

gültig für



D A CH

eco Richtlinie für zulässiges E-Mail-Marketing

Leitlinien für die Praxis
6. Auflage 2016

UPDATED
weltweite
Opt-In/Opt-Out-
Liste!

edited by



eco



VERBAND DER
INTERNETWIRTSCHAFT

WIR GESTALTEN DAS INTERNET.
GESTERN. HEUTE. ÜBER MORGEN.

1. Vorwort	4
2. Permission	5
2.1 Rechtsgrundlagen	5
2.2 Werbebegriff	6
2.3 Transparente Einwilligung	6
2.4 Bewusste, eindeutige und ausdrückliche Erklärung	7
2.5 Formale Anforderungen an die Einwilligung	8
2.6 Datensparsamkeit	9
2.7 Co-Registrierung und Adresskauf	9
2.8 Einwilligung Minderjähriger	9
2.9 Geltungsdauer der Einwilligung	10
2.10 Nachweisbarkeit der Einwilligung (Double-Opt-In)	10
2.11 Dokumentation der Einwilligung	16
2.12 Ausnahme vom Opt-In: E-Mail-Werbung bei bestehender Kundenbeziehung	16
2.13 Werbung in Transaktions-E-Mails	19
2.14 Feedbackanfragen nach Kauf	20
2.15 Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung der gesetzlichen Anforderungen	21
3. Die Abbestellung	22
3.1 Können E-Mails problemlos abbestellt werden?	22
3.2 Wird auf Anfragen und Beschwerden reagiert?	25
4. Gestaltung des Newsletters	27
4.1 Betreff	27
4.2 Inhalt	27
4.3 Identifikation des Absenders	29
4.4 Rechtssicheres Impressum	29

5.	Profilierung und Messung des Öffnungs- und Klickverhaltens	30
5.1	Anwendung des Datenschutzrechts	30
5.2	Nutzungsprofile im Online- und E-Mail-Marketing	32
5.3	Konsequenzen für das E-Mail-Marketing	33
6.	Auftragsdatenverarbeitung bei der Einbindung von Dienstleistern	33
6.1	Vorteil der Ausgestaltung als Auftragsdatenverarbeitung	34
6.2	Auftragsdatenverarbeitung	34
6.3	Grenzüberschreitende Auftragsdatenverarbeitung	35
6.4	Verantwortung des Auftraggebers	35
7.	EU-Datenschutz-Grundverordnung – Ein Ausblick	36
7.1	Eingeschränkte Fortgeltung von Einwilligungen über den 25.05.2018 hinaus?	37
7.2	Regelung der Einwilligung	37
7.3	Transparenzbestimmungen	38
7.4	Profiling	38
7.5	Auftragsverarbeitung	38
7.6	ePrivacy-Richtlinie (Richtlinie 2002/58/EG)	39
7.7	Fazit	39
8.	Was in anderen Ländern beim E-Mail-Marketing zu beachten ist	40
8.1	Die rechtlichen Aspekte in der Schweiz	40
8.2	Die Rechtslage in Österreich	47
9.	Unsere Empfehlung: Certified Senders Alliance	52
10.	Opt-In oder Opt-Out – Was gilt in einzelnen Ländern weltweit?	53
	Autoren & Lektorat	63

1. Vorwort

2002 verabschiedete die Kompetenzgruppe Online-Marketing des eco - Verband der Internetwirtschaft e.V. die erste „Richtlinie für erwünschtes Online-Marketing“. Seitdem wurde die Richtlinie in regelmäßigen Abständen aktualisiert und es wurden über eine Million Exemplare des beliebten Leitfadens verteilt oder als PDF von der eco-Webseite heruntergeladen.

Die aktuelle Überarbeitung der Richtlinie berücksichtigt eine Reihe neuerer Urteile (z. B. das BGH-Urteil zu automatisierten E-Mail-Antworten). Hervorzuheben sind die Konsequenzen aus der neuen EU-Datenschutz-Grundverordnung, die ab dem 25. Mai 2018 anwendbar sein wird. Diese gilt direkt und unmittelbar und muss nicht mehr jeweils in nationales Recht umgesetzt werden. Rechtswidrige Werbemaßnahmen und Datenschutzverstöße können dann mit drastisch erhöhten Bußgeldern bis 20 Millionen Euro sanktioniert werden.

Ergänzt wurde die umfangreiche Liste der Länder, für welche die Rechtsgrundlagen des E-Mail-Marketings erläutert werden. Erweitert wurden die Kapitel über die Rechtslage in Österreich und der Schweiz. E-Mail-Marketing ist nach wie vor ein fester und wesentlicher Bestandteil der Kundenkommunikation vieler Unternehmen. Um die Besonderheiten hinsichtlich der Rechtskonformität dieser Marketingkommunikation zu verdeutlichen, werden in diesem Leitfaden konkrete und vor allem praxisnahe Handlungsanweisungen gegeben. Die vorliegende Richtlinie gibt Unternehmen eine Antwort auf die häufigsten rechtlichen Fragen. Zu jeder Frage gibt es drei Bereiche:

1. Rechtliche Anforderungen
2. Eine Erläuterung der Fragestellung und Vorschläge zur praktischen Umsetzung der gesetzlichen Anforderungen
3. Praxisbeispiele

Die aus Unternehmenssicht vordringlichsten rechtlichen Fragen beim E-Mail-Versand sind:

- › Liegt die Einwilligung der Empfänger vor?
- › Kann die Einwilligung nachgewiesen werden?
- › Wissen die Empfänger, wozu sie eingewilligt haben?
- › Wurden die Empfänger auf die Abbestellmöglichkeit hingewiesen, die zudem kostenfrei und ohne Schwierigkeiten zu bewerkstelligen sein muss?
- › Erhalten die Empfänger eine E-Mail-Bestätigung ihrer Einwilligung?
- › Wird auf Anfragen reagiert?
- › Ist der Betreff nicht irreführend?
- › Ist der Absender klar erkennbar?
- › Ist das Impressum vollständig?
- › Liegt ein Fall der Auftragsdatenverarbeitung vor, und wurden die entsprechenden gesetzlichen Vorgaben eingehalten?

Selbstverständlich kann diese Richtlinie keine Rechtsberatung im Einzelfall ersetzen. Sie kann jedoch dazu beitragen, dass Unternehmen mehr Sicherheit erlangen, wenn sie im Kontakt mit Interessenten das Medium E-Mail bzw. Direktmarketing einsetzen.

Ebenso sollen sich Verbraucher sicherer fühlen können, wenn Sie bei einem Unternehmen ihre E-Mail-Adresse hinterlassen. Sicher heißt dabei, dass Adressen nicht einfach weitergegeben werden, dass E-Mails nur mit Einwilligung des Adressaten versandt werden und dass es problemlos möglich ist, die

eigene Adresse jederzeit wieder aus einem Verteiler zu streichen.

Der große Erfolg des Mediums E-Mail beruht auf Vertrauen. Dazu soll diese Richtlinie beitragen. Die Richtlinie ist auch im Internet unter <https://de.certified-senders.eu/dokumente> abrufbar.

2. Permission

Es sollte inzwischen allgemein bekannt sein, dass die Werbung per E-Mail sowohl im B2C-Bereich wie auch im B2B-Bereich grundsätzlich der Einwilligung des Empfängers bedarf. Die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung lassen sich wie folgt kurz zusammenfassen:

- › transparent
- › freiwillig
- › bewusst, eindeutig, ausdrücklich und
- › separat

Die Einwilligung muss zudem nachgewiesen werden können und detailliert protokolliert werden. Für E-Mail-Werbung im Rahmen bestehender Kundenbeziehungen sieht das Gesetz bestimmte Erleichterungen vor (siehe Kapitel 2.12).

2.1 Rechtsgrundlagen

Auf europäischer Ebene legt bereits die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (auch als ePrivacy-Richtlinie bekannt) in Artikel 13 fest, dass für die Zusendung von E-Mail-Werbung die Einwilligung des Adressaten erforderlich ist. Diese Grundaussage gilt damit für alle EU-Staaten gleichermaßen. Allerdings gelten EU-Richtlinien nicht direkt, sondern müssen in jedem

einzelnen EU-Staat in nationales Recht umgesetzt werden. Bei dieser Umsetzung in nationales Recht ergeben sich dann oftmals nicht ganz unerhebliche rechtliche Unterschiede. Auch interpretieren nationale Gerichte und Datenschutzaufsichtsbehörden Gesetze oftmals unterschiedlich. Dies führt dazu, dass das Recht des E-Mail-Marketing zwar auf einer einheitlichen europäischen Grundlage beruht, sich allerdings im Detail dennoch einige Unterschiede feststellen lassen (siehe dazu auch die Übersicht zur Rechtslage in verschiedenen Ländern in Kapitel 10).

Die Vorgaben der Europäischen Union für E-Mail-Werbung werden in Deutschland durch das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), das Telemediengesetz (TMG) und das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in nationales Recht umgesetzt. Die Erforderlichkeit der Einwilligung für E-Mail-Werbung ergibt sich § 7 Abs. 2 UWG und aus § 28 Abs. 3 S. 1 BDSG.

So einfach der Grundsatz „E-Mail-Werbung nur mit Einwilligung“ klingt, so anspruchsvoll ist die Umsetzung im Detail. Durch zahlreiche Urteile und Gesetzesänderungen werden die Anforderungen an rechtswirksame Einwilligungserklärungen zudem ständig modifiziert (und dabei üblicherweise verschärft).

Eine künftige Rechtsänderung wirft bereits jetzt ihre Schatten voraus: Die EU-Datenschutz-Grundverordnung.

Die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung, die ab dem 25. Mai 2018 anwendbar sein wird, gilt direkt und unmittelbar und muss nicht mehr jeweils in nationales Recht umgesetzt werden. Sie beabsichtigt unter anderem eine Harmonisierung des

Datenschutzrechts in der EU. Die Rechtslage zur Einwilligung und zur Zulässigkeit von E-Mail-Werbung wird, aus deutscher Sicht, im Großen und Ganzen erhalten bleiben. Allerdings werden rechtswidrige Werbemaßnahmen mit drastisch erhöhten Bußgeldern sanktioniert werden können, der Bußgeldrahmen für Datenschutzverstöße steigt auf 20 Millionen Euro oder 4% des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes eines Unternehmens (je nachdem, was höher ist).

2.2 Werbebegriff

Die Einwilligung des Adressaten ist erforderlich, wenn es sich bei einer E-Mail um Werbung handelt. Es stellt sich dementsprechend die Frage, was rechtlich als Werbung zu qualifizieren ist.

Gesetzgebung und Rechtsprechung sind bei der Frage, was als Werbung anzusehen ist, wenig zimperlich. Jede Äußerung, die irgendwie unmittelbar oder mittelbar dazu dient, Produkte und Dienstleistungen zu verkaufen, fällt unter den Begriff der „Werbung“. Der Begriff der Werbung ist, wie der Jurist so schön sagt, „weit auszulegen“. So sieht die Rechtsprechung beispielsweise auch Geburtstags- oder Weihnachtsgrüße eines Unternehmens per E-Mail an seine Kunden und E-Mails für eine Marktforschungsstudie, die nicht neutral, sondern im Interesse eines Unternehmens durchgeführt wird, als Werbung an. Fast alles, was ein Unternehmen macht und nach außen kommuniziert, dient letzten Endes dazu, Produkte und Dienstleistungen zu verkaufen. Dies schließt z. B. auch sogenannte Nachfragewerbung oder reine Imagewerbung (Bewerbung einer Marke ohne Bezug zu einem bestimmten Produkt) ein, ebenso wie sogenannte Service-

nachrichten mit Hinweisen auf weitere Produkte, da auch mit diesen indirekt der Absatz gefördert werden soll.

Auch Wahlwerbung politischer Parteien und die Spendenwerbung gemeinnütziger Organisationen fallen unter den Werbebegriff.

2.3 Transparente Einwilligung

Eine wirksame Einwilligung muss bestimmte formale und inhaltliche Voraussetzungen erfüllen. Entscheidend ist zunächst, dass der Einwilligende in transparenter und verständlicher Weise darüber informiert wird, welchen Inhalt seine Einwilligungserklärung hat. Nach § 4a Abs. 1 S. 2 BDSG und der auch hierzu ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) vom 25. Oktober 2012, Az. I ZR 169/10, sind Einwilligungen nur wirksam, wenn sie in Kenntnis der Sachlage und für den konkreten Fall erklärt werden. Der Einwilligende muss sich eine konkrete Vorstellung davon machen können, von wem und zu welchen Zwecken seine Daten verwendet werden sollen.

Das Unternehmen, das sich zukünftig auf die Einwilligung berufen möchte, muss klar genannt werden. Die Einwilligung gilt dabei immer nur für das ausdrücklich benannte Unternehmen. Es gibt keine „Blanko-Einwilligungen“, die zum Beispiel ein Unternehmen XY und dessen „Partnerunternehmen“ zu E-Mail-Werbung berechtigen können. Das Datenschutzrecht kennt auch kein Konzernprivileg. Auch eine konzerninterne Weitergabe von E-Mail-Adressen für die werbliche Nutzung durch andere Konzernunternehmen ist unzulässig (so die Konzernunternehmen in der Einwilligung nicht ausdrücklich benannt werden). Eine pauschale Benennung

von Unternehmen XY „und verbundener Unternehmen“ dürfte ebenfalls gegen das Transparenzgebot verstoßen.

Auch auf den Inhalt der zukünftigen Werbe-E-Mails sollte die Einwilligungserklärung so transparent wie möglich eingehen. Vertriebt beispielsweise ein Unternehmen verschiedene Produktlinien unter unterschiedlichen Marken, sollte aus der Einwilligungserklärung hervorgehen, ob der Adressat zukünftig ausschließlich Werbung für die Produktlinie unter der Marke X erhält, oder ob sämtliche Marken des Unternehmens beworben werden.

Worst Practice/Negativbeispiele:

- Ich willige in die Nutzung meiner Daten für Werbung ein. Meine Einwilligung kann ich jederzeit per E-Mail an unsubscribe@abd.de widerrufen.*

Eine solche Einwilligungserklärung ist unwirksam, da hier nicht ersichtlich ist, welche Medien (E-Mail, SMS, Telefon, Brief) für die Werbung verwendet werden sollen.

- Ich möchte per E-Mail-Werbung der ABC GmbH und von Partnerunternehmen der ABC GmbH erhalten. Meine Einwilligung kann ich jederzeit per E-Mail an unsubscribe@abc.de widerrufen. Zudem ist in jeder E-Mail ein Link zur Abbestellung weiterer Informationen enthalten.*

Diese Einwilligungserklärung klärt den Adressaten nicht darüber auf, um welche Partnerunternehmen es sich handelt. Der Einwilligende hat dementsprechend keine Vorstellung, an welche Unternehmen seine E-Mail-Adresse weitergegeben wird. Bei einer Einwilligung, die auch die Weitergabe

an Dritte umfasst, sind die potentiellen Empfänger der Daten genau zu benennen.

2.4 Bewusste, eindeutige und ausdrückliche Erklärung

Die Einwilligung muss zudem nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG vom Einwilligenden ausdrücklich, das heißt bewusst und aktiv erklärt werden. Dies kann schriftlich durch eine Unterschrift des Einwilligenden oder elektronisch durch das Anklicken einer Checkbox erfolgen. Eine Opt-Out-Möglichkeit, also beispielsweise eine Checkbox, die angeklickt werden kann, wenn keine E-Mail-Werbung erwünscht ist, oder eine vorangeklickte Checkbox, stellen somit keine wirksamen Einwilligungserklärungen dar. Auch die Bekanntgabe der E-Mail-Adresse in öffentlichen Verzeichnissen, auf der Internetseite, auf einem Briefkopf oder einer Visitenkarte ist keine Einwilligung in die Zusendung von E-Mail-Werbung. Eine mutmaßliche bzw. konkludente Einwilligung, bei der ein Interesse des Adressaten lediglich vermutet wird, ist nicht mehr ausreichend.

Die Einwilligung in die Zusendung von E-Mail-Werbung muss immer auch separat abgegeben werden, das heißt sie kann nicht mit anderen Erklärungen verbunden werden. Für die Bestätigung eines Kaufes in einem Onlineshop („Jetzt kostenpflichtig bestellen“) einerseits und die Einwilligung in E-Mail-Werbung andererseits sind damit zwei separate Checkboxes vorzusehen. Dies hat der BGH in seinem sogenannten „Payback-Urteil“ (Urt. v. 16. Juli 2008, Az. VIII ZR 348/06) nochmals bekräftigt.

Auch aus der Formulierung der Einwilligungserklärung muss eindeutig hervorgehen,

dass gerade eine Einwilligung erteilt wird. Zum Beispiel die Formulierung „Mir ist bekannt, dass ...“ reicht nicht aus, da dem Einwilligenden hier nicht unbedingt bewusst ist, dass er eine Einwilligungserklärung abgibt. Darauf weist der Düsseldorfer Kreis in seiner hilfreichen „Orientierungshilfe zur datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung in Formularen“ aus dem März 2016 hin.

Worst Practice/Negativbeispiele:

- Ich möchte den E-Mail-Newsletter der ABC GmbH NICHT erhalten.*

Das hier vorliegende „Opt-Out“ stellt keine wirksame Einwilligungserklärung dar. Die Einwilligung muss durch ein aktives Handeln des Einwilligenden erfolgen. Hier jedoch muss der Einwilligende aktiv werden, wenn er seine Einwilligung gerade nicht erteilen will.

Best Practice/Positivbeispiel:

- Ich möchte den wöchentlichen Newsletter der ABC GmbH mit Informationen zu deren Angeboten aus dem Bereich Telekommunikation per E-Mail erhalten. Meine Daten werden keinesfalls an Dritte weitergegeben. Meine Einwilligung kann ich jederzeit per E-Mail an unsubscribe@abc.de mit Wirkung für die Zukunft widerrufen. Zudem ist in jeder E-Mail ein Link zur Abbestellung weiterer Informationen enthalten.*

Diese Einwilligungserklärung genügt den gesetzlichen Anforderungen.

2.5 Formale Anforderungen an die Einwilligung

Einwilligung per Postkarte oder Brief: Grundsätzlich sind Einwilligungen schriftlich zu erteilen (§ 4a Abs. 1 S. 3 BDSG). Unter „Schriftform“ versteht das Gesetz die handschriftliche Unterschrift des Einwilligenden. Wird die Einwilligung also beispielsweise in einem Dokument – wie in einer Postkarte oder einem Brief – erteilt, das der spätere Adressat der Werbe-E-Mail unterschrieben hat, dann lässt sich die Einwilligung durch dieses Dokument nachweisen. Das Dokument ist zu diesem Zweck unbedingt aufzubewahren.

