



WHITEPAPER

RECHTSSICHERES E-MAILMARKETING

VERSION 1.1 // Januar 2017

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. Doch wem dürfen Sie 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 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.

Weil juristische Sachverhalte nicht immer ganz leicht zu verstehen sind, haben wir einige sprachliche Vereinfachungen vorgenommen. So verfolgt dieses Whitepaper z. B. eine integrierende Darstellung von datenschutzrechtlichen, telemedienrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Regelungen. Dabei verzichten wir nach Möglichkeit auf die jeweiligen Spezialbegriffe („Betroffener“, „Verbraucher“, „Nutzer“) und sprechen stattdessen von der „Person“. Gemeint ist damit stets eine natürliche Person. Analoges gilt für Unternehmen: Wir verzichten auf Begriffe wie

„verantwortliche Stelle“ und sprechen lieber vom „werbenden Unternehmen“.

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?	10
1.3.	Widerspruch: Welche Pflichten sind vom Einspruchsrecht des Beworbenen umfasst?	13
2.	Die Herkunft der E-Mailadresse	16
2.1.	Vertrag: Wann dürfen Daten aus einem Vertragsverhältnis mit der Person für E-Mailwerbung genutzt werden?	16
2.2.	Adresshändler: Wie rechtssicher ist der Ankauf von E-Mailadressen?	19
2.3.	Gewinn- und andere Spiele: Darf die Person die Teilnahme mit ihrer E-Mailadresse „bezahlen“?	21
2.4.	Konzern: Wann dürfen E-Mailadressen von verbundenen Unternehmen genutzt werden?	23

3.	Der Inhalt der E-Mail	26
	3.1. Was darf in einer Werbe-E-Mail stehen?.....	26
	3.2. Was muss in einer Werbe-E-Mail stehen?.....	28
4.	Die Analyse der E-Mailnutzung	32
	4.1. Wann darf die E-Mail-Nutzung personalisiert ausgewertet werden?	32
	4.2. Wann darf die E-Mail-Nutzung pseudonymisiert ausgewertet werden?	34
5.	Das Risiko von Rechtsverstößen	37
	5.1. Welche Gefahr geht von der beworbenen Person aus?.....	37
	5.2. Welche Gefahr geht von Mitbewerbern und anderen Marktteilnehmern aus?.....	39
	5.3. Wie können Behörden gegen E-Mail-Werbung vorgehen?.....	40
	Über die activeMind AG	44

1. Die Rechtsgrundlage der E-Mailwerbung

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

Die Einwilligung in E-Mail-Werbung darf in verschiedenen Formen eingeholt werden.

Möglich ist zunächst die **schriftliche Einwilligung**, d.h. eine Einwilligung „mit Unterschrift auf Papier“. Dem Gesetzgeber war bewusst, dass diese Grundform nicht immer praxisgerecht ist. Daher erlaubt § 28 Abs. 3a BDSG auch andere Formen, z.B. die mündliche und die elektronische Form.

Eine **mündliche Einwilligung** ist leider nur dann rechtswirksam, wenn der Inhalt der Einwilligung schriftlich – also durch Übergabe eines Dokuments – bestätigt wird. Im Ergebnis ist daher die mündliche Einwilligung oft nicht weniger aufwendig, als die schriftliche Einwilligung.

Als wirklich praktikable Form verbleibt meist einzig die **elektronische Einwilligung**. Hier muss das werbende Unternehmen zum einen sicherstellen, dass die Einwilligung protokolliert wird. Festgehalten werden müssen alle relevanten Details, insbesondere der Inhalt, Zeit und

Datum, der Umfang und die Form der Einwilligung. Zum anderen muss die einwilligende Person die Möglichkeit haben, ihre abgegebene Einwilligung jederzeit abzurufen. Die Informationen können der Person z.B. in ihrem Kundenkonto unter einem Link „Einwilligung“ zur Verfügung gestellt werden.

