand der Vorteil bei der pseudonymisierten Auswertung in der Entbehrlichkeit der Einwilligung).

Ob man bei der pseudonymisierten Auswertung auf die Einwilligung verzichten kann, erscheint künftig durchaus riskant. Die DSGVO nennt an vielen Stellen die Pseudonymisierung als ein Mittel oder eine Voraussetzung zu bei der Datenverarbeitung realisierender technisch-organisatorischer Maßnahmen (TOM). Der Anwendungsbereich der DSGVO bleibt aber – anders als bei der anonymisierten Auswertung – weiterhin eröffnet (vgl. Erwägungsgrund 26 DSGVO). Demnach ist die Verarbeitung pseudonymisierter Daten nicht per se ohne weitere Rechtsgrundlage zulässig. Vielmehr ist hierneben dennoch die Rechtsgrundlage des berechtigten Interesses oder der Einwilligung notwendig.

Jüngst hat sich die Datenschutzkonferenz (DSK), ein Gremium aus allen unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden der Länder und des Bundes dafür ausgesprochen, dass eine pseudonymisierte Auswertung im Rahmen der Reichweitenmessung ohne Einwilligung nicht mehr zulässig sein soll. Will man den derzeit sicheren, gänzlich rechtskonformen Weg einschlagen, bedarf es danach auch bei der pseudonymisierten Auswertung einer Einwilligung.


Vor dem Hintergrund des risikobasierten Ansatzes in der DSGVO ist eine pseudonymisierte Verarbeitung aber grundsätzlich mit einem geringeren Risiko behaftet (und damit auch mit einem geringeren Risiko der Verhängung von Bußgeldern), als die Verarbeitung der Klardaten. Da der Begriff der Pseudonymisierung kein absoluter ist und nicht zuletzt oftmals mit einer leichten Möglichkeit der Re-Identifizierung einhergeht, richtet sich das Risiko nach dem Maßstab der Wiederherstellbarkeit des personenbezogenen Klardatums.

Daraus ergibt sich folgende Kurzformel: Je schwieriger die erneute Zuordnung der pseudonymen Daten, desto höher die Wahrscheinlichkeit, die Verarbeitung zulässigerweise auf das berechtigte Interesse stützen zu können.

Eine pseudonymisierte Nutzungsanalyse ist – unabhängig von der Rechtsgrundlage – nur dann zulässig, wenn der Nutzer bei der Erhebung seiner E-Mailadresse über das Tracking informiert wird. Dies kann sowohl über die Datenschutzhinweise auf der Website als auch über eine E-Mail erfolgen, z.B. die E-Mail, die den Bestätigungslink im Rahmen des Double-Opt-in-Verfahrens enthält (vgl. 1.1). Das Tracking darf allerdings erst mit der ersten richtigen Werbe-E-Mail einsetzen.

Ergebnis

Durch die DSGVO ist das pseudonymisierte Auswerten von Nutzerdaten ohne Einwilligung der beworbenen Person rechtlich fragwürdig geworden. Auf der sicheren Seite ist man nur dann, wenn die Re-Identifizierung der beworbenen Person faktisch unmöglich ist. In diesem Fall liegt also (rechtliche) Anonymität vor, der Anwendungsbereich der DSGVO ist nicht eröffnet. Da die DSGVO aber selbst keine qualitative Stufung des Begriffs vornimmt, sind die Grenzen zwischen einer pseudonymen bzw. anonymen Auswertung oft fließend. Eine Pseudonymi-



sierung kann rechtliche Anonymität bedeuten, aber dennoch keine in der Praxis absolute. Absolute Anonymität gibt es generell nur in einem idealisierten Szenario. Entscheidend ist demnach immer der Maßstab an den Aufwand der Re-Identifizierung. Leider hat uns die DSGVO mit der Einführung des Begriffs einen Bärendienst erwiesen. Denn genau zu diesem Maßstab schweigt die Verordnung.