Online-Einwilligung: Im Internet können Einwilligungen auch elektronisch erteilt werden. Eine elektronische Einwilligung muss gemäß § 13 Abs. 2 TMG einige formale Anforderungen erfüllen, nämlich:

- › die Einwilligung muss protokolliert werden,
- › der Nutzer muss den Inhalt der Einwilligung jederzeit abrufen können und
- › der Nutzer muss die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen können. Auf dieses Widerrufsrecht ist er vorab hinzuweisen (§ 13 Abs. 3 TMG).

Einwilligung bei persönlichem Kontakt und am Telefon: Einwilligungen können auch am Telefon oder persönlich erteilt werden, beispielsweise im Rahmen eines Anrufs in einem Call-Center oder „von Angesicht zu Angesicht“ auf einer Messe. Seit der Reform des Datenschutzrechts im Jahre 2009 müssen solche Einwilligungen, die nicht schriftlich oder elektronisch im Sinn des § 13 TMG erteilt wurden, jedoch schriftlich bestätigt werden (§ 28 Abs. 3a BDSG).

2.6 Datensparsamkeit

Im Rahmen der Einwilligung dürfen nicht mehr Daten vom Empfänger verlangt werden als für die Erbringung des Dienstes tatsächlich erforderlich sind. Für die Zusendung eines E-Mail-Newsletters ist im Regelfall nur die Abfrage der E-Mail-Adresse erforderlich. Die verpflichtende Abfrage des Vornamens oder Nachnamens zur Personalisierung des E-Mail-Newsletters wird nicht von allen Datenschutzaufsichtsbehörden als zulässig angesehen. Auf freiwilliger Basis können hingegen beliebig viele Daten abgefragt werden.

2.7 Co-Registrierung und Adresskauf

Auch bei der Gewinnung von Adressdaten für Dritte (Leadgenerierung durch Co-Registrierungen) sind die Unternehmen, für die die Adressen erhoben werden sollen, genau zu benennen. Die Anzahl der Unternehmen, für die gleichzeitig Adressen erhoben werden sollen, sollte dabei überschaubar sein. Insbesondere wird empfohlen, folgende Voraussetzungen einzuhalten:

- ▶ Die Unternehmen, für die Adressdaten generiert werden, sind namentlich und bei Angabe der Branche einzeln zu benennen.
- ▶ Die Kenntnisnahme der Liste der Unternehmen muss für den Nutzer leicht und eindeutig innerhalb des Einwilligungsprozesses möglich sein.
- ▶ Die Listengröße ist beschränkt auf maximal zehn (10) Unternehmen.

Die Grenze der Überschaubarkeit dürfte in jedem Fall überschritten sein, wenn der

Nutzer nicht mehr „auf einen Blick“ die beteiligten Unternehmen erkennen kann.

Die Verwendung von gekauften E-Mail-Adressen ist mit gesteigerten Prüfpflichten verbunden. Denn nach der Rechtsprechung muss sich der Käufer der E-Mail-Adressen vergewissern, dass der Inhaber der jeweiligen E-Mail-Adresse mit der Zusendung von Werbung wirklich einverstanden ist, und dass die rechtswirksam abgegebenen Einwilligungen sich insbesondere nicht nur auf den Versand durch den Verkäufer, sondern auch durch Dritte (in diesem Fall den Käufer) beziehen. Dabei genügt es jedenfalls nicht, sich auf die Zusicherung des Verkäufers, die Einwilligungen lägen vor, zu verlassen. Der Käufer hat sich die entsprechenden dokumentierten Nachweise vorlegen zu lassen und zumindest eine stichprobenartige Überprüfung vorzunehmen. Um also in diesem Bereich den sichersten Weg zu gehen, sollte man sich die Nachweise für die Einwilligungen nicht nur zeigen lassen, sondern auch zu Dokumentationszwecken in seinen eigenen Akten verwahren.

2.8 Einwilligung Minderjähriger

Das Mindestalter für die Einwilligungsfähigkeit ist nicht eindeutig definiert. Im Rahmen von E-Mail-Werbung können grundsätzlich Minderjährige ab einem Alter von 16 Jahren als einwilligungsfähig angesehen werden. Bei der Einwilligung in die Verarbeitung sogenannter „sensibler Daten“ (z. B. Gesundheit, Religionszugehörigkeit etc.) sind jedoch im Einzelfall unter Umständen höhere Anforderungen zu stellen.

Die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung (anwendbar ab 25. Mai 2018) schafft hier

erstmalig ansatzweise Klarheit, indem sie das Mindestalter für die Einwilligungsfähigkeit auf 16 Jahre festlegt, gleichzeitig aber den EU-Mitgliedsstaaten die Möglichkeit eröffnet, eine niedrigere Altersgrenze (mindestens 13 Jahre) vorzusehen.

2.9 Geltungsdauer der Einwilligung

Es wird immer wieder behauptet, dass eine Einwilligung in die Zusendung von E-Mail-Werbung nach einer bestimmten Zeit außer Kraft tritt. Für eine solche begrenzte „Haltbarkeitsdauer“ finden sich (auch) in der Rechtsprechung jedoch keine Belege.

Aber es ist darauf zu achten, dass die Einwilligung nach Erteilung relativ zeitnah genutzt wird. Nach Ansicht des LG München I mit Urteil vom 8. April 2010, Az. 17 HK O 138/10 soll eine Einwilligung in die Zusendung von E-Mail-Werbung, von der erst nach mehr als 1,5 Jahren Gebrauch gemacht wird, nicht mehr wirksam sein, da der Einwilligende nach einem so langen Zeitraum nicht mehr mit der Zusendung von E-Mail-Werbung rechnen wird. Wird eine Einwilligung jedoch regelmäßig zur Zusendung eines E-Mail-Newsletters verwendet, besteht kein Anlass für die Annahme, dass diese nach einem bestimmten Zeitraum außer Kraft treten sollte.

2.10 Nachweisbarkeit der Einwilligung (Double-Opt-In)

Im Fall einer gerichtlichen Auseinandersetzung über die Zulässigkeit der Zusendung der Werbe-E-Mail trägt der Versender die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Einwilligung von dem konkreten Inhaber der

verwendeten E-Mail-Adresse tatsächlich erteilt wurde. Die bloße Darlegung, dass eine Einwilligung in die Zusendung von Werbe-E-Mails an eine bestimmte E-Mail-Adresse erteilt wurde, ist nicht ausreichend, wenn der Versender nicht beweisen kann, dass die Einwilligung tatsächlich vom Inhaber der verwendeten E-Mail-Adresse stammt.

Grundsätzlich muss der Versender Folgendes beachten:

- ▶ Allein die Erteilung der Einwilligung des Adressaten genügt nicht. Die Einwilligung muss so eingeholt werden, dass sie zur Überzeugung eines Gerichts nachgewiesen werden kann (**Beweisbarkeit**).
- ▶ Allein die Einwilligung irgendeiner Person genügt ebenfalls nicht. Es muss nachgewiesen werden, dass gerade der Empfänger und nicht möglicherweise ein Dritter unter dessen Namen bzw. der E-Mail-Adresse die Einwilligung erteilt hat (**Kongruenz: Anmelder – (späterer) Empfänger**).

Für den Beweis, dass die Einwilligung tatsächlich vom Inhaber der verwendeten E-Mail-Adresse stammt, bietet das Double-Opt-In-Verfahren die größtmögliche Rechtssicherheit. Die Verwendung des Double-Opt-In-Verfahrens ist daher zu empfehlen – gesetzliche Pflicht ist es aber nicht. Auch wenn man es immer wieder liest: Es gibt keine gesetzliche Verpflichtung, das Double-Opt-In-Verfahren zu nutzen. Eine solche Verpflichtung wurde auch nicht mit der BDSG-Novelle 2009 eingeführt.

Warum eigentlich Double-Opt-In?

Zur Erinnerung und Klarstellung: Beim Double-Opt-In-Verfahren wird an die bei der Registrierung für einen Newsletter

angegebene E-Mail-Adresse eine Bestätigungs-E-Mail (oftmals auch Einladungs-E-Mail oder Check-Mail genannt) zugesendet. In dieser Bestätigungs-E-Mail wird der Adressat gebeten, seine Einwilligung durch das Anklicken eines Bestätigungslinks zu bestätigen. Klickt der Adressat den Bestätigungslink an, kann damit bewiesen werden, dass tatsächlich der Inhaber der E-Mail-Adresse, die bei der Registrierung angegeben wurde, auch die Einwilligung abgegeben hat.

Durch die Verwendung des Double-Opt-In-Verfahrens lässt sich damit verhindern, dass Werbe-E-Mails an eine E-Mail-Adresse verschickt werden, die nicht von ihrem Inhaber, sondern missbräuchlich von einem Dritten registriert wurden. Zudem ist sichergestellt, dass keine Werbe-E-Mails in den Verteiler gelangen, bei denen sich der User bei der Registrierung lediglich vertippt hat. Auch in diesem Fall droht die Gefahr, dass der tatsächliche Inhaber der E-Mail-Adresse Werbe-E-Mails erhält, obwohl er nie eine Einwilligung abgegeben hat.

Und ist das Double-Opt-In-Verfahren rechtlich sauber?

Im Bereich Dialogmarketing lassen sich eigentlich zu nahezu allen rechtlichen Fragen widersprüchliche Gerichtsurteile finden. So waren und sind sich die Gerichte auch bei der Beurteilung des Double-Opt-In-Verfahrens leider nicht immer völlig einig. In einigen Urteilen wurde die Bestätigungs-E-Mail an sich schon als unzumutbare Belästigung (bzw. rechtswidrige E-Mail-Werbung bzw. Spam) gesehen. Die Gerichte haben dabei jedoch leider die Tatsache übersehen, dass es im Endeffekt keine Alternative zum Double-Opt-In-Verfahren gibt, wenn man

rechtssicher E-Mail-Marketing betreiben möchte. Nicht einmal bei der (zugegebenermaßen hypothetischen) Verwendung eines Post-Ident-Verfahrens oder einer notariellen Beurkundung der Einwilligung in die Zusendung von E-Mail-Werbung kann nämlich rechtssicher festgestellt werden, dass beispielsweise die E-Mail-Adresse engelchen23@gmx.de tatsächlich der Frau Maier gehört, die eben diese Adresse bei der Einwilligung angegeben hat.

Es war daher rechtlich ein großer Fortschritt, dass der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 10. Februar 2011, Az. I ZR 164/09, das bezeichnenderweise den Titel „Double-opt-in-Verfahren“ trägt, dem Double-Opt-In-Verfahren grundsätzlich grünes Licht gegeben hat:

„Geht ein Teilnahmeantrag elektronisch ein, so kann dessen Absender durch eine E-Mail um Bestätigung seines Teilnahmewunsches gebeten werden. Nach Eingang der erbetenen Bestätigung kann angenommen werden, dass der Antrag tatsächlich von der angegebenen E-Mail-Adresse stammt.“

Das Oberlandesgericht München hingegen urteilte am 27. September 2012, dass bereits die Bestätigungs-E-Mail im Rahmen des Double-Opt-In-Verfahrens eine unverlangte Werbe-E-Mail sei. Die Bestätigungs-E-Mail, die gerade der Vermeidung von Spam dient, wäre damit nach Ansicht der Münchener Richter also selber Spam.

Damit bräuchte man, nach dem Münchner Urteil, bereits für die Bestätigungs-E-Mail eine Einwilligung. Da aber die Bestätigungs-E-Mail gerade dazu dient, die Einwilligung beweisbar zu machen, könnte man

zwangsläufig keine beweisbare Einwilligung für die Zusendung der Bestätigungs-E-Mail haben. Womit man sich ein bisschen so fühlt wie in einem Roman von Kafka:

„Sie wollen eine Einwilligung einholen? Dann beweisen Sie doch aber bitte vorher erst mal, dass Sie bereits eine Einwilligung haben...“

Dies würde zu kaum lösbaren Problemen in der Praxis führen.

Unter folgenden Voraussetzungen wird die Zusendung der Bestätigungsemail im Rahmen eines Double-Opt-In-Verfahrens als rechtmäßig betrachtet:

a) Bestätigungs-E-Mail ohne Werbung

Die Bestätigungs-E-Mail muss stets absolut werbefrei sein und darf ausschließlich dem Zweck dienen, die E-Mail-Adresse zu verifizieren.

Die Bestätigungs-E-Mail muss nicht, wie man es oft genug sieht, als Plain Text versendet werden. Sie darf durchaus der Corporate Identity des Unternehmens entsprechen und beispielsweise ein Logo enthalten, aber darüber hinausgehende werbliche Elemente sind unbedingt zu vermeiden. Eine mit Werbung zugespaltete Bestätigungs-E-Mail würde vor Gericht als unzulässige Werbe-E-Mail durchfallen.

b) Bestätigungs-E-Mail mit kompletter Einwilligungserklärung

Die Bestätigungs-E-Mail dient alleine der Verifizierung der Einwilligung. Wenn ein User bei der Anmeldung für einen Newsletter eine

fremde E-Mail-Adresse missbräuchlich oder auch, weil er der Ansicht ist, dass der Newsletter den Inhaber der E-Mail-Adresse vielleicht interessieren könnte, angibt, erhält der Inhaber dieser E-Mail-Adresse eine Bestätigungs-E-Mail. Er kommt ohne Kenntnis der vom Dritten abgegebenen Erklärung zu dieser Bestätigungs-E-Mail, er hat nie irgendwo auf einer Website eine wie auch immer gartete Einwilligung abgegeben. Klickt er jetzt den Bestätigungslink, muss dieser Klick alleine eine ausreichende Einwilligung darstellen, um ihm zukünftig den Newsletter an seine E-Mail-Adresse zu senden.

In der Bestätigungs-E-Mail muss daher die komplette Einwilligung enthalten sein. Und mit dem Klick auf den Bestätigungslink muss eine vollwertige Einwilligung abgegeben werden. Allein mit dem Wortlaut der Bestätigungs-E-Mail muss der Versender vor Gericht beweisen können, dass eine Einwilligung des Adressaten in die Zusendung von E-Mail-Werbung vorlag. Es ist daher nicht ausreichend, wenn in der Bestätigungs-E-Mail kurz und prägnant um die Bestätigung der auf der Website bei der Registrierung abgegebenen Einwilligung gebeten wird, ohne diese zu wiederholen.

Mit anderen Worten: Wenn Sie viel Zeit und Mühe (und eventuell sogar Geld für eine rechtliche Prüfung) in die Formulierung Ihrer Einwilligungserklärung auf der Website investieren, muss diese Einwilligungserklärung auch in der Bestätigungs-E-Mail genauso wiedergegeben werden. Sonst können Sie sich den Aufwand sparen.

c) Bestätigungs-E-Mail ohne weitere Erklärungen

Auch sollte die Bestätigungs-E-Mail ausschließlich der Bestätigung der Einwilligung dienen und es sollten keine weiteren Erklärungen hineingepackt werden. Eine der inzwischen recht zahlreichen formalen Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Einwilligung ist, dass sie separat von anderen Erklärungen, quasi isoliert, abgegeben wird (siehe Kapitel 2.2).

Die Bestätigung der Einwilligung in der Bestätigungs-E-Mail sollte daher zum Beispiel nicht mit der Teilnahme an einem Gewinnspiel verknüpft werden.

Worst Practice/Negativbeispiel

Noch ein Klick bis zum großen Gewinn! Bitte schließen Sie Ihre Teilnahme an unserem großen Millionengewinnspiel noch ab, indem Sie durch Anklicken des folgenden Links die Teilnahmebedingungen des Gewinnspiels und Ihr Abonnement unseres Newsletters mit aktuellen Informationen bestätigen.

In diesem Fall liegt keine separate Einwilligungserklärung mehr vor und die Einwilligung wäre unwirksam. Die Formulierung der abzugebenden Bestätigung muss klar machen, dass ausschließlich die Einwilligung in die Zusendung des Newsletters bestätigt wird und nicht gleichzeitig auch noch die Gewinnspielteilnahme.

Best practice/Positivbeispiel

Vielen Dank für Ihre Teilnahme an unserem großen Millionengewinnspiel! Bitte bestätigen Sie uns noch Ihr Abonnement unseres

Newsletters mit aktuellen Informationen. Diesen Newsletter können Sie jederzeit mit Wirkung für die Zukunft abbestellen, beispielsweise per E-Mail an ...

Wie sieht es mit Erinnerungen aus, wenn der Adressat nicht sofort bestätigt?

Eine (werbefreie) Bestätigungs-E-Mail ist rechtlich ok, aber es kann ja immer mal vorkommen, dass die Bestätigungs-E-Mail übersehen wird oder im worst case vielleicht sogar im Spamfilter hängenbleibt. Darf man dann, wenn der Adressat den Bestätigungslink nicht anklickt, eine Erinnerungs-E-Mail hinterherschicken?

Es gibt zu dieser Frage leider keine eindeutige Antwort. Es ist, wie oben festgestellt, schon mal erfreulich, dass der BGH zur Bestätigungs-E-Mail an sich festgestellt hat, dass diese keine unzumutbare Belästigung darstellt. Zu der Frage, ob eine Erinnerungs-E-Mail als unzumutbare Belästigung anzusehen ist, schweigt sich die Rechtsprechung bisher, soweit ersichtlich, aus.

Es ist allerdings davon auszugehen, dass die Gerichte eine solche Erinnerungs-E-Mail wesentlich kritischer sehen werden als die Bestätigungs-E-Mail an sich. Die Bestätigungs-E-Mail dient ausschließlich dem Zweck der Verifizierung der E-Mail-Adresse und damit der Gewinnung rechtssicherer und sauberer Einwilligungen. Die Erinnerungs-E-Mail dient allerdings eher dem Zweck, auf eine nicht erfolgte Bestätigung hinzuweisen und die Einwilligung vielleicht doch noch zu erhalten, auch wenn der Adressat sie im ersten Anlauf, warum auch immer, nicht bestätigt hat. Es dürfte also schwerer werden hier ein über das Wachstum des Verteilers

hinausgehendes legitimes Interesse an der Zusendung der Erinnerungs-E-Mail zu begründen. Es soll damit jedoch nicht gesagt sein, dass die Versendung einer solchen Bestätigungs-E-Mail eindeutig unzulässig ist.

Wenn eine Erinnerungs-E-Mail gesendet wird, sollte diese jedoch grundsätzlich lediglich einmal und innerhalb eines relativ kurzen Zeitraumes nach der Zusendung der Bestätigungs-E-Mail gesendet werden.