Neben allen bisher genannten Formvorschriften müssen das datenschutzrechtliche **Transparenzgebot** und das Freiwilligkeitsgebot beachtet werden. Ersteres verlangt insbesondere, dass der Gegenstandsbereich der Einwilligung konkret und abschließend beschrieben ist. So machen zu weit gefasste und nur vage beschriebene Werbezwecke, wie sie u.a. bei Facebook & Co. zu finden sind, die Einwilligung unwirksam. Transparenz bedeutet auch, dass die Person die Einwilligungserklärung nicht „überlesen“ kann, weil sie zwischen anderen Erklärungstexten versteckt ist (§ 4a Abs. 1 S. 4 bzw. § 28 Abs. 3a S. 2 BDSG). Das **Freiwilligkeitsgebot** ist z.B. dann missachtet, wenn eine rechtswidrige Kopplung der Einwilligung an eine Leistung des werbenden Unternehmens vorliegt (vgl. hierzu ausführlich 2.3.).

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 Checkboxes eingeholt werden; ein aktives „Opt-In“ ist erforderlich. Ausdrücklich ist die Einwilligung ferner nur dann, wenn der Einwilligungstext konkret ausgestaltet und dem Betroffenen klar ist, worin er denn eigentlich einwilligt.

Das werbende Unternehmen muss im Zweifel belegen können, dass es eine Einwilligung in die E-Mailwerbung auch wirklich von der bewor-

benen Person – und nicht von einer anderen Person – 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 rechtskonform mithilfe des **Double-Opt-In-Verfahrens** bewerkstelligen: Nachdem die Person auf der Website des Unternehmens ihre 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 auf die Website des werbenden Unternehmens („Bestätigungslink“). Erst, wenn die Person diesen Link betätigt, wird die E-Mailadresse 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 Bestätigungsemail 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**, wie die Person der Werbung nicht widerspricht (vgl. 1.3.). Die Gerichte gehen allerdings davon aus, dass eine Einwilligung unwirksam werden kann, wenn das werbende Unternehmen sie nicht (oft genug) nutzt. Denn in diesem Fall rechnet die Person nicht mehr damit, Werbung zu erhalten. Daher sollte die Zeitspanne zwischen den einzelnen Werbe-E-Mails nicht zu groß sein. Wann dies der Fall ist, ist gerichtlich noch nicht final geklärt, jedoch wird man davon ausgehen müssen, dass Abstände

von zwei Jahren zu lange sind und die Wirksamkeit der Einwilligung gefährden.

Ergebnis

Beim Einholen einer Einwilligung in E-Mailwerbung sind zahlreiche Rechtspflichten 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 hat sich durchgesetzt. Um die Wirksamkeit der Einwilligung aufrecht zu erhalten, sollten Werbe-E-Mails in regelmäßigen Abständen versandt werden.

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.

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 den werblichen Einsatz 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 zum Einsatz der E-Mailadresse für Werbezwecke finden sich insbesondere im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), im Telekommunikationsgesetz (TKG) und im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Das BDSG und das TKG ermöglichen 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 **§ 28 Abs. 3 BDSG (bzw. im Falle eines Telekommunikationsdiensteanbieters: § 95 Abs. 2 TKG)** 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 (siehe hierzu ausführlich 2.1.). Ist der Einsatz der E-Mailadresse nach diesen Vorschriften zulässig, kann 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 Waren 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. Ge-

meinnützigkeit) haben keinen Einfluss auf den werblichen Charakter einer Werbe-E-Mail.

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.

Ergebnis

Gesetzliche Erlaubnisse für die Verarbeitung und den Einsatz von E-Mailadressen für Werbezwecke finden sich im BDSG, im TKG und im UWG; eine zentrale Vorschrift für E-Mailwerbung gibt es nicht. Werbeerlaubnisse 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.

Praxistipp

Ob eine gesetzliche Werbeerlaubnis 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.

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

Bereits bei der Erhebung der E-Mailadresse muss die Person darauf hingewiesen werden, dass sie der Werbung jederzeit widersprechen kann und wem gegenüber der Widerspruch 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.

Der Widerspruch kann **gegenüber sämtlichen Beschäftigten und Organisationseinheiten** des werbenden Unternehmens erteilt werden. Es ist also nicht zulässig, den Widerspruch der Person abzulehnen, weil die falsche Unternehmens-E-Mail-Adresse angeschrieben wurde. 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 Bewerbewidersprüchen 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). Keinen Widerspruch stellt hingegen nach der hier vertretenen Ansicht die Eintragung der Person in eine sogenannte Robinson-Liste dar. Hierbei handelt es sich um Bewerbewiderspruchslisten, die nicht vom werbenden Unternehmen, sondern von Branchenverbänden geführt werden.