Praxistipp

Die Implementierung einer Nutzungsanalyse mittels Pseudonymisierung birgt zahlreiche rechtliche Fallstricke. Wir empfehlen, insbesondere die technische und organisatorische Trennung der pseudonymisierten Auswertungsdaten von den identifizierenden Daten einer rechtlichen Analyse zu unterziehen. Solange der (rechtliche) Maßstab an eine pseudonyme bzw. anonyme Verarbeitung nicht abschließend geklärt ist, sollte auf die Einwilligung als Rechtsgrundlage zurückgegriffen werden. Im Übrigen bleibt abzuwarten, ob sich die E-Privacy-Verordnung explizit für die Notwendigkeit einer Einwilligung für Tracking ausspricht oder das berechtigte Interesse genügen lässt.

Herausforderung: Zulässige Analyse von E-Mailempfängern



5. Das Risiko von Rechtsverstößen

5.1. Welche Gefahr geht von der beworbenen Person aus?

Die beworbene Person hat im Falle einer rechtswidrig versandten Werbe-E-Mail einen Unterlassungsanspruch (§§ 823, 1004 BGB). Für das Bestehen des Unterlassungsanspruchs ist es nicht entscheidend, ob das werbende Unternehmen die Werbe-E-Mail bewusst oder aber „aus Versehen“ versandt hat. Unerheblich ist auch, ob es zu einem wiederholten Versand kam. Eine einzige rechtswidrige Werbe-E-Mail macht das Unternehmen angreifbar.

Der Beworbene kann sich zunächst mit einer Abmahnung gegen die rechtswidrige E-Mail wehren. Hierzu kann er einen Anwalt zu Hilfe nehmen, dessen Kosten u.U. vom werbenden Unternehmen übernommen werden müssen. Die erstmalige Zusendung einer werblichen E-Mail ohne vorangehende Einwilligung begründet die rechtliche Wiederholungsfahr. Diese kann nur durch Abgabe einer ausreichend strafbewehrten Unterlassungserklärung beseitigt werden, wobei die Erklärung nicht auf bestimmte E-Mailadressen des Beworbenen beschränkt werden darf.

Daher ist es sehr wichtig, die eigenen Marketing-Mitarbeiter von Anfang in eine rechtskonforme Verarbeitung der E-Mailadressen im Unternehmen einzuweisen. Denn nicht der Mitarbeiter, sondern das wer-

bende Unternehmen haftet in erster Linie gegenüber der beworbenen Person. Möglich ist auch eine Haftung des bzw. der Geschäftsführer. Es ist auch nicht möglich, die Haftung an Dienstleister „auszulagern“, es sei denn, diese sind für die Datenverarbeitung datenschutzrechtlich verantwortlich (vgl. 2.2). Freilich können die Dienstleister aber in Regress genommen werden.

Gibt das werbende Unternehmen keine Unterlassungserklärung ab, kann die beworbene Person das werbende Unternehmen verklagen. Unter bestimmten Umständen (z.B. anhaltender Erhalt von zahlreichen Werbe-E-Mails) ist auch eine einstweilige Verfügung vorstellbar. Zuständig sind die Amtsgerichte.

Neu hinzugekommen ist die datenschutzrechtliche Sanktionsmöglichkeit der DSGVO. Schutzzweck ist nicht der unzulässige Wettbewerb, sondern der Schutz der Rechte und Freiheiten des Einzelnen (Recht auf individuelle Selbstbestimmung).

Werden Datenschutzverstöße begangen, hat die betroffene Person das Recht, Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde einzulegen (Art. 77 DSGVO). Wichtig ist hierbei, dass der Betroffene keinen Anspruch auf Erlass einer konkreten Maßnahme der Aufsichtsbehörde hat. Als Folge kann ein Bußgeld gegen die verantwortliche Stelle erhoben werden.

Neben dem Beschwerderecht hat die betroffene Person auch selbst einen direkten Anspruch auf Schadenersatz aufgrund einer deliktischen Haftung nach Art. 82 DSGVO. Diese greift bei allen etwaigen Verstößen gegen Regelungen der DSGVO und des BDSG (vgl. § 83).