Regelmäßige Erinnerungs-E-Mails über einen Zeitraum von mehreren Wochen oder Monaten werden den Adressaten mit ziemlicher Sicherheit verärgern und zu Beschwerden führen.

Löschung der Daten bei Nicht-Reagieren

Wie lange darf man denn die Daten speichern, wenn keine Bestätigung erfolgt? Auch hier ist es schwer, einen absoluten Zeitraum anzugeben. Abstrakt lässt sich sagen, dass die Daten nur solange gespeichert werden dürfen, wie sie für die Durchführung des Double-Opt-In-Verfahrens benötigt werden.

Damit steht man dann vor der Frage, wie lange denn so eine angemessene Frist ist, wie lange also realistisch mit der Bestätigung durch den Adressaten gerechnet werden kann. Erfahrungsgemäß erfolgt die Bestätigung einer Newsletter-Bestellung innerhalb von wenigen Minuten. Wenn der Adressat beispielsweise im Urlaub ist und das Glück hat, nicht per E-Mail erreichbar zu sein, kann es allerdings durchaus auch mal eine oder zwei Wochen dauern, bis der Adressat seine Newsletter-Bestellung bestätigt. Dem entsprechend wird eine Frist von zwei

Wochen datenschutzrechtlich als noch zulässig angesehen.

Tell-a-Friend-Funktion

Mit einer sogenannten Tell-a-Friend-Funktion kann ein Internetnutzer seine Freunde über eine von ihm besuchte Internetseite informieren. Er trägt dazu die E-Mail-Adressen seiner Freunde in ein Formular direkt auf der Internetseite ein und die Freunde erhalten automatisiert eine E-Mail mit der jeweiligen URL zugesandt. Dabei ist umstritten, ob es sich bei den auf diese Art und Weise versandten E-Mails um unzulässige E-Mail-Werbung durch den Anbieter der Tell-a-Friend-Funktion oder um zulässige private Nachrichten des Nutzers der Tell-a-Friend-Funktion an seine Freunde handelt.

Mit Urteil vom 12. September 2013, Az. I ZR 208/12, hat der BGH die Nutzung solcher Tell-a-Friend-Funktionen erheblich eingeschränkt und an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Dem BGH lag folgender Sachverhalt vor: Der Kläger erhielt mehrmals ohne seine vorherige Einwilligung Produktempfehlungen der Beklagten, die auf ihrer Website eine Weiterempfehlungsfunktion eingerichtet hatte, wobei die Beklagte (auch) als Absender der Empfehlungs-E-Mail benannt war. Der Kläger hat daher einen Unterlassungsanspruch gegenüber der Beklagten geltend machen wollen. Die vorinstanzlichen Gerichte (AG und LG Köln) hatten einen solchen mit der Begründung abgelehnt, dass der Beklagte für das missbräuchliche Verhalten eines Dritten bezüglich der Weiterempfehlung nicht haften dürfe.

Diese Ansicht teilte der BGH allerdings nicht: Zunächst qualifizierte der BGH die streitigen

Empfehlungsmails als Werbung im Sinne der Richtlinie 2006/113/EG (hiernach ist jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern, als werbende Handlung definiert – zum Werbegriff siehe auch oben unter Ziffer 2.2). Weiterhin seien Empfehlungsmails immer der Sphäre des Websitebetreibers zuzurechnen, und zwar unabhängig davon, ob ein Dritter diese Mails veranlasse. Maßgeblich ist insbesondere, dass die Beklagte beim Empfänger einer Empfehlungs-E-Mail als Absenderin erscheint. Letztlich sei es zudem Sinn und Zweck der Weiterempfehlungsfunktion, auf die Website und die dort angebotenen Leistungen aufmerksam zu machen. So heißt es in den Urteilsgründen:

„Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass die Beklagte den Missbrauch der Empfehlungsfunktion nicht in Kauf nimmt. Es ist offensichtlich, dass die Weiterleitungsfunktion gerade dazu benutzt wird, an Dritte Empfehlungs-E-Mails zu versenden, ohne dass Gewissheit darüber besteht, ob sie sich damit einverstanden erklärt haben.“

Folglich kommt es auch bei der Tell-a-Friend-Funktion zumindest dann, wenn das empfohlene Unternehmen als Absender erscheint, entscheidend darauf an, ob der Empfänger für die unaufgeforderte Zusendung derartiger Inhalte seine ausdrückliche Einwilligung erteilt hat. Liegt keine Einwilligung vor, so ist Schutz für den Verbraucher geboten, der gegen die Zusendung von unerwünschten Werbemails machtlos ist. Die Mails sind in diesen Fällen nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG unzulässig.

Das Kammergericht Berlin hat mit Urteil vom 24. Januar 2014, Az. 5 U 42/12, durchblicken lassen, dass die Tell-a-Friend-Funktion unter bestimmten Voraussetzungen rechtskonform zur Verfügung gestellt werden kann. Entscheidende Voraussetzung ist dabei, dass die Nachricht sich für den Adressaten als private Nachricht seines Freundes, der den Versand initiiert hat, darstellt, und nicht als kommerzielle Kommunikation des Anbieters der Tell-a-Friend-Funktion. Im vorliegenden Fall ging es um die Funktion „Freunde finden“ von Facebook. Dabei wurden im Namen eines Facebook-Nutzers E-Mails, die zur Nutzung von Facebook einladen, an sämtliche E-Mail-Adressen im E-Mail-Adressbuch des Facebook-Nutzers, die noch nicht Mitglied bei Facebook waren, versandt. Anders als im oben angesprochenen BGH-Urteil vom 12. September 2013 war als Absender nicht das beworbene Unternehmen, sondern der Facebook-Nutzer genannt. Nach Ansicht des Kammergerichts Berlin handelt es sich nicht um E-Mail-Werbung des beworbenen Unternehmens, wenn dieses lediglich technische Hilfe beim Versand leistet. Nach Ansicht des Gerichts sind die mittels der Tell-a-Friend-Funktion versandten E-Mails dem Nutzer zuzurechnen, wenn dieser den Versand der E-Mails eigenverantwortlich und in Kenntnis aller Umstände des Versandes initiiert. Im vom Kammergericht Berlin entschiedenen Fall mangelte es aber genau an dieser Kenntnis aller Umstände. Facebook hat dem Nutzer nicht klar mitgeteilt, dass eine Einladungs-E-Mail in seinem Namen an sämtliche E-Mail-Adressen in seinem E-Mail-Adressbuch, die noch nicht Mitglied bei Facebook sind, versandt werden würden. Aufgrund dieser mangelnden Transparenz der Gestaltung der Tell-a-Friend-Funktion sah das Gericht die Verantwortlichkeit für den Versand der E-Mails

bei Facebook. Der BGH hat das Urteil bestätigt (Urt. v. 14. Januar 2016, Az. I ZR 65/14), die Entscheidungsgründe liegen jedoch derzeit (Stand Mai 2016) noch nicht vor, so dass nicht klar ist, ob der BGH sich mit der Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit der Tell-a-Friend-Funktion weiter auseinandergesetzt hat.

2.11 Dokumentation der Einwilligung

Unabhängig von dem verwendeten Verfahren ist die Einwilligungserklärung umfassend dauerhaft für die komplette Nutzungsdauer der E-Mail-Adresse zu dokumentieren, wobei die Nachweis-Anforderungen des BGH (Urt. v. 10. Februar 2011, I ZR 164/09) bei der Protokollierung zu berücksichtigen sind. Im Streitfall muss der Versender einer Werbe-E-Mail mindestens die folgenden Details darlegen können:

- › Inhalt der Einwilligungserklärung und Angaben zur Ausgestaltung (wie wurde die Einwilligung erklärt: aktiv und separat?)
- › Zeitpunkt der Einwilligungserklärung
- › IP-Adresse des Einwilligenden zum Zeitpunkt der Einwilligung (bei dynamischen IP-Adressen hat die IP-Adresse natürlich nur einen sehr begrenzten Beweiswert)
- › ggf. Versandzeitpunkt der Einladung-E-Mail (bei Double-Opt-In)
- › Inhalt der Einladung-E-Mail (bei Double-Opt-In)
- › Zeitpunkt der Bestätigung der Einwilligung (bei Double-Opt-In)

Bei einer im persönlichen Kontakt erklärten Einwilligung kann unter Umständen neben der schriftlichen Bestätigung auf den Erklärungsempfänger als Zeugen zurückgegriffen werden. Dessen Aussage muss im Falle einer

(gerichtlichen) Auseinandersetzung für glaubhaft gehalten werden. Hieran bestehen Zweifel, wenn der Kontakt längere Zeit zurückgelegen hat und im Rahmen einer Vielzahl von Kontakten, beispielsweise bei einer Messe, erfolgt ist. Darüber hinaus ist auch nicht sichergestellt, dass die Kontaktperson tatsächlich der später Beworbene ist. Auch hier bieten sich die Durchführung eines - entsprechend angepassten - Double-Opt-In-Verfahrens an.

2.12 Ausnahme vom Opt-In: E-Mail-Werbung bei bestehender Kundenbeziehung

Für E-Mail-Werbung im Rahmen bestehender Kundenbeziehungen sieht der Gesetzgeber in § 7 Abs. 3 UWG eine Erleichterung vor. Normalerweise benötigt der Werbetreibende die bewusste und eindeutige Erlaubnis des Adressaten, um Werbe-E-Mails zuzusenden zu dürfen (so genanntes Opt-In). Bei einer bestehenden Kundenbeziehung allerdings dürfen dem Kunden Werbe-E-Mails zugesendet werden, wenn der Kunde dieser Zusage nicht widersprochen hat (so genanntes Opt-Out). Diese Ausnahmeregelung hat jedoch bestimmte formale Voraussetzungen, weswegen man auch von einem „qualifizierten Opt-Out¹“ spricht.

Im Einzelnen sehen diese Voraussetzungen wie folgt aus:

- › Der Versender muss die E-Mail-Adresse des Kunden „im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden“ erhalten haben.

1 Grundsätzlich gilt in Deutschland wie bereits erläutert stets das Opt-In-Verfahren.

Lediglich beim Vorliegen der strengen Voraussetzungen von § 7 III spricht man ausnahmsweise von einem sogenannten (qualifiziertem) Opt-Out oder einem Soft-Opt-In.

- › Zudem muss der Kunde „bei der Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen“ worden sein, dass er der Verwendung seiner E-Mail-Adresse für Werbung jederzeit widersprechen kann,
- › „ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen“ – und der Kunde darf natürlich nicht widersprochen haben.
- › In den anschließend an den Kunden gesendeten E-Mails dürfen ausschließlich „eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen“ beworben werden.

Das Gesetz sagt eindeutig, dass der Kunde seine E-Mail-Adresse dem Werbetreibenden im Rahmen des Bestellprozesses selbst mitteilen muss. Es ist demnach nicht ausreichend, wenn der Werbetreibende die E-Mail-Adresse des Kunden anderweitig erhalten oder herausgefunden hat.

Heiß diskutiert ist die Frage, ob der Verkaufsvorgang tatsächlich abgeschlossen worden sein muss, um die E-Mail-Adresse für E-Mail-Werbung nutzen zu dürfen. Relevant wird diese Frage beispielsweise bei Anfragen von Interessenten und im Online-shop bei so genannten Shop-Abbrechern, die im Laufe des Bestellprozesses eine Ware in den Warenkorb legen und ihre E-Mail-Adresse angeben, dann aber den Bestellvorgang abbrechen. Ist in solchen Fällen die gesetzliche Anforderung „im Zusammenhang mit dem Verkauf“ bereits erfüllt oder muss es definitiv zum Vertragsabschluss kommen?

Während es in vielen anderen europäischen Ländern unstrittig ist, dass Vertragsverhandlungen ausreichend sind, um sich auf die Ausnahmeregelung berufen zu können,

herrscht hierzu in Deutschland herzliche Uneinigkeit. Auf der einen Seite stehen die Befürworter eines möglichst weitreichenden Schutzes vor belästigender E-Mail-Werbung, die eine enge Auslegung der Ausnahmeregelung propagieren und den Abschluss des Verkaufsvorgangs als zwingend ansehen. Hierfür spricht auch der Wortlaut von § 7 Abs. 3 UWG, der explizit von KUNDE spricht. Auf der anderen Seite wird angeführt, dass ein Interessent, der im Rahmen eines Bestellprozesses freiwillig seine E-Mail-Adresse angegeben hat und darauf hingewiesen wurde, dass er zukünftig E-Mail-Werbung erhalten wird, wenn er nicht widerspricht, nicht sonderlich schutzbedürftig sei.

Bei der Nutzung von E-Mail-Adressen, die „im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung“ erhoben wurden, bleibt damit ein rechtliches Restrisiko, wenn dieser Verkauf nicht endgültig abgeschlossen wurde. Ein abschließendes Gerichtsurteil, das diese Frage eindeutig beantwortet, gibt es (soweit ersichtlich) nicht.

Um den Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 3 UWG zu eröffnen, muss es sich um ein entgeltliches Rechtsgeschäft handeln. Bei einer unentgeltlichen Dienstleistung, beispielsweise der kostenlosen Mitgliedschaft bei einer Internetplattform, sind die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG nicht erfüllt.

Eine Weitergabe der E-Mail-Adresse an andere Unternehmen, auch an Konzernunternehmen, scheidet auf jeden Fall aus. Auch eine Nutzung der Adresse zu Werbezwecken für andere Unternehmen ist nicht zulässig. Der Werbetreibende darf dem Kunden zudem nur E-Mail-Werbung für „eigene ähnliche

Waren oder Dienstleistungen" zusenden. Hier stellt sich die Frage, was unter dieser abstrakten Formulierung zu verstehen ist. Die geforderte Ähnlichkeit zwischen der erworbenen Ware und den Waren, die anschließend beworben werden dürfen, bestimmt sich aus Sicht des Kunden. Anhand des bisherigen Einkaufs muss sich der Werbetreibende die Frage stellen, für welche weiteren ähnlichen Waren der Kunden sich vermutlich noch interessieren könnte.

Nach der Rechtsprechung ist für die Ähnlichkeit der Waren entscheidend, ob die beworbene Ware dem gleichen typischen Verwendungszweck oder Bedarf des Kunden entspricht wie die bereits gekaufte. Dienen beide Waren dem gleichen typischen Verwendungszweck, ist die Ähnlichkeit gegeben. Dabei werden auch Zubehör und Ergänzungswaren von der Rechtsprechung noch als „ähnlich“ anerkannt, auch wenn die Rechtsprechung grundsätzlich von einer engen Auslegung des Ausnahmetatbestands ausgeht.

Wenn ein Kunde beispielsweise französischen Rotwein bestellt, wird er sich sicher auch für Weine aus Österreich oder anderen Ländern interessieren – man darf ihn dazu also informieren. Auch die Information über Zubehör zu der ursprünglich erworbenen Ware sollte problemlos unter die Ausnahmeregelung fallen. Spezialisierte Onlinehändler, die lediglich Waren aus einem bestimmten Segment anbieten, werden die Ausnahmeregelung daher besser nutzen können als ein Versandhändler mit einem umfassenden Warenspektrum, der in seinem Newsletter unspezifisch Waren aus sämtlichen Bereichen bewirbt.

Wenn der Werbetreibende im Rahmen seines Onlineshops ein „aktives Opt-In“ nutzt, bei

dem der Kunde eine Checkbox anklicken muss, um zukünftig Ihren Newsletter zu erhalten, kann er diese Checkbox ausnahmsweise „vorangeklickt“ in den Bestellprozess integrieren, wenn es sich um die Zusendung von eigenen, ähnlichen Produkten im Rahmen der oben dargestellten Kundenbeziehung handelt. Dabei muss immer darauf hingewiesen werden, dass der Zusendung von Werbe-E-Mails jederzeit widersprochen werden kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

Der Nutzer muss in diesem Fall aktiv werden und die Checkbox „deaktivieren“, wenn er keine Werbe-E-Mail bezüglich eigener, ähnlicher Produkte erhalten möchte. Mit einer solchen Umstellung wird sich erfahrungsgemäß mindestens eine Verdopplung der Conversion erzielen lassen. Der Werbetreibende muss dann aber natürlich die Beschränkung der Werbung auf „eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen“ beachten. Möchte er die auf diese Weise gewonnenen Adressen für den Newsletter-Versand nutzen, darf dieser nur artverwandte Waren bewerben.

Eine noch wesentlich höhere Conversion dürfte z. B. ein Reiseveranstalter erzielen, der den folgenden Text in seinen Bestellprozess integriert:

Wir schicken Ihnen ihre Buchungsbestätigung an Ihre angegebene E-Mail-Adresse. Zudem erhalten Sie von uns im Zusammenhang mit Ihrer Buchung neben der Buchungsbestätigung noch weitere auf Ihre Reise abgestimmte E-Mails mit Informationen und Angeboten rund um Ihre Reise. Dieser Zusendung können Sie jederzeit durch eine E-Mail an unsubscribe@xyz.de widersprechen, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den

Basistarifen entstehen. Nach Erhalt ihres Widerspruchs werden wir die Zusendungen unverzüglich einstellen.

Diese Gestaltung garantiert eine nahezu hundertprozentige Conversion, allerdings sollte sich die anschließende werbliche Kommunikation auch hier inhaltlich unbedingt auf Informationen beschränken, die tatsächlich auf die konkret gebuchte Reise beschränkt sind. Zudem ist zu beachten, dass nur „eigene Produkte“ beworben werden dürfen.

Der Hinweis auf das Widerspruchsrecht muss unmittelbar bei Erhebung der E-Mail-Adresse erfolgen, also in dem Moment, in dem der Kunde dem Werbetreibenden seine E-Mail-Adresse mitteilt. Bestandskunden, die bei Angabe ihrer E-Mail-Adresse nicht auf das Widerspruchsrecht hingewiesen wurden, können dem entsprechend nicht einfach nachträglich per E-Mail darauf hingewiesen werden. Man muss sie vielmehr dazu bringen, ihre E-Mail-Adresse nochmals mitzuteilen und sie dann dabei auf das Widerspruchsrecht hinweisen. Hierzu kann den Kunden beispielsweise nachträglich eine (unter Umständen auch unentgeltliche) Zusatzleistung angeboten werden, bei deren Bestellung dann die E-Mail-Adresse anzugeben ist. Erschwert wird die Nachqualifizierung allerdings durch die Tatsache, dass die Bestandskunden nicht per E-Mail auf die Zusatzleistung hingewiesen werden dürfen. Hier sind alternative Wege der Kontaktaufnahme, beispielsweise über die Website, postalisch oder im Rahmen von Transaktionsmailings zu wählen.