Einen **Grund** für den Widerspruch muss die Person nicht angeben.

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-Emails trotz vorliegendem Widerspruch vor, drohen Abmahnungen oder Bußgelder (vgl. 5).

Ergebnis

Ohne rechtzeitigen Hinweis auf das Widerspruchsrecht (bei der Erhebung!) ist die E-Mail-Werbung unzulässig. Der Widerspruch kann auf allen denkbaren Wegen und gegenüber sämtlichen Beschäftigten und Organisationseinheiten erklärt werden. Liegt ein Widerspruch vor, dürfen die Daten nicht mehr für Werbezwecke verarbeitet werden.

Praxistipp

Mit einem proaktiven Widerspruchsmanagement stellen Sie sicher, dass eingehende Werbewidersprüche beachtet werden und kein rechtswidriger Versand von E-Mailwerbung erfolgt. Vor allem in größeren Unternehmen sollten sämtliche Mitarbeiter der Kundenbetreuung auf den rechtskonformen Umgang mit Werbewidersprüchen geschult werden.

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 für Werbezwecke **genutzt** werden dürfen, ist im Bundesdatenschutzgesetz geregelt; § 28 Abs. 3 BDSG enthält besondere Bestimmungen für den Einsatz von Daten für Werbezwecke. So dürfen nach dem sogenannten Listenprivileg bestimmte Datenkategorien, die dem Unternehmen zu einer Person vorliegen, für Werbezwecke verwendet werden, wenn die Daten einem abstrakten Zugehörigkeitsmerkmal, z.B. „Stammkunde“ oder „Onlinekunde“, zugeordnet werden. Bei diesen Daten handelt es sich um die Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung, den Namen, den Titel, den akademischen Grad, die Anschrift und das Geburtsjahr der Person. Mit dieser abschließenden Auflistung von Datenkategorien möchte der Gesetzgeber verhindern, dass ein allzu buntes Persönlichkeitsprofil des Betroffenen entsteht. Mit den Listendaten darf für folgende drei Zwecke geworben werden:

1. Werbung für eigene Angebote. Die Daten müssen aus einem Vertragsverhältnis mit dem Betroffenen oder aber aus allgemein zugänglichen Verzeichnissen stammen;

2. Werbung im Hinblick auf die berufliche Tätigkeit des Betroffenen und unter seiner beruflichen Anschrift und
3. Werbung für steuerbegünstigte Zwecke.

Nach dem bisher Erläuterten scheidet die **Verwendung der E-Mailadresse** für die genannten Zwecke aus, da die E-Mailadresse nicht zu den erlaubten Datenkategorien gehört. Für die **Werbung für eigene Angebote (Punkt 1)** erlaubt das Gesetz allerdings das „Hinzuspeichern“ weiterer Daten, zu denen nach Ansicht der Datenschutzaufsichtsbehörden auch die E-Mailadresse gehört (nicht jedoch: die Telefonnummer). Auch Daten zu erworbenen Produkten dürfen „hinzugespeichert“ werden.

Kopfschmerzen bereitet vielen Unternehmen regelmäßig § 28 Abs. 4 S. 2 BDSG, wonach der Betroffene **bereits beim Vertragsschluss** darauf hinzuweisen ist, dass er der Datenverwendung für Werbezwecke jederzeit widersprechen kann (vgl. 1.3.). Wurde dieser Hinweis versäumt, können die Daten später grundsätzlich nicht mehr für E-Mail- oder andere Werbung verwendet werden.

Neben den datenschutzrechtlichen Regeln ist beim E-Mailmarketing stets auch das Lauterkeitsrecht zu beachten. Dieses regelt die Werbemaßnahme als solche, also die Frage, ob die **Werbeäußerung** erlaubt ist. Für das E-Mailmarketing ist vor allem § 7 Abs. 3 UWG wichtig. Er enthält die wichtigste Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot, E-Mail-Werbung zu verschicken. Eine Werbe-Email darf danach versandt werden, wenn,

1. die E-Mailadresse von einem eigenen Kunden stammt, also einer Person, die mit dem Unternehmen einen Vertrag geschlossen hat;

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. 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.