Haftbar gemacht werden können der oder die Verantwortliche(n) nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO sowie der Auftragsverarbeiter nach Art. 4 Nr. 8 DSGVO. Anspruchsberechtigt ist die betroffene Person nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO. Diese muss einen Schaden darlegen, den sie durch den Daten-

schutzverstoß erlitten hat. Schwierig nachzuweisen wird dies im Falle eines materiellen Schadens. Dankbar wäre hier z.B. das eine eigene kommerzielle Vermarktungsmöglichkeit genommen wurde. Die Höhe des Schadens dürfte aber wenig relevant sein.

Auch ein immaterieller Schaden kann ersatzfähig sein. Da das Datenschutzrecht das Persönlichkeitsrecht schützt, liegt der Schaden in der Verletzung des Persönlichkeitsrechts selbst begründet. Hierbei muss es sich allerdings um einen schwerwiegenden Eingriff handeln, der sich nach objektiven Kriterien und nicht der subjektiven Empfindlichkeit der betroffenen Person richtet. Objektive Kriterien sind zum Beispiel Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Anlass und Motive des Verantwortlichen, sowie Grad des Verschuldens.

Ergebnis

Bereits der einmalige (auch versehentliche) Versand einer Werbe-E-Mail löst einen Unterlassungsanspruch auf Seiten des Beworbenen aus. Die Person kann das werbende Unternehmen abmahnen und die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung verlangen. Reagiert das werbende Unternehmen nicht, droht eine Klage und/oder unter bestimmten Bedingungen eine einstweilige Verfügung. Neben dem Beschwerderecht hat die betroffene Person gegebenenfalls einen Anspruch auf Schadenersatz.

Praxistipp

Die Gefahr, die von rechtswidrigen Werbe-E-Mails ausgeht, kann gemindert werden, indem das eigene Personal noch vor Aufnahme der Beschäftigung in die rechtskonforme Werbung bzw. in die rechtskonforme Bearbeitung von Bewerbewidersprüchen eingewiesen wird. Dies

kann z.B. im Rahmen einer marketingspezifischen Datenschutzausbildung erfolgen.

5.2. Welche Gefahr geht von Mitbewerbern und anderen Marktteilnehmern aus?

Möchte die beworbene Person nicht selbst gegen eine unzulässige E-Mailwerbung vorgehen, kann sie sich auch bei einer Wettbewerbszentrale beschweren. Neben einem Ausdruck der Werbe-E-Mail verlangt die Wettbewerbszentrale eine eidesstattliche Versicherung der Person, dass sie in die E-Mailwerbung nicht eingewilligt hat und auch nicht in Geschäftsbeziehung mit dem E-Mailversender steht.

Die Wettbewerbszentrale kann lauterkeitsrechtlich gegen das werbende Unternehmen vorgehen (Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG). Neben der Wettbewerbszentrale können unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG auch andere Wettbewerbsvereine, Fachverbände oder berufsständische Kammern gegen die rechtswidrige Werbung vorgehen. Ausdrücklich erwähnt sind die Industrie- und Handelskammern bzw. Handwerkskammern als Klageberechtigte in § 8 Abs. 3 Nr. 4 UWG. Schließlich sind auch die sogenannten „qualifizierten Einrichtungen“ des § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG klagebefugt. Bei ihnen handelt es sich um bestimmte Verbraucherverbände, die in den folgenden zwei Übersichten zu finden sind:

- [Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 UKlaG,](#)
- [Verzeichnis der Europäischen Kommission nach Artikel 4 Absatz 3 der Richtlinie 2009/22/EG.](#)

Eine in der Praxis zunehmende Bedeutung hat die Klagebefugnis der Mitbewerber des werbenden Unternehmens (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG),

da sie von immer mehr Mitbewerbern wahrgenommen wird. Bei einem Mitbewerber handelt es sich um ein Unternehmen, das mit dem werbenden Unternehmen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Dieses liegt insbesondere dann vor, wenn austauschbare Produkte angeboten werden. Inwieweit Verstöße gegen die DSGVO überhaupt wettbewerbsrechtlich abmahnbar sind, [ist juristisch derzeit noch umstritten](#).