2.13 Werbung in Transaktions-E-Mails

Transaktions-E-Mails sind E-Mails, die ein Unternehmen im Rahmen der Erfüllung eines Vertrages versendet, beispielsweise Auftragsbestätigungen, Versandbestätigungen oder Rechnungen. Für solche Transaktions-E-Mails benötigt der Versender selbstverständlich keine Einwilligung des Adressaten. Aus Marketing-Sicht bietet es sich an, in solchen Transaktions-E-Mails auch gleich für weitere Produkte und Dienstleistungen des Versenders zu werben, da Werbung in Transaktions-E-Mails überdurchschnittliche Conversionsraten aufweist.

Die große Frage dabei ist: Dürfen Transaktions-E-Mails Werbung enthalten, wenn der Adressat nicht in die Zusendung von Werbe-E-Mails eingewilligt hat und wenn auch die Voraussetzungen der Ausnahme für E-Mail-Marketing bei bestehenden Kundenbeziehungen (siehe 2.12) nicht vorliegen?

Für Werbe-E-Mails benötigt man die Einwilligung des Adressaten, weil eine „unzumutbare Belästigung“ durch massenhafte unerwünschte Werbung vermieden werden soll. Die „unzumutbare Belästigung“ liegt nach Ansicht des Gesetzgebers darin, dass der Adressat gezwungen wird, sich mit jeder E-Mail, die er erhalten hat, zu befassen und diese, so es sich um unerwünschte Werbung handelt, zu löschen. Diese „unzumutbare Belästigung“ kann aber bei einer Transaktions-E-Mail gar nicht vorliegen. Der Adressat erhält die Transaktions-E-Mail, also beispielsweise die Versandbestätigung, in jedem Fall und muss sich mit ihr befassen, unabhängig davon, ob diese begleitend auch werbliche Inhalte enthält oder nicht.

Anders ist jedoch der Fall, wenn sich in den Transaktions-E-Mails Werbung versteckt, auch wenn sie nur begleitend erscheint. Spätestens wenn der Adressat der Zusendung von Werbung ausdrücklich widersprochen hat, ist die Zusendung von Werbung in an sich zulässigen Transaktions-E-Mails in jedem Fall rechtswidrig. Der BGH hat in diesem Kontext mit Urteil vom 15. Dezember 2015, Az. VI ZR 134/15, entschieden, dass Werbung in einer Auto-Reply-E-Mail, beispielsweise der automatisierten Bestätigung des Eingangs einer E-Mail, rechtswidrig ist, wenn der Adressat zuvor ausdrücklich der Zusendung von E-Mail-Werbung widersprochen hat. Im konkreten Fall hatte der Kläger per E-Mail seinen Vertrag mit der beklagten Versicherung gekündigt. Er erhielt daraufhin eine automatisierte Empfangsbestätigung per E-Mail, in der am Ende kurz auf einen Unwetterwarnservice der Versicherung hingewiesen wurde. Der Kläger wandte sich daraufhin erneut per E-Mail an die Versicherung und erklärte ausdrücklich, dass er mit der Zusendung der in der automatisierten Empfangsbestätigung enthaltenen Werbung nicht einverstanden sei. Auf diese E-Mail sowie auf eine weitere E-Mail mit einer Sachstandsanfrage eine Woche später erhielt er erneut die automatisierte Empfangsbestätigung mit dem Hinweis auf den Unwetterwarnservice.

Der BGH hat dazu entschieden, dass zumindest die letzte Empfangsbestätigung-E-Mail der Versicherung rechtswidrig war.² Zum einen stellte der Hinweis auf den

² Kurze Erläuterung: Der BGH stellte hierbei auf die Anspruchsgrundlage §§ 1004, 823 BGB ab, da der Kläger als Privatmensch kein Anspruchsinhaber aus UWG war. Der BGH stellt in seinem Urteil fest, dass jede Werbung ohne Einwilligung eine unzumutbare Belästigung (UWG) darstelle. Inwieweit ein Verstoß gegen den im Urteil genannten Art. 13 EU-DS_RiLi im Rahmen des § 823 BGB erheblich ist, lässt der BGH leider offen. Hieraus darf jedoch nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass Werbung in Transaktionsmails bis zum Widerspruch unproblematisch ist.

Unwetterwarnservice nach Ansicht des BGH Werbung dar (zum Werbebegriff siehe auch oben unter Ziffer 2.2). Und zum anderen wurde diese Werbung gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Adressaten versandt – und stellte damit eine unzumutbare Belästigung des Adressaten dar.

2.14 Feedbackanfragen nach Kauf

Das Feedback der Kunden ist für viele Unternehmen äußerst wertvoll, um ihr Angebot zu verbessern und den Bedürfnissen des Marktes anzupassen. Zudem werden Kundenbewertungen immer mehr zur Grundlage für Kaufentscheidungen. Immer mehr Anbieter versenden deshalb nach Abschluss eines Kaufes E-Mails mit der Bitte um eine Bewertung und um Feedback des Kunden.

Sind solche Feedbackanfragen nach Kauf aber auch zulässig, wenn der Adressat nicht in die Zusendung von Werbe-E-Mails eingewilligt hat und wenn auch die Voraussetzungen der Ausnahme für E-Mail-Marketing bei bestehenden Kundenbeziehungen (siehe oben) nicht vorliegen?

Die entscheidende Frage dabei ist, ob es sich bei Feedbackanfragen um Werbung handelt. Dies hat das LG Coburg verneint (Urt. v. 17. Februar 2012, Az. 33 S 87/11). Eine einmalige Feedbackanfrage per E-Mail soll demnach keine Werbung sein, sondern vorrangig „Kundenservice, der der Verbesserung der Abläufe und dem Abstellen von Mängeln dienen soll“. Des Weiteren seien Feedbackanfragen inzwischen auch allgemein üblich. Eine Werbeeinwilligung des Adressaten sah das Gericht daher nicht als erforderlich an. Dieses Urteil wurde, mit zum Teil guten Argumenten, heftig kritisiert. Es ist auch keineswegs sicher, dass

andere Gerichte im Ernstfall ebenso entscheiden würden. Rechtlich auf der sicheren Seite ist man daher, wenn man die formalen Anforderungen der Ausnahme bei E-Mail-Marketing bei bestehenden Kundenbeziehungen (siehe oben) erfüllt.³

2.15 Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung der gesetzlichen Anforderungen

Im Fall einer gerichtlichen Auseinandersetzung über die Zulässigkeit der Zusendung der Werbe-E-Mail trägt der Versender im Sinne von § 13 Abs. 2 TMG, § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG, § 28 Abs. 3a BDSG die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Einwilligung von dem konkreten Inhaber der verwendeten E-Mail-Adresse tatsächlich erteilt wurde. Die bloße Darlegung, dass eine Einwilligung in die Zusendung von Werbe-E-Mails an eine bestimmte E-Mail-Adresse gegeben wurde, ist nicht ausreichend, wenn der Versender nicht beweisen kann, dass die Einwilligung tatsächlich vom Inhaber der verwendeten E-Mail-Adresse stammt. Mindestvoraussetzungen sind der Einwilligungstext zum Zeitpunkt der Datenerhebung, Datum und Uhrzeit, Einwilligungsource (siehe Kapitel 2.11).

Derzeit gibt es immer häufiger Empfänger, die sich gegen unverlangte Werbe-E-Mails zur Wehr setzen. So verzeichnete die eco-Beschwerdestelle im Jahr 2015 über 190.000 auf E-Mail bezogene Nutzerbeschwerden.

Gerichtliche Streitigkeiten, die die Rechtmäßigkeit des Versands von Werbe-Mails zum Gegenstand haben, sind zwar nicht sehr häufig, denn in der Regel versuchen sich die

Parteien außergerichtlich zu einigen. Bei einem außergerichtlichen Verfahren entstehen auch Kosten, jedoch sind diese im Vergleich zu einem Gerichtsverfahren noch überschaubar. Hierunter fallen z.B. Abmahn- und Anwaltskosten sowie Schadensersatzforderungen.

Wenn es zu einem Gerichtsverfahren kommen sollte, muss der Versender von Werbe-E-Mails im Falle des Verlierens mit hohen Kosten rechnen:

Die Kosten eines Gerichtsverfahrens bemessen sich nach dem jeweiligen Streitwert, der durch den zuständigen Richter festgesetzt wird. Der Streitwert kann von 100 Euro bis zu über 30.000 Euro (BGH I ZR 38/10) betragen und kann je nach Einzelfall und gerichtlicher Instanz variieren. Bei einem Streitwert von 30.000 Euro können dem Versender Anwaltskosten, Gerichtskosten sowie eine Schadensersatzsumme in Höhe von insgesamt über 5.000 Euro entstehen. Wenn sich nun beispielsweise bereits vier Empfänger von unverlangten Werbe-E-Mails gerichtlich gegen den Versender wenden, könnten ihm Kosten bis zu 20.000 Euro entstehen.

Darüber hinaus können Versender von unrechtmäßigen Werbe-E-Mails auf Unterlassung der rechtswidrigen Handlung verurteilt werden. In diesem Fall drohen die Gerichte zusätzlich ein Ordnungsgeld in Höhe von bis zu 250.000 Euro für jeden Fall der Zuwiderhandlung an, sofern dies seitens des Klägers beantragt wurde.

Es empfiehlt sich daher alle Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Versand von Werbe-E-Mails einzuhalten, um keinen hohen Gerichtskosten sowie Schadensersatzforderungen ausgesetzt zu sein.

³ Nach Redaktionsschluss erfolgte folgendes Urteil, welches Feedbackanfragen als unzulässige Werbung klassifizieren, vgl. OLG Dresden, 24.04.2016, 14 U 1773/13

3. Die Abbestellung

3.1 Können E-Mails problemlos abbestellt werden?

Wer Werbe-E-Mailings versendet, ist verpflichtet, den Empfängern die Möglichkeit zu geben, sich aus dem Verteiler auszutragen, und auf diese Möglichkeit deutlich hinzuweisen (§ 28 Abs. 4 BDSG, § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG, § 13 Abs. 2 Nr. 4 TMG, § 13 Abs. 3 TMG). Die beste Variante ist ein Abbestell-Link direkt in der E-Mail. Nach dem Klick muss die Austragung zeitnah erfolgen.

Der Hinweis auf die Abbestellmöglichkeit muss bereits beim Einholen der Einwilligung vorliegen.

Der Gesetzgeber schreibt vor, dass der Dienstanbieter dem Nutzer die Möglichkeit gibt, seine Einwilligung zur Verwendung seiner Daten bzw. seines Opt-In jederzeit zu widerrufen (§ 13 TMG, § 28 Abs. 4 BDSG). Außerdem verlangt der Gesetzgeber explizit, dass der Hinweis auf dieses Recht dem Nutzer zwingend vor der Erklärung der Einwilligung gegeben werden muss (§ 13 Abs. 3 TMG).

Es reicht daher nicht aus, den Hinweis in einem Newsletter mit Abmeldelink unterzubringen. Schon bei der Registrierung fordert der Gesetzgeber einen entsprechenden Hinweis.

Vordergründig erscheint diese Formalie unerheblich und geradezu selbstverständlich. Zumal dem Nutzer durch diesen Hinweis auch die Angst genommen wird, seine Einwilligung „lebenslanglich“ zu geben. Dennoch gelingt es noch längst nicht allen

Unternehmen, dieser Forderung des Gesetzgebers gerecht zu werden.

Weil ein solcher Hinweis auch Vertrauen erzeugt, sollte diese Chance genutzt und den Empfängern versichert werden, dass sie den Newsletter jederzeit (mit nur einem Mausklick) abbestellen können.

Formulierungsbeispiele:

- › Sie können den Newsletter jederzeit mit Wirkung für die Zukunft bequem mit einem einzigen Mausklick abbestellen.
- › In jedem Newsletter bieten wir Ihnen die Möglichkeit, Ihr Abonnement zu kündigen.
- › Jeder Newsletter enthält einen Abmeldelink, über den Sie sich jederzeit per Mausklick selbstständig wieder austragen können.
- › Sie können der Verwendung Ihrer Daten für Werbezwecke jederzeit widersprechen.

Die Umsetzung des Widerspruchs gegen die weitere Verarbeitung oder Nutzung der Kontaktdaten eines Betroffenen für Werbung muss in dem betreffenden Unternehmen unverzüglich erfolgen, § 28 Abs. 4 S. 1 BDSG.

Die Abbestellmöglichkeit muss bei jeder Werbe-E-Mail vorliegen.

Es ist rechtlich vorgeschrieben, dass in jeder Werbe-E-Mail eine Abmeldemöglichkeit zur Verfügung gestellt und auf diese hingewiesen wird (§ 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG, § 7 Abs. 3 UWG, § 13 Abs. 2 Nr. 4 TMG und § 28 Abs. 4 BDSG).

§ 28 Abs. 4 BDSG lautet:

Widerspricht der Betroffene bei der verantwortlichen Stelle der Verarbeitung oder Nutzung seiner Daten für Zwecke der Werbung

oder der Markt- oder Meinungsforschung, ist eine Verarbeitung oder Nutzung für diese Zwecke unzulässig. Der Betroffene ist bei der Ansprache zum Zweck der Werbung [...] über die verantwortliche Stelle sowie über das Widerspruchsrecht [...] zu unterrichten;

Das bedeutet: Der (spätere) Empfänger muss auf sein Widerspruchsrecht hingewiesen werden. Sobald er mitteilt, dass er keine weiteren E-Mails vom versendenden Unternehmen erhalten möchte, muss sichergestellt werden, dass er von zukünftigen Mailings ausgeschlossen wird. Der Verstoß gegen einen Widerspruch nach § 28 Abs. 4 BDSG kann mit einem Bußgeld bis 300.000 Euro geahndet werden (§ 43 Abs. 2 Nr. 5b BDSG, § 43 Abs. 3 BDSG).

Es gibt mehrere Möglichkeiten, den Empfänger auf sein Widerspruchsrecht hinzuweisen. Allerdings sind nicht alle empfehlenswert.

Der beste und nutzerfreundlichste Weg ist ein Abbestell-Link in jeder versendeten E-Mail. Dieser Link befindet sich meist ganz unten.

Ein Beispiel:

Wenn Sie unseren Newsletter nicht mehr erhalten möchten, klicken Sie einfach hier: [Newsletter abbestellen](#)

Jede professionelle E-Mail-Marketinglösung stellt sicher, dass jeder Nutzer, der auf diesen Link klickt, automatisch keine weiteren E-Mails mehr erhält.

Nach dem Klick auf den Link sollte der Nutzer auf eine Seite gelangen, auf der die Austragung aus dem Verteiler bestätigt wird.

Formulierungsbeispiel:

Wir haben Sie aus unserem Verteiler gestrichen. Sie werden keine weiteren E-Mails von uns erhalten.

Es ist nicht nötig, dem Nutzer die Abmeldung per E-Mail zu bestätigen. Vielmehr ist es so, dass diese weitere E-Mail vom Nutzer schon als unzumutbare Belästigung verstanden werden kann, da er dem werbetreibenden Unternehmen gerade die Erlaubnis zur Zusendung weiterer E-Mails entzogen hat.

Keinesfalls zum Einsatz kommen sollten Prozesse, die dem Nutzer die Abmeldung erschweren, wie das sogenannte „Double-Opt-Out“, bei dem der Nutzer nach der Abmeldung eine E-Mail erhält, die ihn auffordert, die Abmeldung per Klick auf einen Link zu bestätigen.

Die Erfahrung zeigt, dass ein nicht zu unterschätzender Anteil der Nutzer diesen Link nicht anklickt: Eventuell ist gerade diese E-Mail fälschlicherweise im Spamfilter hängen geblieben oder der Nutzer hat die E-Mail für eine reine Abmeldebestätigung gehalten, ohne sie genauer zu lesen – es gibt viele mögliche Gründe.

Fakt ist aber, dass der Nutzer in diesem Fall den betreffenden Newsletter weiterhin erhalten wird. Das führt sehr schnell zu Verärgerung – nicht unbedingt das, was man mit einem Newsletter eigentlich erreichen möchte.

Einige E-Mail-Marketinglösungen bieten die Verwendung von automatischen Abbestell-Links nicht an. Hier wird die Abbestellung per E-Mail realisiert. Es existieren zwei gebräuchliche Varianten.

Beispiel Variante 1:

Um unseren Newsletter abzubestellen, antworten Sie auf diese E-Mail und schreiben Sie „Abbestellung“ in die Betreffzeile.

Beispiel Variante 2:

Wenn Sie keine weiteren E-Mails von uns erhalten möchten, senden Sie bitte eine leere E-Mail an unsubscribe-635094235835@firmenname.de

In beiden Fällen analysiert die E-Mail-Marketinglösung die eingehenden Mails und streicht die entsprechenden Empfänger aus dem Verteiler.

Abmeldungen per E-Mail werden auch für das sogenannte „List-Unsubscribe“ verwendet. Leider ist dies noch kein Standard und so bieten erst einige E-Mail-Programme und Webmailer ihren Anwendern diesen zusätzlichen Service an. Die Funktionsweise ist denkbar einfach. Der Versender integriert den Abmelde-Link nicht nur in den Inhalt seines Newsletters, sondern hinterlegt diesen zusätzlich im E-Mail-Header. Das E-Mail-Programm bzw. der Webmailer stellt dann eine extra Schaltfläche zur Abmeldung bereit. Klickt der Empfänger darauf, wird im Hintergrund automatisch eine E-Mail an eine vom Absender dafür vorgesehene E-Mail-Adresse gesendet und die Abmeldung vorgenommen. Vorteil dieser Variante: Die Schaltfläche zur Abmeldung hat einen festen Platz im E-Mail-Programm und gilt für Newsletter aller Absender, welche die „List-Unsubscribe“-Methode unterstützen. Eine Suche nach dem Abmelde-Link im Newsletter entfällt somit.

Ergänzend muss die Möglichkeit bestehen, auch Abmeldungen über andere Wege korrekt zu verarbeiten. Sendet ein Nutzer also

eine formlose E-Mail, in der er um Löschung bittet, so sollte gewährleistet sein, dass diese Anfrage zeitnah gelesen und bearbeitet wird.

Wer über ein Callcenter bzw. eine Hotline mit seinen Kunden in Kontakt steht, muss sicherstellen, dass auch Abmeldungen, die hier telefonisch eingehen, zügig verarbeitet werden und nicht etwa „untergehen“.