Ergebnis

Datenschutzrecht und Lauterkeitsrecht verlangen, dass der Kunde bereits beim Vertragsschluss auf sein Widerspruchsrecht hingewiesen wird. 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 Werbewidersprüche auch korrekt erfasst werden (z.B. mittels einer Sperrdatei).

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

E-Mailadressen können darüber hinaus von **Datenhändlern** erworben werden. Bei Datenhändlern handelt es sich aus rechtlicher Sicht um Unternehmen, die „geschäftsmäßig Daten zum Zweck der Übermittlung erheben“ (§ 29 Abs. 1 S. 1 BDSG). 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. Bekannte Datenhändler sind z.B. die Bürgel Wirtschaftsinformationen GmbH & Co. KG, der Verband der Vereine Creditreform e.V. und die SCHUFA Holding AG. 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.

Wichtig für das E-Mailmarketing zu wissen ist, dass ein Datenhändler nur solche E-Mailadressen verkaufen darf, bei denen der Betroffene in die Verwendung für Werbezwecke **eingewilligt** hat. Nicht weitergeben

darf der Datenhändler E-Mailadressen, die er aus einem Vertragsverhältnis mit dem Betroffenen erhalten hat. Denn erstens dürfen solche E-Mailadressen nicht an andere Unternehmen weitergegeben werden (Umkehrschluss aus § 28 Abs. 3 S. 4 BDSG) und zweitens darf mit der E-Mailadresse grundsätzlich nur für eigene Produkte geworben werden (§ 7 Abs. 3 Nr. 2 UWG; § 28 Abs. 3 S. 5 BDSG gilt nur für postalische Werbung). Das Lauterkeitsrecht verbietet ferner, Daten aus allgemein zugänglichen Quellen (z.B. aus frei zugänglichen Netzwerken oder von Websites) für E-Mailwerbung zu nutzen (vgl. 2.1.).

Problematisch an der Nutzung gekaufter E-Mailadressen ist, dass es sich in der Praxis nur bedingt nachprüfen lässt, ob wirklich für sämtliche erworbenen E-Mailadressen eine rechtswirksame Einwilligung beim Betroffenen eingeholt wurde. Einwilligungen können nicht zuletzt veraltet sein (vgl. 1.1.). 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.

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.

Ergebnis

Datenhändler dürfen ausschließlich solche E-Mailadressen zum Kauf anbieten, für die sie eine rechtswirksame Einwilligung eingeholt haben. Da für das werbende Unternehmen jedoch 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.

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

„Die verantwortliche Stelle [...] den Abschluss eines Vertrags nicht von einer Einwilligung des Betroffenen [...] abhängig machen [...], wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist“ (§ 28 Abs. 3b BDSG).

Eine Einwilligung, die das Kopplungsverbot missachtet, ist nicht rechtswirksam, da sie in diesem Fall nicht auf der **freien Entscheidung des Betroffenen** beruht. Das Kopplungsverbot greift allerdings nur, wenn

der Betroffene nicht auch ohne Einwilligung und ohne großen Rechercheaufwand an einem qualitativ (und preislich) gleichwertigen Gewinnspiel eines anderen Anbieters teilnehmen könnte. In der Praxis dürften ausreichende einwilligungsfreie, kostenfreie und qualitativ gleichwertige Gewinnspiele auf dem Markt zu finden sein, sodass das Kopplungsverbot leerläuft. Allerdings liegt es stets beim werbenden Unternehmen im Streitfall nachzuweisen, dass ein solches Angebot auch wirklich besteht.

Das Kopplungsverbot greift auch dann nicht, wenn es sich bei der angebotenen Leistung (hier: Gewinnspiel) lediglich um eine **Zusatzleistung** handelt. Eine Zusatzleistung liegt z.B. vor, wenn die Leistung im Zusammenhang mit einem Warenverkauf angeboten wird, der keine Werbeeinwilligung erfordert.