Ergebnis

Wettbewerbsverbände, bestimmte Verbraucherschutzorganisationen, Industrie- und Handelskammern sowie Mitbewerber können neben der beworbenen Person gegen unlautere E-Mail-Werbung vorgehen und sich hierbei – im Gegensatz zur beworbenen Person – auf wettbewerbsrechtliche Anspruchsgrundlagen berufen.

Praxistipp

Nutzen Sie das Double-Opt-in-Verfahren (vgl. 1.1), um im Falle einer Abmahnung oder einer Klage nachweisen zu können, dass die beworbene Person in den E-Mail-Empfang eingewilligt hat. Stellen Sie sicher, dass Datenschutzerklärung und Impressum datenschutzkonform sind. Bieten Sie Konkurrenten keine Möglichkeit für Abmahnungen.

5.3. Wie können Behörden gegen E-Mail-Werbung vorgehen?

Die Einhaltung des Datenschutzrechts durch private Unternehmen wird in Deutschland durch die Landesdatenschutzbehörden überwacht. Die DSGVO regelt Zuständigkeit, Aufgaben und Befugnisse in Art. 55 ff. Kernaufgabe besteht darin, die Anwendung der Verordnung

zu überwachen und durchzusetzen. Hierbei sind ihr alle Maßnahmen gestattet, die zur Erfüllung der Aufgaben erforderlich sind.

Neben der Anweisung, alle zur Überprüfung notwendigen Informationen bereitzustellen und vom Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern zu erhalten, hat die Aufsichtsbehörde insbesondere das Recht, Untersuchungen in Form von Datenschutzüberprüfungen durchzuführen.

Entdeckt eine Behörde bei ihrer Kontrolle einen Datenschutzverstoß oder erhärtet die Kontrolle einen behaupteten Verstoß, kann sie die betroffenen Personen darüber unterrichten. Auch eine Unterrichtung der Öffentlichkeit, z.B. über die Website der Behörde ist möglich. Bei schwerwiegenden Verstößen hat die Behörde zudem das Recht, die Gewerbeaufsichtsbehörde zur Durchführung gewerberechtlicher Maßnahmen zu unterrichten.

Stellt die Behörde einen Verstoß fest, kann sie zudem anordnen, diesen innerhalb einer angemessenen Frist zu beseitigen. Die Behörde kann sogar konkret vorschreiben, wie ein Verfahren ausgestaltet werden muss. Missachtet das Unternehmen die Anordnung, kann die Behörde ein Zwangsgeld verhängen. Folgt das Unternehmen auch nach Androhung eines Zwangsgeldes der Anordnung nicht oder nicht fristgemäß und liegt ein schwerwiegender Verstoß vor, der insbesondere das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen stark beeinträchtigt, kann die Behörde die Datenverarbeitung auch untersagen. Ein Verfahren kann auch ohne vorherige Anordnung und Androhung eines Zwangsgeldes untersagt werden, wenn der Datenschutzverstoß innerhalb des Verfahrens nicht beseitigt werden kann oder sich das Unternehmen von vornherein weigert, eine Änderung vorzunehmen.

Unabhängig von den soeben skizzierten Mitteln des Verwaltungsverfahrens- bzw. Verwaltungsvollstreckungsrechts kann gegen das Un-

ternehmen gemäß Art. 58 Art. 2 lit i) DSGVO i.V.m. Art. 83 DSGVO eine Geldbuße von bis zu 20.000.000 Euro oder falls höher, 4% des weltweit erzielten Jahresumsatzes verhängt werden.

Die Verhängung eines Bußgeldes ist nicht zwingend gesetzlich vorgeschrieben, vielmehr bedarf es objektiver Kriterien für die Verhängung und Bemessung der Höhe. Kriterien sind unter anderem: Art, Schwere und Dauer des Verstoßes; Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit; die vom Verantwortlichen getroffenen Maßnahmen, einschließlich der TOM; Grad der Verantwortung; frühere Verstöße etc. (vgl. Art. 83 Abs. 2 DSGVO). Verhängung und Höhe sind demnach immer eine Gesamtschau der zugrundeliegenden Umstände des Einzelfalls.