Nicht empfehlenswert (bzw. allerhöchstens als Ergänzung geeignet) ist die Variante, auf der Website zusätzlich zum Anmeldeformular auch ein Abmeldeformular anzubieten, in das der Nutzer seine E-Mail-Adresse einträgt. Grund: Viele Nutzer lassen sich ihre E-Mails von einem Mailaccount auf den Anderen umleiten und wissen im Zweifel nicht mehr, mit welcher ihrer unterschiedlichen E-Mail-Adressen sie sich angemeldet haben. Einige Nutzer werden deshalb nicht in der Lage sein, sich abzumelden, was Frustrationspotential birgt.

Es geht aber noch schlimmer.

Worst Practice/Negativbeispiel

Um den xyz-Newsletter abzubestellen, loggen Sie sich bitte mit Ihrem Benutzernamen und Passwort unter www.xyz.de ein. Gehen Sie dann in den Bereich „Mein Profil“ und entfernen Sie in der Rubrik „E-Mail-Einstellungen“ das Häkchen bei „Newsletter“.

Ein solches Vorgehen ist erstens kompliziert und zweitens hat mit hoher Wahrscheinlichkeit ein nicht zu unterschätzender Prozentsatz der Nutzer seine ursprünglichen Registrierungsdaten schon längst vergessen.

Checkliste

- ✓ Wurde vor Erteilung der Einwilligung auf die Abbestellmöglichkeit hingewiesen?
 - Ja Nein
- ✓ Wird in allen Online- und Offline-Formularen auf die Abbestellmöglichkeit hingewiesen?
 - Ja Nein
- ✓ Enthält jede werbliche E-Mail eine Abbestellmöglichkeit?
 - Ja Nein
- ✓ Ist die Abmeldung ohne Umwege möglich (Verzicht auf Double-Opt-Out bzw. Login-Zwang)?
 - Ja Nein
- ✓ Wird die Adresse nach der Abmeldung zeitnah aus dem Verteiler gelöscht?
 - Ja Nein
- ✓ Ist sichergestellt, dass auch Abmeldungen, die über andere Kanäle eingehen, zügig bearbeitet werden?
 - Ja Nein

3.2 Wird auf Anfragen und Beschwerden reagiert?

E-Mail-Werbung ist Dialogmarketing. Deshalb ist es besonders wichtig, dass Anfragen und Beschwerden rasch beantwortet werden. Gerade weil E-Mail-Marketing ein so schnelles Medium ist, darf man sich hier keine Nachlässigkeit erlauben. Üblich sind 24 Stunden.

Menschen, die sich beschweren oder zurückmelden, haben grundsätzlich ein großes Interesse am Unternehmen:

- Beschwerden können, wenn sie adäquat aufgenommen und bearbeitet werden, sogar in ihr Gegenteil (Ziel: ein zufriedener Kunde) umgekehrt werden.

- Rückmeldungen jeder Art dienen auch immer einem Verbesserungsprozess – was läuft gut im Unternehmen, was nicht?
- Rückmeldungen können konkrete Geschäfte anbahnen: Gerade bei E-Mails sind viele Menschen gewohnt, einfach auf „Antworten“ zu drücken. Diese Chance auf einen Dialog sollte ein Unternehmen nicht vergeben.

Rückläufer auf E-Mailings gehen in einem Unternehmen auf mehreren Wegen ein:

1. Bei jedem E-Mail-Versand gibt es Rückläufer – Urlaubsmeldungen und sonstige Autoresponder (z. B. „Ich habe die Abteilung gewechselt, zuständig ist jetzt Herr Müller“), Unzustellbarkeitsmeldungen, Eingangsbestätigungen, „echte“ Antworten, usw.
2. „Echte“ E-Mail-Antworten, die über die veröffentlichte Support-E-Mail-Adresse eingehen.
3. Antworten auf anderem Wege wie Telefon, Fax, Brief oder Anwalt.

Praktisch alle modernen E-Mail-Marketinglösungen filtern Urlaubsmeldungen, Bounces, etc. automatisch aus und bearbeiten diese E-Mails weiter (z. B. werden Bounces für den weiteren Versand gesperrt). Die Herausforderung in diesem Fall ist, „echte“ Rückläufer auszusieben. Dies kann manuell oder automatisch geschehen. Keinesfalls darf der Inhalt des Postfaches für die „reply-to“-Adresse einfach gelöscht werden.

Die auf diese Weise gefilterten „echten“ Antworten können nun genauso wie die Antworten, die über die normale Support-E-Mail-Adressen eingehen, bearbeitet werden. Empfehlenswert dafür sind Textbausteine,

die Antworten auf die üblichen Standardfragen geben. Um die Prozesse bei der Beantwortung von teilweise mehreren 10.000 E-Mails binnen kurzer Zeit handhabbar zu machen, gibt es spezielle Response-Management-Systeme. Eine „Glaubensfrage“ dabei ist, ob man vollautomatisch arbeitenden Systemen mit „künstlicher Intelligenz“ oder doch eher „regelbasierten Systemen“, die die Callcenter-Agents zwar unterstützen, aber nicht ersetzen, den Vorzug geben sollte. Generell reagieren Kunden eher unwirsch, wenn Sie eine (offensichtlich) automatisch generierte Antwort erhalten. Je präziser auf das Thema der Frage eingegangen wird, desto eher die Wahrscheinlichkeit eines zufriedenen Kunden.

In seltenen Fällen rufen Empfänger an. Entscheidend ist dann, dass die Callcenter Agents Zugriff auf die E-Mail-Datenbank haben, um wenigstens die wichtigsten Fragen („Woher haben Sie meine Adresse?“, „Schicken Sie mir keine weiteren E-Mails zu!“) abschließend beantworten zu können.

Entscheidend ist in beiden Fällen (der elektronischen Rückmeldung wie auch der Rückmeldung auf sonstigen Wegen), dass die Prozesse für Antworten und Beschwerden festgelegt und dokumentiert sind. Von besonderer Bedeutung ist die Geschwindigkeit der Antwort – bei dem schnellen Medium E-Mail beträgt die Erwartungshaltung maximal 24 Stunden.

Checkliste:

- ✓ Ist in der E-Mail eine Support-Adresse genannt, an die man sich per E-Mail oder Telefon wenden kann?
 - Ja Nein

- ✓ Ist sichergestellt, dass die Absender/„reply-to“-Adresse funktioniert und die an sie gerichteten Meldungen nicht „ins Nirvana“ gehen?
 - Ja Nein
- ✓ Werden E-Mail-Rückläufer an die Absender-Adresse automatisch gefiltert und um Bounces/Urlaubsmeldungen bereinigt?
 - Ja Nein
- ✓ Werden „echte“ E-Mail-Rückläufer laufend entweder von einem KI-System oder von einem Mitarbeiter durchgesehen und entweder direkt beantwortet oder an die entsprechenden Stellen weitergeleitet?
 - Ja Nein
- ✓ Hat das Callcenter Zugriff auf die E-Mail-Datenbank, z. B. um sofortige Sperrung von Adressen vornehmen zu können?
 - Ja Nein
- ✓ Ist das Callcenter über die ausgehenden Mails informiert?
 - Ja Nein
- ✓ Bestehen Checklisten und Prozeduren, wie mit „kritischen“ Fällen umgegangen werden soll?
 - Ja Nein
- ✓ Gibt es Auswertungen zu Antwortzeit und Qualität/Antwort-Zufriedenheit?
 - Ja Nein
- ✓ Werden Anfragen/Beschwerden zeitnah beantwortet (üblich sind 24 Stunden)?
 - Ja Nein

4. Gestaltung des Newsletters

Auch bei der Gestaltung des Newsletters selbst sind einige rechtliche Anforderungen zu beachten.

4.1 Betreff

Kommerzielle Kommunikation per E-Mail muss immer klar als solche zu erkennen sein (§ 6 Abs. 2 des TMG). Durch den Betreff des Newsletters darf daher nicht verschleiert werden, dass es sich um eine E-Mail zu Werbezwecken handelt. Ein solches Verschleiern liegt vor, wenn der Absender den Betreff der E-Mail absichtlich so gestaltet hat, dass der Empfänger über den kommerziellen Charakter der E-Mail irreführt wird.

Die Gesetzesbegründung nennt als irreführende Betreffzeilen folgende Beispiele:

- › „Letzte Mahnung“
- › „Achtung, besonders dringend!“
- › „Ihr Strafverfahren Aktenzeichen XY“

Solche Betreffzeilen sollen dafür sorgen, dass möglichst viele Empfänger die E-Mail öffnen. Die Empfänger müssen aber davor geschützt werden, Werbe-E-Mails öffnen zu müssen, um festzustellen, ob die E-Mail relevante Inhalte enthält. Der Empfänger soll vielmehr schon anhand des Betreffs erkennen können, dass es sich um einen Newsletter mit Werbung handelt.

Das bedeutet jedoch nicht, dass der Begriff „Newsletter“ zwingend im Betreff genannt werden muss. Der kommerzielle Charakter eines Werbe-E-Mail ist auch bei anderen werbetypischen Formulierungen erkennbar.

Beispiele:

- › „Ihre Angebote der Woche“
 - › „Nur noch bis Sonntag – 20% Rabatt auf das gesamte Sortiment“
 - › „Jetzt günstige Frühlingsmode shoppen“
- Aus marketingtechnischer Sicht sollte der Newsletterbetreff möglichst knapp, präzise und ansprechend sein. Um den Newsletteradressaten noch individueller anzusprechen bietet sich auch eine persönliche Anrede im Betreff des Newsletters an.

Darüber hinaus sollte beim E-Mail-Marketing berücksichtigt werden, dass der Betreff der E-Mail durch SPAM-Filter geprüft wird. Daher sollten alle Begriffe und Formulierungen vermieden werden, die dazu führen können, dass der Newsletter im SPAM-Ordner landet.

Beispiele:

- › Sonderzeichen (z. B. \$!?)
- › DURCHGÄNGIGE GROBBUCHSTABEN
- › Kostenlos, gratis, Garantie
- › Bestellen Sie heute! Bestellen Sie jetzt!
- › Geld-zurück-Garantie
- › Poker, Casino, Gewinnchance

SPAM-Filter ändern sich ständig, um auch aktuelle SPAM-Wellen zu erfassen. Newsletter-Versender sollten daher im Zweifelsfall testweise prüfen, ob ihr Newsletter von den gängigen SPAM-Filtern möglicherweise aussortiert wird. Es gibt Anbieter, bei denen man kostenlos prüfen kann, ob der Newsletter als SPAM eingeordnet wird.

4.2 Inhalt

Auch beim Inhalt des Newsletters gilt, dass der kommerzielle Hintergrund klar erkennbar sein muss (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG). Zudem

muss der Absender identifizierbar sein (dazu unter 4.3). Wenn in dem Newsletter besondere Angebote zur Verkaufsförderung dargestellt werden (wie etwa Preisnachlässe, Zugaben oder Geschenke), müssen die Bedingungen für die Inanspruchnahme leicht zugänglich sowie klar und eindeutig angegeben werden (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 TMG).

Beispiel:

Ein Online-Shop XY bietet eine befristete Rabattaktion an. Er bewirbt diese Aktion im Newsletter mit dem Titel „*Super-Sommer-Sale bei XY – jetzt 20 % extra auf alle reduzierten Artikel*“.

Der Kunde muss in diesem Fall darüber aufgeklärt werden, unter welchen Bedingungen er den Rabatt in Anspruch nehmen kann, bis wann er befristet ist und ob ein Mindestbestellwert gilt. Auch über den Ausschluss einzelner Marken oder Artikel muss der Kunde informiert werden. Diese Informationen sollten idealerweise am Ende der E-Mail bereitgehalten werden und über einen Sternchenhinweis mit dem blickfangmäßig herausgestellten Angebot verbunden sein. Alternativ können die ergänzenden Hinweise auch über einen deutlich erkennbaren Link abrufbar gemacht werden.

Im oben genannten Beispiel könnte der Hinweis so aussehen: *„Gültig vom 15.-31.08.2016, gilt nur auf reduzierte Artikel, Mindestbestellwert 50 Euro, Marken A&B sind von der Aktion ausgeschlossen.“*

Auch bei Gewinnspielen oder Preisausschreiben gilt, dass der Werbecharakter klar erkennbar und die Teilnahmebedingungen leicht zugänglich sein müssen (§ 6 Abs. 1 Nr. 4 TMG).

Zudem gilt, dass auch ein Newsletter sämtliche Anforderungen anderer Gesetze erfüllen muss. Ein Newsletter ist nämlich eine geschäftliche Handlung, sodass insbesondere die Vorschriften des UWG berücksichtigt werden müssen.

Danach dürfen Werbeaussagen nicht irreführend sein (§ 5 UWG) oder den Verbraucher unzulässig beeinflussen (§ 4a UWG). Zudem darf Werbung nicht als Information bzw. redaktioneller Inhalt getarnt werden (Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 2 UWG). Wenn in der Werbung ein Mitbewerber erkennbar ist, sind die Regelungen über vergleichende Werbung (§ 6 UWG) zu beachten. E-Mail-Werbung muss daher grundsätzlich die gleichen Anforderungen erfüllen, wie Werbung, die über andere Wege verbreitet wird.

Werden im Newsletter Preise angegeben, ist darauf zu achten, dass die Vorschriften der Preisangabenverordnung (PangV) erfüllt werden. Danach muss bei jeder Preisangabe gegenüber Letztverbrauchern angegeben werden, dass die Umsatzsteuer im Preis enthalten ist. Auch etwaige Zusatzkosten, wie etwa Versandkosten, müssen deutlich angegeben werden. Zudem muss bei bestimmten Produkten ein Grundpreis angegeben werden (§ 2 PangV).

Werden in dem Newsletter urheberrechtlich geschützte Inhalte verwendet, ist darauf zu achten, dass die hierfür erforderlichen Nutzungsrechte eingeholt wurden. Dies gilt sowohl für Fotos oder Grafiken als auch für Texte.

Checkliste Inhalt:

- ✓ Kommerzieller Hintergrund ist klar erkennbar

- ✓ Bei Rabattaktionen, Zugaben oder Geschenken sind die Bedingungen leicht zugänglich sowie klar und eindeutig angegeben
- ✓ Bei Gewinnspielen und Preisausschreiben sind die Teilnahmebedingungen leicht zugänglich sowie klar und eindeutig angegeben
- ✓ Werbeaussagen sind nicht unlauter, z. B. irreführend
- ✓ Preisangaben genügen den gesetzlichen Vorschriften, z. B. Umsatzsteuer, Versandkosten, Grundpreisangaben
- ✓ Lizenzen an urheberrechtlich geschützten Inhalten wurden erworben

4.3 Identifikation des Absenders

Das Gesetz schreibt vor, dass der Absender des Newsletters klar identifizierbar sein muss (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 TMG). Gemeint ist damit nicht der tatsächliche Absender, sondern der Werbetreibende, in dessen Auftrag der Newsletter versendet wird. Es muss also nicht der Mitarbeiter Herr X., der für den Newsletterversand zuständig ist, identifiziert werden können, sondern das Unternehmen, in dessen Auftrag Herr X. den Newsletter versendet.

Unzulässig ist es, den Absender der E-Mail zu verschleiern oder zu verheimlichen (§ 6 Abs. 2 TMG). Die Gesetzesbegründung nennt hier als Beispiel, dass die Absenderangaben suggerieren, die Mail stamme von einer offiziellen Stelle, z. B. einer Behörde. Unzulässig ist es auch, gar keinen Absender zu nennen. Der Empfänger muss also wissen, wer den E-Mail-Versand veranlasst hat.

Bei der Auswahl der Absenderadresse sollte darauf geachtet werden, dass diese einen vertrauenswürdigen Eindruck macht. Hier

bietet sich eine klar zuzuordnende Adresse wie *newsletter@firma.de* an. Auch hier sollte an SPAM-Filter gedacht werden. Diese sortieren fragwürdige Absenderadressen oft automatisch aus.

4.4 Rechtssicheres Impressum

Internetseiten benötigen ein Impressum. Das Gesetz bestimmt, dass eine Impressumspflicht für „geschäftsmäßig“ angebotene Internetseiten (§ 5 TMG) sowie für Internetseiten mit journalistisch-redaktionellen Inhalten (§ 55 RStV) gilt. Damit brauchen grundsätzlich alle Internetseiten ein Impressum, die nicht ausschließlich privaten Zwecken dienen.

Die gleichen Grundsätze gelten auch für Werbe-E-Mails/Newsletter.

Welche Pflichtangaben gibt es?

Das Gesetz regelt, welche Pflichtangaben ein Impressum mindestens enthalten muss:

- › Name des Anbieters, bei Firmen: Firmenname und Rechtsform
- › Vertretungsberechtigte Personen (bei juristischen Personen)
- › ladungsfähige Postanschrift (kein Postfach)
- › E-Mail-Adresse
- › Telefon- und ggf. Faxnummer
- › falls vorhanden Handels-, Genossenschafts-, Vereins- oder Partnerschaftsregisternummer
- › falls vorhanden: Umsatzsteueridentifikationsnummer bzw. Wirtschaftsidentifikationsnummer
- › bei journalistisch-redaktionellen Inhalten: Nennung des Herausgebers (*Verantwortlicher im Sinne des Presserechts*) oder die für den Inhalt verantwortliche Person

Daneben können im Einzelfall noch weitere Angaben erforderlich sein, z. B. berufsrechtliche Angaben bei Ärzten, Apothekern, Rechtsanwälten oder Steuerberatern.

Zudem müssen auch etwaige handels- und gesellschaftsrechtliche Pflichtangaben berücksichtigt werden. Ob und wenn ja welche Angaben erforderlich sind, bestimmt sich nach dem Handels- und Gesellschaftsrecht. Für die Aktiengesellschaft gelten beispielsweise andere Pflichtangaben als für den Einzelkaufmann oder die GmbH.

Muster-Impressum für eine GmbH

*Musterfirma GmbH
vertreten durch den Geschäftsführer
Max Mustermann*

*Musterstraße 1
12345 Musterstadt*

*E-Mail: muster@muster.de
Telefon: 0123-45 67 89
Fax: 0123-65 43 21
USt.-ID: DE 123456789
Amtsgericht Muster, HRB 1234*

Wie muss das Impressum eingebunden werden?

Der Gesetzgeber fordert, dass die Pflichtangaben

- leicht erkennbar,
 - unmittelbar erreichbar und
 - ständig verfügbar
- sein müssen. Das Impressum sollte daher auch als solches bezeichnet werden und ohne langes Suchen auffindbar sein. Die Schriftgröße sollte so gewählt werden, dass der Text deutlich lesbar ist. Die Pflichtangaben müssen nicht notwendigerweise in der E-Mail selbst enthalten sein.

Es ist grundsätzlich auch möglich, in der E-Mail auf das Impressum der Homepage zu verlinken. Die Rechtsprechung hat anerkannt, dass ein Impressum, welches über 2 Klicks erreichbar ist, den gesetzlichen Anforderungen genügt.