Ergebnis

Sollen E-Mailadressen als „Gegenleistung“ für die Teilnahme an einem Gewinnspiel erhoben werden, muss sichergestellt sein, dass die Einwilligung freiwillig erfolgt. Hierfür ist es erforderlich, dass auf dem Markt Gewinnspiele angeboten werden, die keine Werbeeinwilligung erfordern und qualitativ gleichwertig sind. Da somit ein gewisser Graubereich besteht, ist die Gegenleistung „E-Mailadresse“ nie ganz ohne Risiko. Sicherer ist es, der Person eine Teilnahme auch ohne Angabe der E-Mailadresse zu ermöglichen und stattdessen um eine Werbeeinwilligung zu bitten.

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 weitergegeben und noch durch andere Konzernunternehmen genutzt werden. Denn im Unterschied zu Daten wie der Anschrift und dem Namen einer Person nehmen E-Mailadressen nicht am sogenannten Listenprivileg teil und dürfen daher nicht ohne weiteres an andere Unternehmen weitergegeben werden (Umkehrschluss aus § 28 Abs. 3 S. 4 BDSG). Auch Datentransfers zwischen Konzernunternehmen sind nicht privilegiert. Vielmehr werden diese Transfers grundsätzlich nicht anders behandelt, als solche zwischen nicht verbundenen Unternehmen.

Eine Ausnahme hiervon besteht nur dann, wenn zwischen den Konzernunternehmen ein **Auftragsdatenverarbeitungsverhältnis** im Sinne von § 11 BDSG 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 Unterneh-

men bezieht oder aber das Konzernunternehmen die Daten als Auftragsdatenverarbeiter 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 Auftragsdatenverarbeitungsvertrag erforderlich.

Vorschriften: Quellen von E-Mailadressen



Widerspruchsrecht
beachten!



Achtung
Kopplungsverbot!



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 selbstständig 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.

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 Ganzes nicht dominieren. Bei Newslettern ist die inhaltliche Gestaltung freier.

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 Homepage zu verlinken.

Neben dem 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, sollte auch im Anmeldeformular auf die Datenschutzhinweise verlinkt werden. Denn gemäß § 13 TMG müssen Sie einen

Website-Besucher, der Ihren Newsletter abonniert oder persönliche Daten angibt, um Inhalte von Ihrer Website herunterzuladen, „zu Beginn des Nutzungsvorgangs über Art, Umfang und Zwecke der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten [...] in allgemein verständlicher Form“ informieren.

Falls Sie einen Software-Anbieter beauftragt haben, der Daten außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums verarbeitet, 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 erfolgreiche datenschutzrechtlich relevante Aktionen hinzuweisen, die aufgrund einer anderweitig bestehenden Erlaubnis gestattet sind. Besonders praxisrelevant: 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, sodass 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 jederzeit abrufbar sein und sollte daher auf der Website gut auffindbar zur Verfügung gestellt werden. Der Datenschutzhinweis muss folgende Punkte enthalten:

- Konkrete Benennung der erhobenen Daten und Zweck der Datenverarbeitung,
- konkrete Verarbeitung der einzelnen erhobenen Daten,
- Hinweis auf Auskunftsrechte und Rechte zur Löschung der Daten des Empfängers,

- Dauer der Datenspeicherung,
- Widerrufsrecht.

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 wird ermöglicht durch einen 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 zu registrieren.

Bietet das Unternehmen mehrere Newsletter an, ist es allerdings sinnvoll, den Empfänger darüber zu informieren, **auf welchen Newsletter** sich sein Widerspruch bezieht. Denn andernfalls bezieht sich der Widerspruch, 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.