Ergebnis

Den Aufsichtsbehörden stehen mit dem Auskunftsverlangen, der Vor-Ort-Prüfung, der Anordnung, dem Zwangsgeld, der Untersagung der Datenverarbeitung und dem Informationsrecht weitreichende Kontrollbefugnisse zu. Unabhängig von diesen Kontrollbefugnissen können Bußgelder für eine rechtswidrige Datenverarbeitung von E-Mailadressen bzw. Analysedaten verhängt werden.

Praxistipp

Zahlreiche Beispiele zeigen, welch immensen PR-Schaden Kontrollen durch Datenschutzaufsichtsbehörden verursachen können. Spätestens seit der DSGVO stellen auch mögliche Bußgelder ein großes Gefahrenpotential für Unternehmen dar. Es ist daher ein umfassendes präventives Datenschutzmanagement im Marketingbereich anzuraten.

Über die activeMind AG

Wir leben in einer Welt der Spezialisierung und Digitalisierung. Durch die Transparenz digitaler Angebote kommen Unternehmen an einer Spezialisierung nicht mehr vorbei. Internet und digitale Systeme sind überall, unsere digitalen Spuren aber auch. Bei der Datensammelwut vieler Staaten und Unternehmen wird der Mensch hinter den Daten oft vergessen. Das Vertrauen in Unternehmen und Mitarbeiter sinkt. Gleichzeitig steigen die Sicherheitsanforderungen in Unternehmen.

Nationale und supranationale Gesetzgeber steuern diesen Bereich durch Regelungen wie Datenschutzgesetze, Richtlinien, Verordnungen und deutlich verschärfte Haftungsregelungen. Landesämter für Datenschutz werden ausgebaut, um flächendeckende Prüfungen der Unternehmen durchzuführen. Werbung neuer Kunden wird durch verschärfte Regelungen immer schwerer.

Der Zwang zur Spezialisierung bei gleichzeitiger Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen steht bei mittelständischen Unternehmen im Widerspruch zueinander. Es bestehen keine ausreichenden Ressourcen für Datenschutz, Informationssicherheit oder Qualitätsmanagement. Gesetzlich geforderte Regelungen oder Prozesse sind unbekannt, ethische Werte werden nicht vermittelt. Für Zertifizierungen stehen keine qualifizierten Mitarbeiter zur Verfügung. Im Ergebnis können Sicherheits- und Qualitätsanforderungen größerer Unternehmen nicht erfüllt werden und daher scheiden diese als interessante Auftraggeber aus.

An diesen Punkt setzt die activeMind AG an. Seit dem Jahr 2000 stellen wir für Unternehmen externe Datenschutzbeauftragte, IT-Sicherheitsbeauftragte und Qualitätsmanagementbeauftragte. Je nach Anforderung der Unternehmen erfüllen wir punktuelle Anforderungen oder übernehmen vollständig die Verantwortung bis hin zur Zertifizierung nach internationalen Normen.

In den letzten Jahren haben wir zahlreiche Unternehmen erfolgreich durch ISO 9001, ISO 27001 und BSI-Grundschutz Zertifizierungen geführt. Die Zahl der Unternehmen, bei denen wir als Datenschutz- und IT-Sicherheitsbeauftragte bestellt sind, nimmt jeden Monat zu.

Wir sind Juristen, die mit tiefen IT-Kenntnissen als Auditoren auch bei diversen Prüfstellen wie TÜV, Bundes- und Landesämtern zugelassen sind.

Die Besonderheit unseres Angebotes sind die Pauschalleistungen. Durch monatliche Fixkosten bleiben unseren Kunden hohe Anfangsinvestitionen erspart. Insgesamt liegen die Kosten für unsere Leistungen oft unter den Mitteln, die für Aus- und Fortbildung eines Mitarbeiters aufzuwenden wären.

Lassen Sie sich jetzt beraten!

E-Mail: anfrage@activemind.de

Web: www.activemind.de

Impressum

activeMind AG

Management und Technologieberatung

V. i. S. d. P.: Klaus Foitzick

foitzick@activemind.de

Potsdamer Straße 3 | 80802 München

Tel.: +49 (0)89 / 91 92 94 – 900

www.activemind.de