5. Profilierung und Messung des Öffnungs- und Klickverhaltens

Eine Optimierung des E-Mail-Marketings kann durch die Analyse der Interessen der Interessenten erfolgen. Das Marketing kann über eine Personalisierung bis hin zur Individualisierung verfeinert werden. Die Personalisierung kann durch Auswertung des Öffnungs- und Klickverhaltens der E-Mail-Empfänger, durch die Auswertung anderweitig gewonnener Interessen des Betroffenen und der Kombination aus den verschiedenen Möglichkeiten erfolgen. Der wesentliche rechtliche Maßstab für die Zulässigkeit dieses Vorgehens ist das Datenschutzrecht.

5.1 Anwendung des Datenschutzrechts

Das Datenschutzrecht ist zu beachten, soweit personenbezogene Daten erhoben oder verwendet werden (§ 1 Abs. 2 BDSG). Hierunter fallen alle Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person. Entscheidend ist damit, ob die erhobenen und verwendeten Daten einer bestimmten oder bestimmbar natürlichen Person zugeordnet werden können.

In der juristischen Fachwelt ist heftig umstritten, was für eine solche Bestimmbarkeit und damit für die Anwendung des Datenschutzrechts gegeben sein muss.

Vereinfacht verläuft die Diskussion so: Nach dem **sog. subjektiven Ansatz** ist entscheidend, ob die Stelle, welche die Daten hat, selbst den Zusammenhang zu einer Person herstellen kann. Diese Ansicht wird überwiegend in der juristischen Fachliteratur und in der obergerichtlichen Rechtsprechung vertreten. Der **sog. objektive Ansatz** hingegen stellt darauf ab, ob dies auch unter Einbeziehung der Möglichkeiten externer Dritter nicht möglich ist. Zu letzterer Ansicht tendieren auch die deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden. Aufgrund der unterschiedlichen Auslegung durch die Rechtsprechung und die Aufsichtsbehörden ist die Praxisrelevanz dieser Unklarheit offenkundig.⁴ In der Sache tendiert der BGH ebenfalls zum subjektiven Ansatz. Der BGH hat die Frage dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zur Entscheidung vorgelegt.⁵ Denn die Entscheidung muss auf der Grundlage der Auslegung europäischen Datenschutzrechts (Datenschutzrichtlinie 95/46/EG) erfolgen. Eine Entscheidung des EuGH ist für 2016 zu erwarten.⁶ Einigkeit besteht jedoch darin, dass das Datenschutzrecht nicht bei **anonymen bzw. anonymisierten Daten** zur Anwendung kommt. Anonymisieren ist nach der gesetzlichen Definition in § 3 Abs. 6 BDSG das Verändern personenbezogener Daten derart, dass die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse nicht mehr oder nur mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft einer bestimmten oder bestimmaren natürlichen Person zugeordnet werden können. Es liegt auf der Hand, dass die Frage, wann dies

gegeben ist, auch mit der Auslegung der Bestimmbarkeit einer Person zusammenhängt. Abzugrenzen ist das Anonymisieren vom Pseudonymisieren. **Pseudonymisieren** ist nach der gesetzlichen Definition in § 3 Abs. 6 BDSG das Ersetzen des Namens und anderer Identifikationsmerkmale durch ein Kennzeichen zu dem Zweck, die Bestimmung des Betroffenen auszuschließen oder wesentlich zu erschweren.

Der entscheidende Unterschied ist: Bei der Erhebung und Verwendung anonymer Daten ist das Datenschutzrecht nicht relevant. Bei der Erhebung und Verwendung pseudonymisierter Daten ist das Datenschutzrecht uneingeschränkt zu beachten. Allerdings erleichtert das Datenschutzrecht teilweise die Verwendung pseudonymisierter Daten (siehe unten zu § 15 Abs. 3 TMG).

Das Datenschutzrecht erfasst sämtliche Tätigkeiten in Bezug auf personenbezogene Daten (vgl. § 3 Abs. 2 bis 6 BDSG). Über die Art der Tätigkeit lässt sich also kein „Ausweg“ aus dem Datenschutzrecht finden. Neben der Anwendung des Datenschutzrechts ist auch entscheidend welches Datenschutzrecht zur Anwendung kommt: BDSG oder Datenschutzbestimmungen des Telemediengesetzes (§§ 11 ff. TMG). **Die Grenzziehung zwischen BDSG und TMG ist gesetzlich nicht eindeutig geregelt**, sodass es in der Natur der Sache liegt, dass es unterschiedliche Ansichten in der juristischen Fachwelt gibt. Vereinfacht lässt sich die Grenzziehung jedoch so zusammenfassen: Die Datenschutzbestimmungen des TMG kommen auf internetspezifische Sachverhalte zur Anwendung, während im Übrigen (mit Ausnahme des Telekommunikationsbereichs)

4 Ausführlich und grundlegend: Eckhardt, in: Big Data im Marketing, Hrsg. Dr. Schwarz, Haufe; Eckhardt, CR 2011, 339; Brink/Eckhardt, Editorial, ZD 1/2015 und ZD 2015, 205 ff.

5 BGH, Beschl. v. 28.10.2014, IV ZR 135/15, CR 2015, 110 ff. mit Anmerk. Eckhardt (CR 2015, 114 ff.)

6 Der Generalanwalt am EuGH hat am 12.05.2016 in dieser Rechts. C-582/14 seine Schlussanträge gestellt.

das BDSG greift.⁷ Für den vorliegenden Kontext wird von der Anwendung der §§ 11 ff. TMG ausgegangen.

5.2 Nutzungsprofile im Online- und E-Mail-Marketing

Die Datenschutzbestimmungen des Telemediengesetzes halten für die Erstellung von Online-Nutzungsprofilen für das Marketing in § 15 Abs. 3 TMG eine Spezialregelung bereit:

„Der Diensteanbieter darf für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen erstellen, sofern der Nutzer dem nicht widerspricht. Der Diensteanbieter hat den Nutzer auf sein Widerspruchsrecht im Rahmen der Unterrichtung nach § 13 Abs. 1 hinzuweisen. Diese Nutzungsprofile dürfen nicht mit Daten über den Träger des Pseudonyms zusammengeführt werden.“

Daraus ergeben sich für die Profilierung drei Möglichkeiten:

- ▶ **personenbezogene Profile:** Zulässigkeit nur mit Einwilligung
- ▶ **pseudonymisierte Nutzungsprofile:** Zulässigkeit unter den Voraussetzungen des vorstehenden § 15 Abs. 3 TMG
- ▶ **anonymisierte Nutzungsprofile:** keine datenschutzrechtliche Beschränkung, da keine Anwendung des Datenschutzrechts (siehe oben Ziffer 5.1)

Das Einholen der Einwilligung eröffnet theoretisch den weitesten Spielraum für eine Profilierung. Für die Einwilligung gelten die oben dargestellten Anforderungen entsprechend (siehe Kapitel 2).

In der Praxis werden insbesondere folgende Aspekte zur Herausforderung beim Einholen einer Einwilligung zur Erstellung von Online-Profilen:

- (1) Der Betroffene muss gefragt werden, bevor mit der Erhebung der Daten begonnen wird und zwar so, dass er eindeutig zustimmt. Der Ansatz „damit muss er rechnen“ genügt nicht.
- (2) Dem Betroffenen muss verständlich erklärt werden, was konkret gemacht wird – also wie seine Daten ausgewertet und analysiert werden.

Beim personalisierten E-Mail-Marketing ist eine Verwendung anonymer Daten häufig nicht möglich. Denn es soll gerade die Werbung in Bezug auf einen konkreten, durch seine E-Mail-Adresse identifizierten Empfänger E-Mail-Marketing erfolgen. Jedenfalls mit der Zuordnung zu einem identifizierten Empfänger werden auch bis dahin anonyme Daten zu personenbezogenen Daten.

Die Erstellung sog. pseudonymer Nutzungsprofile ist nach § 15 Abs. 3 TMG unter diesen drei Bedingungen zulässig. Diese drei Bedingungen müssen gemeinsam vorliegen.

- ▶ Es müssen Pseudonyme verwendet werden.

Der Begriff Pseudonymisieren wurde bereits oben in Ziffer 5.1 besprochen.

- ▶ Der Betroffene ist im Zuge der Erhebung seiner Daten auf sein Widerspruchsrecht gegen die Erstellung von Nutzungsprofilen hingewiesen worden; ein nachträglicher Hinweis genügt nicht.

⁷ Vertiefend: Eckhardt, in: Big Data im Marketing, Hrsg. Dr. Schwarz, Haufe.

Aus dem Hinweis auf das Widerspruchsrecht ergibt sich, dass der Betroffene auch darüber zu informieren ist, dass Nutzungsprofile erstellt werden. Der Hinweis muss zu Beginn der Nutzung des Dienstes durch den Betroffenen erfolgen. Ein Hinweis nach Beginn oder gar nach Abschluss der Profilierung genügt nicht.

Der Stellungnahme der deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden zu Google Analytics⁸ ist allerdings zu entnehmen, dass ein Hinweis in der sog. Privacy Policy (§ 13 Abs. 1 TMG) in der Internetpräsenz genügt.

➤ **Das Nutzungsprofil darf nicht mit dem Träger des Pseudonyms zusammengeführt werden.**

Das bedeutet, dass die Regelung des § 15 Abs. 3 TMG nur dann eingreift, wenn auch später das Profil nicht auf den konkreten Betroffenen bezogen wird.

5.3 Konsequenzen für das E-Mail-Marketing

Diese Regelungen, insbesondere § 15 Abs. 3 TMG, gilt für alle Online-Profilierungen zum Marketing. Das schließt sowohl die Erhebung und Auswertung des Öffnungs- und Klickverhaltens eines E-Mail-Empfängers als auch Datenerhebung auf andere Weisen ein. Die Regelung schafft eine Möglichkeit zur Verwendung personenbezogener Daten. Die Aufrechterhaltung der Pseudonymisierung bei der Verwendung des Profils stellt häufig eine Herausforderung dar. Hierzu gibt es keine rechtliche Pauschallösung, sondern es muss die konkrete Gestaltung im Einzelfall geprüft werden.

8 Beschluss der obersten Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich am 26./27. November 2009 in Stralsund, Datenschutzkonforme Ausgestaltung von Analyseverfahren zur Reichweitenmessung bei Internet-Angeboten

6. Auftragsdatenverarbeitung bei der Einbindung von Dienstleistern

Kommen (externe) Dienstleister beim E-Mail-Marketing zum Einsatz, muss ihre Einbindung datenschutzrechtlich hinterfragt werden. Externe Dienstleister können Software-Anbieter (insbesondere Cloud-Services) für CRM und Versandlösungen, Agenturen, Content-Lieferanten, Analyse-Dienstleister, etc. sein. Bei der Einbindung von Dienstleistern sind ebenfalls datenschutzrechtliche Vorgaben zu beachten. Nicht in allen Fällen der Einbindung von Dienstleistern ist das Datenschutzrecht einschlägig.

Entscheidend für die Anwendung des Datenschutzrechts ist, ob die Dienstleister Zugriff auf personenbezogene Daten haben. Wann von personenbezogenen Daten auszugehen ist, wurde bereits oben unter Ziffer 5.1 dargestellt. Wenn der Dienstleister mit den personenbezogenen Daten etwas tun soll (bspw. aufbereiten, anreichern, abgleichen), ist die Anwendung des Datenschutzrechts klar. Wenn hingegen nur eine Zugriffsmöglichkeit besteht, stellt sich die Frage, ob schon das zur Anwendung des Datenschutzrechts führt. Die Grenzziehung ist schwer und wird in Fachkreisen unterschiedlich bewertet. Bei der Frage, ob ein solcher Zugriff besteht, sollte daher – um auf der sicheren Seite zu sein – darauf abgestellt werden, ob der Dienstleister rein tatsächlich darauf zugreifen kann und nicht darauf, ob er dies soll bzw. darf. Nach Ansicht der deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden ist die Anwendung des Datenschutzrechts auch dann nicht ausgeschlossen, wenn in einem Cloud-Service nur verschlüsselte Daten vorgehalten werden und dem Cloud-Anbieter nur der Zugriff auf

solche verschlüsselten Daten möglich ist.⁹ Diese Betrachtung ist aber rechtlich umstritten.

6.1 Vorteil der Ausgestaltung als Auftragsdatenverarbeitung

Die typische Gestaltung zur Einbindung von Dienstleistern mit Zugriff auf personenbezogene Daten ist die Auftragsdatenverarbeitung (ADV) nach Maßgabe des § 11 BDSG. Der Vorteil der ADV besteht darin, dass für die Übertragung von Daten an einen Auftragsdatenverarbeiter weder die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Übermittlung von Daten (bspw. § 28 BDSG) oder eine Einwilligung des jeweiligen Betroffenen vorliegen muss. Dieser Effekt wird als sog. Privilegierungswirkung der ADV bezeichnet und hat seine rechtliche Grundlage in § 3 Abs. 8 S. 2 BDSG.¹⁰

Voraussetzung für diese Privilegierung ist allerdings:

1. Die strikte Umsetzung der Vorgaben des § 11 BDSG (hierzu nachfolgend b)).
2. Die Daten bleiben in der Europäischen Union (EU) bzw. dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) (hierzu nachfolgend 6.3).

6.2 Auftragsdatenverarbeitung

Eine ADV ist durch 3 Elemente gekennzeichnet:

- Weisungsgebundene Tätigkeit des Dienstleisters in Bezug auf die personenbezogenen Daten

- Schriftlicher Vertrag mit den Inhalten nach Maßgabe des § 11 Abs. 2 S. 2 BDSG
- Überzeugungsbildung durch den Auftraggeber in Bezug auf die technisch-organisatorischen Maßnahmen zum Schutz der Daten durch den Auftragnehmer sowohl vor Beginn der Datenverarbeitung als auch danach regelmäßig

Die Weisungsgebundenheit ist dann gegeben, wenn dem Auftragnehmer kein eigener Entscheidungsspielraum in Bezug auf den Umgang mit den personenbezogenen Daten verbleibt. Plakativ gesprochen: In jeder auftretenden Situation muss der Dienstleister durch eine Vorgabe des Auftraggebers wissen, was er tun soll. Diese Festlegung erfolgt typischerweise durch die Leistungsbeschreibung des Vertrags bzw. Auftrags.

Der Vertrag über die ADV bedarf nach „deutscher Lesart“ der Schriftform im Sinne des § 126 BGB, sodass ein elektronischer Abschluss ausscheidet, es sei denn, der Vertragsschluss erfolgt unter Einsatz qualifiziert elektronischer Signaturen nach Maßgabe des § 126a BGB. Als Mindestinhalt der Vereinbarung sieht der § 11 Abs. 2 S. 2 BDSG Folgendes vor:

1. „*der Gegenstand und die Dauer des Auftrags,*
2. *der Umfang, die Art und der Zweck der vorgesehenen Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten, die Art der Daten und der Kreis der Betroffenen,*
3. *die nach § 9 zu treffenden technischen und organisatorischen Maßnahmen,*
4. *die Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten,*
5. *die nach Absatz 4 bestehenden Pflichten des Auftragnehmers, insbesondere die*

9 Orientierungshilfe – Cloud Computing der Arbeitskreise Technik und Medien der Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder sowie der Arbeitsgruppe Internationaler Datenverkehr des Düsseldorfer Kreises, Version 2.0, Stand 09.10.2014, Seite 12 f.

10 Vertiefend: Eckhardt, DUD 2013, 585 ff.; Eckhardt/Kramer, DuD 2014, 147 ff.

- von ihm vorzunehmenden Kontrollen,
6. die etwaige Berechtigung zur Begründung von Unterauftragsverhältnissen,
 7. die Kontrollrechte des Auftraggebers und die entsprechenden Duldungs- und Mitwirkungspflichten des Auftragnehmers,
 8. mitzuteilende Verstöße des Auftragnehmers oder der bei ihm beschäftigten Personen gegen Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten oder gegen die im Auftrag getroffenen Festlegungen,
 9. der Umfang der Weisungsbefugnisse, die sich der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer vorbehält,
 10. die Rückgabe überlassener Datenträger und die Löschung beim Auftragnehmer gespeicherter Daten nach Beendigung des Auftrags“.

Die Überzeugungsbildung in Bezug auf die technisch-organisatorischen Maßnahmen zum Schutz der Daten durch den Auftragnehmer muss nicht zwingend vor Ort beim Auftragnehmer durch den Auftraggeber selbst erfolgen. Inwieweit sich der Auftraggeber auf Aussagen des Auftragnehmers verlassen darf ist in Fachkreisen umstritten. Geeignete Zertifizierungen, Gütesiegel und Audits durch unabhängige und sachkompetente Dritte, welche das gesamte Spektrum des Auftrags umfassen, sind eine vorzugsweise Lösung.¹¹

6.3 Grenzüberschreitende Auftragsdatenverarbeitung

Werden die personenbezogenen Daten grenzüberschreitend übertragen bzw. aus anderen Ländern auf diese zugegriffen (siehe Einleitung zu Ziffer 6), bedarf die

Zulässigkeit dieses grenzüberschreitenden Datenverkehrs der zusätzlichen (!) datenschutzrechtlichen Zulässigkeitsprüfung (§§ 4b, 4c BDSG).

Bei der Bewertung ergibt sich eine einfache Zweiteilung: Bleiben die Daten bzw. der Zugriff innerhalb der EU bzw. des EWR, dann ergeben sich keine zusätzlichen Zulässigkeitsanforderungen.

Werden die Daten außerhalb der EU bzw. des EWR übertragen bzw. von dort aus zugegriffen, muss nach Maßgabe der §§ 4b, 4c BDSG geprüft werden, ob für den Empfänger in seinem Land ein angemessenes Datenschutzniveau besteht.¹² In diesem Fall kommt erschwerend hinzu, dass die sog. Privilegierungswirkung der ADV nach § 3 Abs. 8 S. 2 BDSG (siehe oben) entfällt. Es muss also auch noch geprüft werden, ob eine gesetzliche Zulässigkeitsregelung für die Übermittlung bzw. den Zugriff besteht.¹³ Im Ergebnis ist dann eine zweistufige Prüfung erforderlich: 1. Zulässigkeit der Übermittlung bzw. des Zugriffs nach § 28 bzw. § 29 BDSG. 2. Zulässigkeit der Übermittlung in das entsprechende Land nach §§ 4b, 4c BDSG.