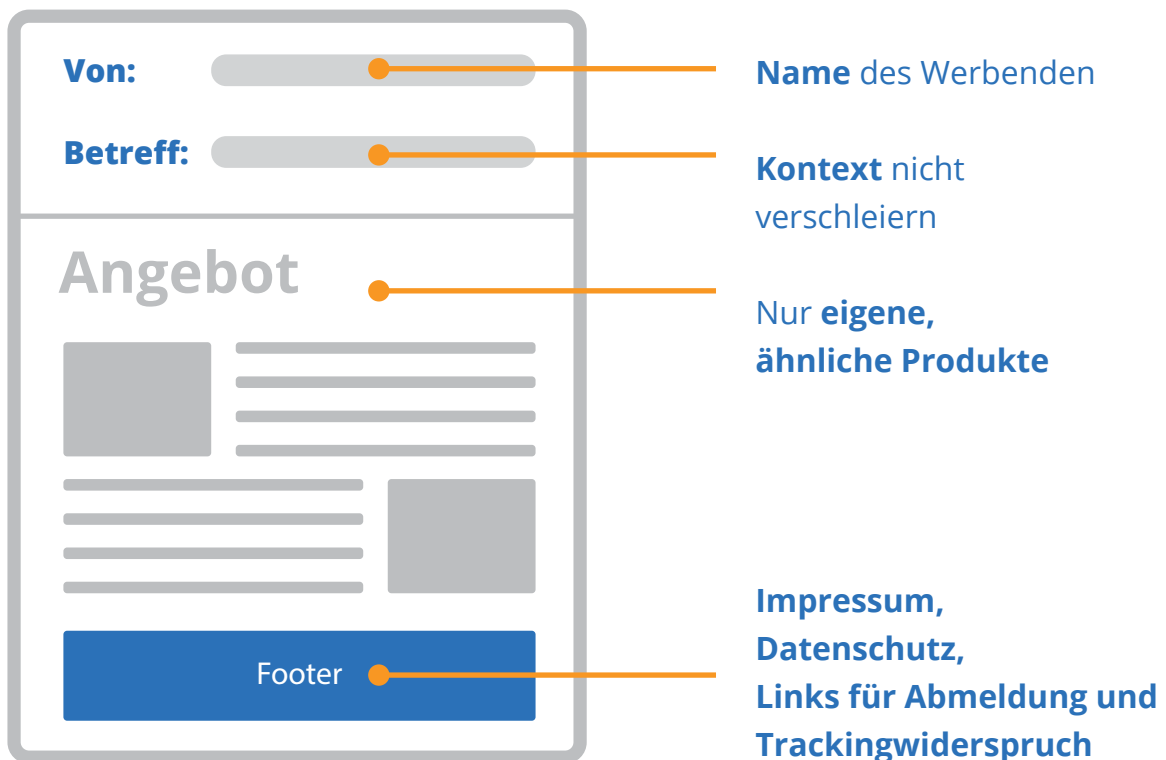
Ergebnis

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. Die Werbe-E-Mail muss zudem einen Abmeldelink 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-Emails 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 den verlinkten Inhalt 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. 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. Die Einwilligung muss ferner bewusst erfolgen – z.B. durch Setzen eines Häkchens – und jederzeit abrufbar sein, dem Nutzer also zur Verfügung gestellt werden können.

Der E-Mail-Empfänger muss dem E-Mailempfang zudem jederzeit widersprechen können und muss darüber bei der Erhebung der E-Mailadresse informiert werden. Ein Widerspruch gegen das Tracking kann grundsätzlich gegenüber allen Mitarbeitern / Organisationseinheiten des Unternehmens erfolgen (vgl. 1.3.). Dies beinhaltet einen hohen Verwaltungsaufwand für das werbende Unternehmen, da die Widersprüche nicht zentral eintreffen. Eine **Kanalisierung** von Werbewidersprüchen 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.

Praxistipp

Lassen Sie sowohl den Einwilligungstext als auch dessen Implementierung rechtlich prüfen. Denn bereits kleine Mängel können zur Unwirksamkeit führen und hohe Abmahnkosten bzw. Bußgelder verursachen.

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 dürfen 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 Vorteil der pseudonymisierten E-Mailauswertung besteht darin, dass auf eine Einwilligung verzichtet werden kann. 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.

Auch bei der pseudonymisierten Auswertung hat die Person ein Widerspruchsrecht, über das das werbende Unternehmen informieren muss. Wie auch bei der Einwilligungslösung empfiehlt es sich, dem E-Mailadressaten einfache Abmeldemöglichkeiten zur Verfügung zu stellen, um eine Kanalisierung von Widersprüchen zu ermöglichen.

Eine pseudonymisierte Nutzungsanalyse ist schließlich 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.