6.4 Verantwortung des Auftraggebers

Der Auftraggeber des Dienstleisters muss sich seine Verantwortung unter zwei Aspekten verdeutlichen:

¹² Hierzu ausführlich: EuroCloud Leitfaden Recht, Datenschutz & Compliance, <http://www.eurocloud.de/2010/news/datensicherheit/eurocloud-leitfaden-recht-datenschutz-compliance.html>; Leitfaden – Datenschutz und Cloud Computing, Leitfaden Nr. 11, Kompetenzzentrum Trusted Cloud, Seite 27 ff.

¹³ Die Einwilligung aller Betroffenen wird typischerweise als Gestaltungsmöglichkeit ausscheiden.

¹¹ vertiefend: Leitfaden – Datenschutz und Cloud Computing, Leitfaden Nr. 11, Kompetenzzentrum Trusted Cloud, Seite 19 ff.

Durch die Übertragung der Daten zum Dienstleister – auch wenn diese ins Ausland erfolgt – erfolgt keine Befreiung von den deutschen datenschutzrechtlichen Beschränkungen in Bezug auf den Umgang mit diesen Daten. Plakativ gesagt: Was der Auftraggeber nicht auf eigenen Systemen machen darf, darf er auch nicht auf Systemen des Dienstleisters tun. Der Auftraggeber bleibt gegenüber denjenigen, deren Daten verarbeitet werden, nach § 11 Abs. 1 BDSG uneingeschränkt verantwortlich. Es können gegen ihn Schadensersatzansprüche für die Fehler seiner Dienstleister geltend gemacht werden (§ 278 BGB).

Der Auftraggeber trägt auch die Verantwortung für die ordnungsgemäße Ausgestaltung der Vereinbarung über die ADV. Dies ergibt sich aus § 11 BDSG. Verdeutlicht wird es durch Bußgeldandrohung in § 43 Abs. 1 Nr. 2b BDSG, die sich nur gegen den Auftraggeber richtet. Gegen den Dienstleister kann allerdings auch bei einer unwirksamen ADV insbesondere nach § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG oder als Teilnehmer bei Verstößen des Auftraggebers Bußgelder verhängt werden. Sollte der Dienstleister den Vertrag über die ADV vorgegeben haben, könnte sich auch hieraus ein Schadensersatzanspruch des Auftraggebers ergeben. Kurzum: Es liegt im Interesse beider, dass die ADV ordentlich ausgestaltet ist.¹⁴

7. EU-Datenschutz-Grundverordnung – Ein Ausblick

Die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) wurde am 04.05.2016 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht¹⁵, trat am 25.05.2016 in Kraft und wird nach ihrem Artikel 99 ab dem 25.05.2018 gelten. Damit ist der am 25.01.2012 begonnene Gesetzgebungsprozess abgeschlossen.¹⁶ Die DS-GVO regelt den Datenschutz umfassend.¹⁷

Eine EU-Verordnung hat Anwendungsvorrang vor kollidierendem nationalen Recht. Abweichende nationale Regelungen sind nur möglich, soweit die DS-GVO selbst hierfür Öffnungsklauseln enthält.¹⁸ Plakativ gesprochen: Die DS-GVO löst das nationale Datenschutzrecht ab und sieht nur in bestimmten Bereichen Ausnahmen vor.

Die Regelungen der DS-GVO sind ebenso wie nationale Gesetze auslegungsbedürftig und nicht stets in jeder Hinsicht eindeutig und stimmig. Gerade aufgrund des europäischen Gesetzgebungsprozesses sind klärungsbedürftige Fragen offen.¹⁹

Nachfolgend wird ein erster Überblick über die sich abzeichnenden Auswirkungen auf das E-Mail-Marketing gegeben.

14 Das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht (BayLDA) hat beispielsweise in 2015 im Fall einer unzureichenden Auftragserteilung eine Geldbuße in fünfstelliger Höhe festgesetzt (Pressemitteilung des BayLDA, „Auftragsdatenverarbeitung ohne richtigen Vertrag kann teuer werden“, 20.08.2015).

15 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119/1 vom 04.05.2016.

16 Zum Hintergrund: Eckhardt CR 2012, 195 ff zum damaligen Entwurf der EU-Kommission.

17 Grundlegend und vertiefend: Eckhardt/Kramer, Datenschutz Aktuell – Spezialreport EU-Datenschutz-Grundverordnung, TKMmedia

18 Grundlegend und vertiefend: Eckhardt/Kramer, Datenschutz Aktuell – Spezialreport EU-Datenschutz-Grundverordnung, TKMmedia

19 Grundlegend und vertiefend: Eckhardt/Kramer, Datenschutz Aktuell – Spezialreport EU-Datenschutz-Grundverordnung, TKMmedia

7.1 Eingeschränkte Fortgeltung von Einwilligungen über den 25.05.2018 hinaus?

Der Erwägungsgrund 171 der DS-GVO sieht im Kern vor, dass bis zum 25.05.2018 alle Verarbeitungen personenbezogener Daten an die DS-GVO angepasst sein müssen.²⁰ Es gibt keinen Bestandsschutz nach dem 25.05.2018. Für die Einwilligung ist dort Folgendes geregelt:

„ ... Beruhen die Verarbeitungen auf einer Einwilligung gemäß der Richtlinie 95/46/EG, so ist es nicht erforderlich, dass die betroffene Person erneut ihre Einwilligung dazu erteilt, wenn die Art der bereits erteilten Einwilligung den Bedingungen dieser Verordnung entspricht, so dass der Verantwortliche die Verarbeitung nach dem Zeitpunkt der Anwendung der vorliegenden Verordnung fortsetzen kann. ...“

Demnach ist eine Einwilligung weiterhin wirksam, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: 1. Die Einwilligung genügt den Anforderungen der Richtlinie 95/46/EG. Das sind Vorgaben, welche der BGH bereits in seiner Entscheidung „Einwilligung in Werbeanrufe II“²¹ aufgegriffen hat und „spiegeln“ sich nun in Art. 4 Nr. 11 DS-GVO wider. 2. Es sind die „Bedingungen“ der DS-GVO erfüllt. Nach dem Wortlaut sind dies nur die Vorgaben in Art. 7, 8 DS-GVO. Die Transparenzvorgaben nach Art. 13, 14 wären dann nicht Wirksamkeitsvoraussetzung.

²⁰ Grundlegend und vertiefend: Eckhardt/Kramer, Datenschutz Aktuell – Spezialreport EU-Datenschutz-Grundverordnung, TKMmedia 21 BGH, Urt. v. 25.10.2012, I ZR 169/10, MMR 2013, 380 ff. mit Anmerk. Eckhardt (Seite 382 ff.).

7.2 Regelung der Einwilligung

Die Regelung der Einwilligung ist in der DS-GVO mehrteilig. In Art. 4 Nr. 11 DS-GVO wird der Begriff Einwilligung definiert und die grundlegenden Anforderungen festgelegt. Dieser ist dem bisherigen Begriffsverständnis insbesondere aufgrund der Entscheidung „Einwilligung in Werbeanrufe II“²² des BGH nicht vollkommen neu.

In Art. 7 DS-GVO werden weitere „Bedingungen“ für eine Einwilligung festgelegt. Die statuierten Grundsätze sind nicht vollkommen neu, aber im Detail wird gleichwohl zu bewerten sein, inwieweit sich hierdurch Änderungen zur bisherigen Rechtslage ergeben. Neu ist die generelle Pflicht, die betroffene Person vor Abgabe der Einwilligung über das Recht zum Widerruf der Einwilligung in Kenntnis zu setzen (Art. 7 Abs. 3 S. 3 DS-GVO). Gerade bei Werbeeinwilligungen ist dies wegen § 28 Abs. 4 S. 2 BDSG, sowie bei elektronischen Einwilligungen wegen § 13 Abs. 3 TMG ohnehin typischerweise geschehen.

Art. 8 DS-GVO enthält „Bedingungen für die Einwilligung eines Kindes in Bezug auf Dienste der Informationsgesellschaft“. Diese sind in jedem Fall bei Kindern zu beachten. Ob sich hierüber hinaus generell für Einwilligungen Handlungsbedarf ergeben wird, wird noch zu klären sein.

Für die Praxis bedeutet das: Es muss geprüft werden, ob und gegebenenfalls welche Defizite es zwischen den bisherigen Einwilligungen zu den Vorgaben der DS-GVO gibt.

²² BGH, Urt. v. 25.10.2012, I ZR 169/10, MMR 2013, 380 ff. mit Anmerk. Eckhardt (Seite 382 ff.).

Davon ausgehend muss bewertet werden, ob und wann die Abfrage von Einwilligungen angepasst wird und ob bei Alt-Einwilligungen eine Nachpflege erforderlich ist.

7.3 Transparenzbestimmungen

Art. 13, 14 DS-GVO enthalten allgemeine proaktiv zu erfüllende Informationspflichten. Die Regelungen gelten unterschiedlich für gesetzliche Rechtmäßigkeitstatbestände und für die Einwilligung. Art. 13 DS-GVO ist im Fall der Erhebung von personenbezogenen Daten bei der betroffenen Person und Art. 14 DS-GVO, wenn die personenbezogenen Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben wurden, einschlägig.

Die Informationspflichten sind gegenüber den bisherigen Pflichten in den Datenschutzgesetzen in signifikantem Umfang erweitert. Hier besteht in jedem Fall Anpassungsbedarf. Art. 21 DS-GVO enthält eine eigene Regelung zum Widerspruchsrecht des Betroffenen. Dies gilt allerdings nicht für die Einwilligung.

Selbst wenn der Verstoß gegen die Informationspflicht nicht zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen sollten, ist der Verstoß mit einem Bußgeld bis zu 20 Mio. Euro oder 4% des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres, je nachdem welcher Betrag höher ist, sanktioniert (Art. 83 Abs. 5 DS-GVO).

7.4 Profiling

Für das Profiling gibt es keine dem § 15 Abs. 3 TMG vergleichbare Spezialregelung für das Marketing. In Art. 22 DS-GVO ist das Profiling erfasst, sofern es Bestandteil einer automatisierten Entscheidung ist, welche

rechtliche Wirkung gegenüber der betroffenen Person entfaltet oder sie in ähnlicher Weise beeinträchtigt. Dies wird typischerweise für ein Marketing-Profiling nicht der Fall sein, muss jedoch im Einzelfall geprüft werden.

Als Rechtsgrundlage für ein Marketing-Profiling wird unter der DS-GVO das allgemeine Interesse in Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO in Betracht kommen. Hiernach hat eine Interessenabwägung stattzufinden. Sofern personenbezogene Daten nach einer Zweckänderung für das Marketing-Profil verwendet werden sollen, ist auch Art. 6 Abs. 4 DS-GVO in die Prüfung einzubeziehen.

Für ein solches Profiling sind die Transparenzbestimmungen der Art. 13, 14 DS-GVO (siehe vorstehend) und vor allem auch die Regelung über das Widerspruchsrecht in Art. 21 DS-GVO (siehe vorstehend) zu beachten. Ob ein Verstoß gegen die Transparenzbestimmungen die Verarbeitung rechtswidrig macht, wird sicherlich Gegenstand von Diskussionen werden. Für die bisherigen Konstellationen des BDSG wurde diese verneint; das ist aber für die EU-konform auszulegende DS-GVO nicht der alleinige Maßstab.

7.5 Auftragsverarbeitung

Die Auftragsverarbeitung (wie sie in der DS-GVO heißt) ist in Art. 26 DS-GVO geregelt. Die Privilegierungswirkung ist in Art. 4 Nr. 10 DS-GVO ebenfalls angelegt, da der Auftragsverarbeiter nicht als Dritter gilt. Es hat aber bereits die Diskussion begonnen, ob dies für die Privilegierungswirkung genügt. Die inhaltliche Ausgestaltung der Auftragsverarbeitung ist der unter § 11 BDSG vergleichbar, wenngleich natürlich Unterschiede

bestehen und deren Auswirkungen im Detail zu prüfen sind.

Neu ist allerdings, dass nach Art. 82 DS-GVO der Auftragsverarbeiter dem Grundsatz nach gesamtschuldnerisch neben dem Auftraggeber haften wird (Art. 82 Abs. 4 DS-GVO). Für die Auftragsverarbeiter gibt es allerdings Begrenzungsmöglichkeiten. Hier wird sich für die Dienstleister Handlungsbedarf ergeben.

Neu ist aus deutscher Sicht auch die sog. „joined controllership“ in Art. 26 – zu deutsch: Gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche. Hier wird sich die Frage stellen, inwieweit Dienstleister mit dem Auftraggeber gemeinsam verantwortlich sein werden und kein Auftraggeber-Auftragsverarbeiter-Verhältnis besteht. Voraussetzung ist nach Art. 26 Abs. 1 S. 1 DS-GVO, dass die Zwecke der und die Mittel zur Verarbeitung gemeinsam festgelegt werden. In der Praxis wird sich die Frage stellen, welches Näheverhältnis hierfür erforderlich ist. Auch hier wird sich für die Dienstleister Handlungsbedarf ergeben.

7.6 ePrivacy-Richtlinie (Richtlinie 2002/58/EG)

Die DS-GVO erlegt nach Art. 95 DS-GVO natürlichen oder juristischen Personen in Bezug auf die Verarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Union keine zusätzlichen Pflichten auf, soweit sie besonderen in der Richtlinie 2002/58/EG festgelegten Pflichten unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen.

Vereinfacht gesagt: Im Umfang der Richtlinie 2002/58/EG kann der nationale Gesetzgeber weiterhin Regelung treffen. Diese Richtlinie ist in Deutschland in erster Linie in den Datenschutzbestimmungen des TKG (§§ 91 ff. TKG) umgesetzt. Allerdings sind dort nicht nur Vorgaben aus dieser Richtlinie geregelt und auch der Anwendungsbereich ist im TKG anders definiert als in Art. 95 DS-GVO. Hier besteht nationaler gesetzgeberischer Handlungsbedarf, um diese Frage klarzustellen.

Spannender ist für den vorliegenden Kontext jedoch die Diskussion, ob die Vorgaben der sog. Cookie-Richtlinie, die letztlich eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG ist, in den Datenschutzbestimmungen des TMG bereits umgesetzt wurde oder nicht. Insofern könnten möglicherweise Datenschutzbestimmungen des TMG auch unter der DS-GVO fortgelten. Im Übrigen werden die Datenschutzbestimmungen des TMG (§§ 11 ff. TMG) durch die DS-GVO „verdrängt“ werden. Hier besteht nationaler gesetzgeberischer Handlungsbedarf, um diese Frage klarzustellen.

7.7 Fazit

Die EU-DSGVO bedeutet Änderungs- und Anpassungsbedarf, der bis zum 25.05.2018 geleistet sein muss. Allerdings muss diesem eine sorgfältige Analyse der Situation vorangehen. Dies muss insbesondere die Klärung von Auslegungs- und Anwendungsfragen der DS-GVO einschließen. Plakativ gesprochen: Blinder Aktionismus ist ebensowenig gefragt, wie ein „Hände in den Schoss“ legen.

8. Was in anderen Ländern beim E-Mail-Marketing zu beachten ist

8.1 Die rechtlichen Aspekte in der Schweiz

Während der Versand von Werbe-E-Mails in der EU und speziell in Deutschland schon länger strikt geregelt ist, hat der Schweizer Gesetzgeber erst im Jahr 2007 entsprechende spezifische gesetzliche Grundlagen geschaffen. Zu finden sind diese Regelungen zum einen im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, Art. 3 lit. o), zum anderen im Fernmeldegesetz (FMG, Art. 45a). Das UWG regelt im Wesentlichen die Bedingungen für den Versand von kommerziellen E-Mails. Das FMG hält fest, welche Maßnahmen die Fernmeldeanbieter gegen Spam ergreifen müssen.

Der Staat selber kann (Staatssekretariat für Wirtschaft, SECO, www.seco.admin.ch) gegen Spammer im In- und Ausland vorgehen, wenn sich genügend Personen beschweren.

Nach der Revision des schweizerischen Datenschutzgesetzes (DSG) 2006 – die entsprechenden Bestimmungen traten 2008 in Kraft – hat auch das Datenschutzrecht beim E-Mail-Marketing an Relevanz gewonnen. Dies einerseits dann, wenn Art. 3 lit. o UWG bei Werbe-E-Mails nicht zur Anwendung kommt, weil es sich nicht um automatisierte Massenwerbung handelt, andererseits aber auch ergänzend zu Art. 3 lit. o UWG bei Massenwerbung.

Im Zusammenhang mit E-Mail-Marketing sind Art. 4 Abs. 3 sowie Abs. 4 DSG

besonders relevant. Art. 4 Abs. 3 DSG stipuliert das sog. Zweckbindungsgebot. Personenbezogene Daten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung der Daten angegeben wurde oder aus den Umständen erkennbar war. Art. 4 Abs. 4 DSG statuiert das sog. Transparenzgebot. Die Beschaffung und Bearbeitung von personenbezogenen Daten und der Zweck der Bearbeitung müssen für die betroffene Person erkennbar sein. Werden diese beiden Datenbearbeitungsgrundsätze nicht eingehalten, liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor. In diesem Fall ist nach Art. 13 DSG eine Rechtfertigung notwendig (z. B. die Einwilligung der betroffenen Person oder ein überwiegendes Interesse des Datenbearbeiters). Beim E-Mail-Marketing ist bei einer Verletzung der Datenbearbeitungsgrundsätze regelmässig eine Einwilligung notwendig.

Diese Übersicht über die für das E-Mail-Marketing relevanten gesetzlichen Bestimmungen zeigt, dass die rechtlichen Anforderungen in der Schweiz weit weniger detailliert sind als z. B. in Deutschland. Es besteht ein viel grösserer Interpretationsspielraum. Was ist nun wirklich erlaubt, was nicht?

Versand von Werbe-E-Mails an Nicht-Kunden

Der „Massenversand von Werbung über Internet oder Fernmeldedienste“ an Nicht-Kunden ist rechtlich zulässig, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- ▶ Der Empfänger hat vor Erhalt der E-Mail ausdrücklich eingewilligt (Opt-In-Prinzip) (siehe auch „Anmeldemethoden“).
- ▶ Der Absender ist eindeutig zu erkennen. Seine Adresse ist korrekt wiedergegeben,

seine Identität nicht versteckt oder gefälscht.

- ▶ In jeder Werbe-E-Mail ist eine deutlich erkennbare, kostenlose und einfache Abmeldemöglichkeit enthalten (z. B. Abmelde-Link mit Austragungsbestätigung, evtl. Link auf Online-Austragungsformular).

Auch aus datenschutzrechtlicher Sicht ist eine Einwilligung notwendig. Bei Werbe-E-Mails an Nicht-Kunden ist regelmässig das datenschutzrechtliche Transparenzprinzip nicht eingehalten.