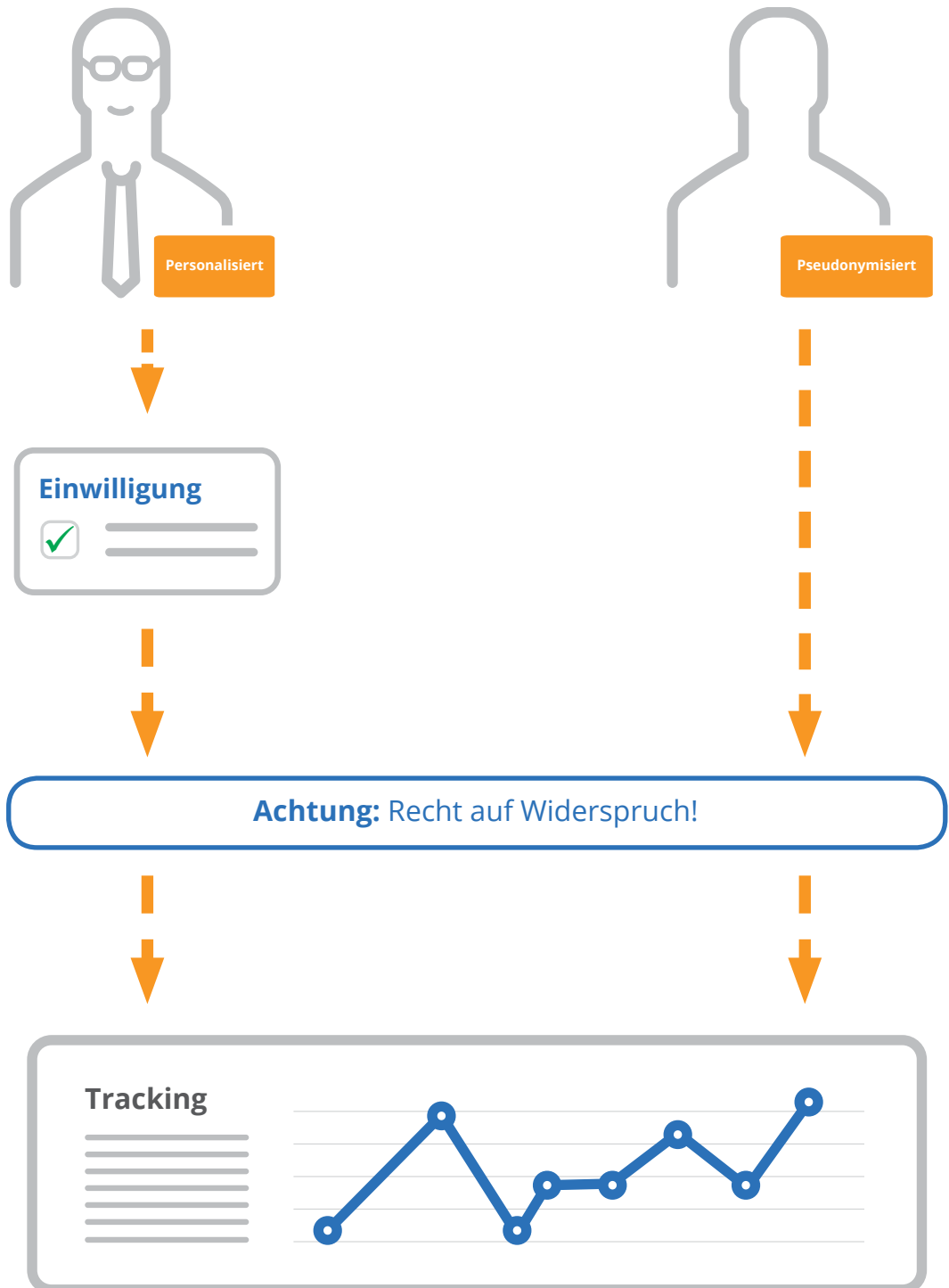
Ergebnis

Die pseudonymisierte E-Mailauswertung ist ohne Einwilligung zulässig, wenn eine Zusammenführung der pseudonymisierten Auswertungsdaten mit identifizierenden Daten wie der E-Mailadresse oder der IP-Adresse des Nutzers technisch und organisatorisch verhindert wird.

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.

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-Email bewusst oder aber „aus Versehen“ versandt hat. Unerheblich ist auch, ob es zu einem wiederholten Versand kam; eine einzige rechtswidrige Werbe-Email 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 Wiederholungsgefahr**. 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 an in eine rechtskonforme Verarbeitung der E-Mailadressen im Unternehmen einzuweisen. Denn nicht der Mitarbeiter, sondern

das werbende 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.


Die Höhe des **Streitwertes** variierte in den bereits ergangenen Gerichtsurteilen sehr stark (100 bis 7500 Euro). Neben dem Belästigungseffekt fließt auch der Abschreckungsgedanke in die Bemessung ein.

Ergebnis

Bereits der einmalige (auch versehentliche) Versand einer Werbe-Email 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.

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 rechtskon-



forme Bearbeitung von Werbebotschaften 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-Email 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 eher geringe Bedeutung hat die Klagebefugnis der **Mitbewerber** des werbenden Unternehmens (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG), da sie nur von wenigen 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.

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. Denken Sie insbesondere daran, den Eingang der Einwilligung rechtswirksam zu protokollieren (vgl. 1.1.).

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

Die Einhaltung des Datenschutzrechts durch private Unternehmen wird in Deutschland durch die Landesdatenschutzbehörden überwacht. Diese können zunächst sogenannte **Aufsichtsverfahren** durchführen. Möglich sind sowohl anlassfreie Überprüfungen (z.B. gezielte

Überprüfung von Unternehmen aus bestimmten Branchen) als auch anlassbezogene Kontrollen. Letztere basieren oft auf Beschwerden von Personen, deren Daten durch das Unternehmen verarbeitet werden bzw. wurden oder auf Hinweisen anderer Landesdatenschutzbehörden.

Gegenstand der Kontrolle kann die Überprüfung sämtlicher gesetzlicher Werbevorschriften mit Datenschutzbezug sein, also auch die oben erwähnten Vorschriften zur Verarbeitung von E-Mailadressen für Werbezwecke. Im Rahmen ihrer Kontrollmöglichkeit hat die Behörde das Recht, Auskünfte einzuholen (§ 38 Abs. 3 BDSG). Darüber hinaus sind auch unangemeldete Vor-Ort-Prüfungen während der Betriebs- und Geschäftszeiten möglich (§ 38 Abs. 4 BDSG). Gegenstand der Prüfung können sämtliche geschäftliche Unterlagen sein, die für die Prüfung relevant sind. Besonders wichtig ist für Behörden in der Regel das sogenannte Verfahrensverzeichnis, das sämtliche Datenverarbeitungen eines Unternehmens dokumentiert (eine kostenlose Vorlage finden Sie auf der Website der activeMind AG).

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 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 frist-


gemäß 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 Unternehmen gemäß § 43 BDSG ein **Bußgeld** verhängt werden. Danach kann eine rechtswidrige E-Maildatenverarbeitung mit bis zu 300.000 Euro bestraft werden, wenn für die Verarbeitung keine Rechtsgrundlage (mehr) besteht (vgl. 1.). Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Beworbene der E-Mailwerbung **widersprochen** hat (§ 43 Abs. 2 Nr. 5b BDSG). Werden beim Tracking der E-Mailnutzung die Nutzungsdaten mit den identifizierenden Daten zusammengeführt (vgl. 4.2.), droht ein Bußgeld von bis zu 50.000 Euro (§ 16 Abs. 3 TMG).

2018 tritt die europäische Datenschutzgrundverordnung in Kraft. Verstöße gegen das Datenschutzrecht können dann mit einem Bußgeld von bis zu 4 % des weltweiten Jahresumsatzes des Unternehmens bestraft werden.

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-Mailadres-



sen bzw. Analysedaten verhängt werden. Ab 2018 werden diese empfindlich hoch sein.



Praxistipp

Zahlreiche Beispiele zeigen, welch immensen PR-Schaden Kontrollen durch Datenschutzaufsichtsbehörden verursachen können. Spätestens ab 2018 stellen auch mögliche Bußgelder ein großes Gefahrenpotential 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.

Seit mehr als 15 Jahren steuern die Gesetzgeber diesen Bereich durch Regelungen wie Datenschutzgesetze 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 meist keine ausreichenden Ressourcen für Datenschutz, IT-Sicherheit 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-Grundsatz 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. Viele unserer Leistungen können zudem durch EU-Fördermittel subventioniert werden. 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 / 418 560 170

www.activemind.de