Versand von Werbe-E-Mails an bestehende Kunden

Beim Versand von Werbe-E-Mails an bestehende Kunden sieht Art. 3 lit. o UWG gewisse Erleichterungen vor. Als „bestehender Kunde“ gilt ein Empfänger, wenn eine wirtschaftliche Beziehung zwischen ihm und dem werbenden Unternehmen besteht, d.h. es muss tatsächlich ein Kauf stattgefunden haben (Dienstleistung oder Produkt). Beim Versand von Werbe-E-Mails an solche bestehenden Kunden ist **kein Opt-In** notwendig, wenn die folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- ▶ Es besteht ein Zusammenhang zwischen der seinerzeit bezogenen Leistung und der beworbenen Leistung (Bewerbung vergleichbarer Produkte oder Dienstleistungen).
- ▶ Es werden keine Drittleistungen beworben.
- ▶ Auch beim Versand von Werbe-E-Mails an bestehende Kunden muss der Absender eindeutig erkennbar sein und jede E-Mail muss eine leicht auffindbare, kostenlose Abmeldemöglichkeit enthalten (siehe oben).

Sind die vorgenannten Voraussetzungen nicht erfüllt – sollen z. B. dem bestehenden Kunden Informationen zu Produkten von Dritten zugestellt werden –, müssen dieselben Anforderungen erfüllt werden wie beim Versand von Werbe-E-Mails an Nicht-Kunden.

Anmeldemethoden

Der Schweizer Gesetzgeber hat es in Art. 3 lit. o UWG unterlassen, die Form und Nachweisbarkeit der Anmeldung zu regeln. Dem Versender steht es also grundsätzlich frei, welche der oben beschriebenen Anmeldemethoden er wählt. Die einzige zwingende Voraussetzung ist, dass der Empfänger seine Einwilligung „ausdrücklich“ abgibt.

Bei der Sammlung von Offline-Anmeldungen (z. B. an Messen, telefonisch oder über physische Anmeldeformulare im Verkaufsgeschäft) gibt es ebenfalls keine Vorschrift, welche die Nachweisbarkeit und Aufbewahrungspflicht detailliert regelt. Letztlich muss sich aber der Versender vergewissern, dass der Empfänger ausdrücklich in den Empfang der E-Mail-Werbung eingewilligt hat. Zur Erfüllung des Opt-In-Prinzips gibt es im E-Mail-Marketing folgende Online-Anmeldemethoden:

▶ Single-Opt-In:

Der Abonnent meldet sich online ausdrücklich durch Anklicken einer entsprechenden Checkbox sowie Eingabe seiner E-Mail-Adresse (und eventuell weiterer Daten) an. Die Anmeldung wird ihm lediglich auf einer Folgeseite der Anmeldeseite bestätigt. Von dieser Anmeldemethode wird grundsätzlich abgeraten.

► **Confirmed-Opt-In:**

Der Abonnent meldet sich online ausdrücklich durch Anklicken einer entsprechenden Checkbox sowie Eingabe seiner E-Mail-Adresse (und eventuell weiterer Daten) an. Die Anmeldung wird ihm einerseits auf der Folgeseite, andererseits per E-Mail rückbestätigt.

Ein Confirmed-Opt-in (Single-Opt-in mit E-Mail Bestätigung ohne Bestätigungslink) ist aus lauterkeitsrechtlicher Sicht zulässig, datenschutzrechtlich aber mit Risiken behaftet. Wie weiter unten ausgeführt wird (siehe Double-Opt-in), muss sich das Unternehmen, das Personendaten bearbeitet, über deren Richtigkeit vergewissern und sicherstellen, dass der Empfänger in den Erhalt von Werbung per E-Mail eingewilligt hat. Mit dem Confirmed-Opt-in Verfahren besteht eine gewisse Missbrauchsgefahr. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass jemand z. B. eine fremde E-Mail Adresse einträgt und somit einen Newsletter auf eine fremde E-Mail Adresse bestellt. Somit dürfte es einem Unternehmen mit dem confirmed opt-in unmöglich sein, nachzuprüfen, ob diese Eintragung tatsächlich vom Inhaber der E-Mail-Adresse durchgeführt worden ist.

► **Double-Opt-In:**

In der Praxis hat sich insbesondere im Hinblick auf das Datenschutzgesetz das sogenannte „Double-Opt-in Verfahren“ durchgesetzt.

Beim Double-Opt-in handelt es sich um ein Verfahren, bei dem ein Kunde seine Einwilligung „doppelt“ (in zwei Schritten) erteilt. In einem ersten Schritt gibt ein Empfänger seine E-Mail Adresse an, um z. B. einen Newsletter zu erhalten (Schritt 1). Das

werbetreibende Unternehmen schickt sodann eine Bestätigungs-E-Mail mit einem Bestätigungslink auf die vom Empfänger genannte E-Mail-Adresse und der Empfänger bestätigt (klickt) über den Bestätigungslink, einen Newsletter erhalten zu wollen (Schritt 2). Obwohl aus lauterkeitsrechtlicher Sicht eine Einwilligung bereits beim ersten Schritt vorliegt, empfiehlt sich das Vorgehen des Double-Opt-in im Hinblick auf das Datenschutzrecht. Der Versender muss sich vergewissern, dass der Empfänger tatsächlich in den Empfang der Werbung eingewilligt hat. Dies kann u.E. nur über das Double-Opt-in Verfahren sichergestellt werden.

„Tell-a-Friend“-Funktionen

In der Schweiz sind sog. „Tell-a-Friend“-Funktionen üblich und weitherum als zulässig anerkannt. Zumindest können Mitteilungen, die durch diese Funktion verschickt werden, nicht als Massenwerbung im Sinne von Art. 3 lit. o UWG qualifiziert werden. Gemäss den Gesetzesmaterialien handelt es sich bei Massenwerbung um Mitteilungen, die automatisiert erfolgen. Werbemitteilungen, die einen menschlichen Aufwand erfordern – bei „Tell-a-Friend“ die Eingabe einzelner E-Mail-Adressen – gelten nicht als Massenwerbung.

Eingekaufte Adressen

Eine regelmässige Frage lautet: „Ist es erlaubt, E-Mails an eingekaufte / gemietete Adressen zu versenden?“

Viele werbetreibende Unternehmen bewegen sich hier nach schweizerischem Recht in einem Graubereich. Viele werbetreibende Unternehmen gehen davon aus, dass sie

ohne weiteres Werbe-E-Mails an eingekaufte Adressen senden dürfen. Dies ist nicht korrekt.

Die besondere Schwierigkeit beim Versand von Werbe-E-Mails an eingekaufte Adressen liegt darin, dass das werbetreibende Unternehmen die Daten nicht direkt bei der betroffenen Person beschafft. Ohne entsprechende Information ist für die betroffene Person nicht erkennbar, dass die beschaffte E-Mail-Adresse für Marketingzwecke an Dritte verkauft wird. Ohne Information würde eine Verletzung von Art. 4 Abs. 4 DSGVO vorliegen, welche regelmässig nur mittels Einwilligung gerechtfertigt werden kann (Art. 13 DSGVO). Eine Einwilligung ist ohnehin nach Art. 3 lit. o UWG zwingend notwendig. Die informierte Einwilligung ist idealerweise vom Datenbeschaffer im Zeitpunkt der Datenbeschaffung sicherzustellen.

Wie weit die Information im Zusammenhang mit der Einwilligung reichen muss, ergibt sich, wie bereits erwähnt, weder aus Art. 3 lit. o UWG, noch aus dem Datenschutzgesetz ausreichend klar. Die Kunden bzw. betroffenen Personen müssen sich jedoch eine Vorstellung über den Kreis der Datenempfänger machen können. Möchte der Beschaffer der Personendaten die Adressen an einen unbeschränkten Kreis von Empfängern weitergeben, sind die Anforderungen an die Einwilligung entsprechend hoch. Die Information und Einwilligung hat ausdrücklich zu erfolgen. Wenn die Information und Einwilligung in AGBs erfolgen soll, darf der Kreis der Dritten nicht unerwartet groß oder unerwartet zusammengesetzt sein. Eine Weitergabe von Adressen mittels Einwilligung und Information in den AGB dürfte demnach z. B. bei der Weitergabe an andere Gruppengesellschaft-

ten zulässig sein, nicht jedoch an eine unbeschränkte Anzahl von Dritten.

Wichtig mit Blick auf Art. 3 lit. o UWG ist darüber hinaus, dass sich der Werbetreibende nicht auf die Zusicherung über des Dritten verlassen kann, es liege eine ausreichende Einwilligung vor.

Beschaffung aus öffentlich zugänglichen Quellen

Viele werbetreibende Unternehmen gehen davon aus, dass es für die Nutzung von E-Mail-Adressen, die aus öffentlichen Quellen beschafft wurden, keine Nutzungsbeschränkungen gibt. Diese häufig geäußerte Meinung ist nicht korrekt.

E-Mail-Adressen können insbesondere über Recherchen im Internet gesammelt werden. In diesem Fall wird sich der Versender von Werbe-E-Mails weder auf eine (stillschweigende oder ausdrückliche) Einwilligung berufen können, noch auf eine vorbestehende Geschäftsbeziehung. Somit besteht für einen zulässigen Werbeversand per E-Mail (gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG) kein Raum.

Auch aus datenschutzrechtlicher Sicht ist die Nutzung von aus öffentlichen Quellen beschafften E-Mail-Adressen für Werbe-E-Mails problematisch. Die Adressgewinnung aus öffentlichen Quellen ist für die betroffene Person regelmäßig nicht erkennbar, weshalb Art. 4 Abs. 4 DSGVO verletzt ist. Auf den ersten Blick erscheint es datenschutzrechtlich möglich, sich darauf zu berufen, dass die betroffenen Personen die E-Mail-Adressen allgemein zugänglich gemacht haben und der Versand der Werbe-E-Mails deswegen (nach Art. 12. Abs. 3 DSGVO) vermutungsweise

keine Persönlichkeitsverletzung darstellt. Diese Vermutung gilt jedoch nur für Datenbearbeitungen im Rahmen des aus den Umständen ersichtlichen von der betroffenen Person verfolgten Veröffentlichungszwecks. Eine Person, die seine E-Mail-Adresse auf seiner Webseite angibt, will nicht zwingend zur Zustellung von Massenwerbung einladen.

Der Kontext der Veröffentlichung der Adresse kann aber auch dazu führen, dass der Veröffentlichungszweck die Zustellung von gezielter Werbung abdeckt z.B. Eintragung der E-Mail Adresse in Branchenbücher, Verzeichnisse, usw.

Vorsicht: Marktortprinzip

Die Schweizer Gesetzgebung ist, wie bereits erwähnt, weniger detailliert als diejenige Deutschlands. Es ist deshalb verständlich, dass die meisten Schweizer Unternehmen die detaillierteren ausländischen Vorgaben nicht beachten.

Allerdings gibt es einen nicht ganz harmlosen „Pferdefuss“, dessen sich Schweizer Unternehmen bewusst sein sollten: Versendet ein Schweizer Unternehmen nämlich E-Mails an Empfänger aus dem Ausland, hat dieser Versand von Werbe-E-Mails gemäß dem Grundsatz des „Marktortprinzips“ grundsätzlich ausländisches (und somit meist detaillierteres) Recht einzuhalten.

Was bedeutet der Begriff „Marktortprinzip“?

Der Marktort ist jener Ort, an dem auf den Empfänger marketingmässig eingewirkt werden soll. Indizien zur Bestimmung des

Marktortes sind:

- ▶ Länderkennung der E-Mail-Adresse (z. B. @beispielmail.de),
- ▶ Sprache der E-Mail,
- ▶ Länderbezogenheit des Werbeprodukts (z. B. deutsche Internetseiten).

Wendet man die obige Definition streng an, muss also bei Abonnenten für einen deutschsprachigen Newsletter davon ausgegangen werden, dass sie auch aus Deutschland stammen können. Als Pflichtfeld bei der Anmeldung darf damit lediglich die E-Mail-Adresse erhoben werden. Darüber hinaus ist das Unternehmen verpflichtet, die Anmeldung – egal, ob diese offline oder online erfolgt ist – glaubhaft und lückenlos nachweisen zu können.

Selbstverständlich spielen Faktoren wie die Größe des werbetreibenden Unternehmens sowie die Frage, ob das Unternehmen regional, national oder gar international tätig ist, eine große Rolle bei der Frage nach der Wichtigkeit dieser Regelung. So ist bei einem rein lokal tätigen Kleinunternehmen wohl nur in den seltensten Fällen davon auszugehen, dass sich Kunden aus Deutschland für den Newsletter anmelden, dies dann „vergessen“ und sich später über die ungewollte Zustellung von E-Mails beschweren.

Allerdings sollte sich jedes Unternehmen, welches die Vorteile des Mediums E-Mail zur Gewinnung und Bindung von Kunden nutzen möchte, genau überlegen, ob es sich mit seiner Kommunikationspolitik „nur“ haarscharf an die gesetzlichen Vorgaben halten möchte oder ob nicht vielmehr das grundsätzlich wohlwollende Einverständnis mit (potentiellen) Kunden die Vorzeichen für die Kommunikation setzen sollte.

Sanktionen bei der Verletzung der gesetzlichen Vorgaben

Wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach Artikel 3 UWG begeht, wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 23 UWG). Allerdings gibt es bisher in der Schweiz kein rechtskräftiges Bundesgerichtsurteil zu diesem Tatbestand (Art. 3 lit. o UWG). Soweit ersichtlich, hatte sich lediglich das Kantonsgericht Luzern in einem Entscheid vom 1. Juli 2014 mit dem Artikel zu befassen (LGVE I Nr. 6 2014). Ein Empfänger eines Werbe-E-Mails hat gegen das werbetreibende Unternehmen Strafanzeige eingereicht. Die Staatsanwaltschaft hatte das Strafverfahren eingestellt. Das Kantonsgericht hat auf Beschwerde hin diesen Entscheid bestätigt. Im Zusammenhang mit dem Urteil hielt das Kantonsgericht u.a. auch fest, dass gemäss Gesetz kein Double-Opt-In notwendig sei. Der zu beurteilende Fall zeigt jedoch dennoch, weshalb diese Anmeldemethode empfehlenswert ist. In besagtem Fall behauptete der Empfänger des Werbe-E-Mails, er habe weder seine E-Mail-Adresse, noch seine Einwilligung gegeben. Das werbetreibende Unternehmen sagte dagegen aus, dass die E-Mail-Adresse auf ihrer Webseite betreffend den Newsletter-Empfang eingegeben worden sei.

Bei Verletzungen des Datenschutzgesetzes sind im geltenden Recht mit wenigen Ausnahmen keine griffigen Sanktionen vorgesehen. Die Verletzung des Transparenzgebotes wird im geltenden DSG nicht strafrechtlich sanktioniert, sofern es sich lediglich um „normale“ Daten handelt (Art. 34 DSG). Anders könnte es allenfalls aussehen, wenn bei der Beschaffung von Personendaten aus

Drittquellen nebst E-Mail-Adressen, welche als „normale“ Personendaten zu qualifizieren sind, auch besonders schützenswerte Daten erhoben werden bzw. ein Persönlichkeitsprofil entsteht. Dann ist nach Art. 14 DSGVO eine aktive Informationspflicht vorgesehen. Die Verletzung dieser Pflicht kann mit Bußgeld sanktioniert werden (Art. 34 Abs. 1 DSGVO). Zudem kann die betroffene Person jederzeit zivilrechtlich klagen (Art. 15 Abs. 1 DSGVO). Sie kann verlangen, dass eine weitere Bearbeitung der Daten untersagt bzw. die von ihr erhobenen Daten gelöscht werden müssen. In Zukunft sollen die Sanktionsmöglichkeiten bei Datenschutzverletzungen ausgebaut werden. Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte soll insbesondere die Kompetenz erhalten, bei Widerhandlung gegen seine Empfehlungen zur Behebung von Datenschutzverletzungen substantielle Bußgelder auszusprechen. Im Moment ist das Revisionsprojekt erst in der Phase der Expertenberatung. Es wurde noch kein konkreter Vorentwurf ausgearbeitet. Sollte die Revision in Zukunft durchkommen und sich das revidierte schweizerische Datenschutzgesetz, wie zu erwarten ist, auch an der Europäischen Datenschutzgrundverordnung orientieren, müssen werbetreibende Unternehmen der Einhaltung des DSGVO viel mehr Beachtung schenken als dies gegenwärtig der Fall ist.

Wichtig ist nicht nur, was Recht ist

Auch wenn die Durchsetzung des Schweizer Spam-Gesetzes eher Theorie als Praxis ist, sollten werbetreibende Unternehmen folgendes berücksichtigen: (potentielle) Kunden, die sich „gespammt“ fühlen, entwickeln nachweislich und sehr rasch eine abwehrende Haltung gegenüber dem werbetreibenden Unternehmen.

Deshalb empfiehlt es sich für Schweizer Unternehmen durchaus, die deutlich detaillierteren rechtlichen Grundlagen Deutschlands sowie das Double-Opt-In-Verfahren einzuhalten; damit ist sichergestellt, dass alle Abonnenten – egal ob aus der Schweiz oder aus dem benachbarten Ausland – rechtskonform angeschrieben werden. Der Empfängerstamm bleibt zwar möglicherweise durch die Anwendung der Anmeldemethode „Double-Opt-In“ etwas kleiner, enthält dafür jedoch wirklich nur jene Leser, die sich für das Angebot des Absenders wirklich interessieren und auf seine E-Mails dementsprechend auch reagieren werden. Die nachfolgende Checkliste zeigt auf, welche Bedingungen ein Unternehmen beim Versand von Marketing-Mails in der Schweiz zwingend zu erfüllen hat – und welche es zudem mit Vorteil freiwillig erfüllt. Die Checkliste ist nicht als abschließend zu betrachten. Namentlich für mittlere und größere Unternehmen empfiehlt es sich zudem, für die Ausarbeitung der E-Mail-Marketing-Guidelines einen Spezialisten für Kommunikationsrecht beizuziehen.

Checkliste

- ✓ Korrekte und unmissverständliche Absenderadresse (wahre Identität)
 - › Pflicht
- ✓ Vorherige ausdrückliche Einwilligung oder bestehende wirtschaftliche Beziehung zum Empfänger (Empfänger ist Kunde)
 - › Pflicht
- ✓ Einfache und gut sichtbare Ablehnungsmöglichkeit für künftige Sendungen (derselbe Kommunikationsweg, keine weiteren Kosten); z. B. Abmeldelink, Abmeldung per Rückantwort-E-Mail
 - › Pflicht

- ✓ Online-Einwilligung: Checkbox, welche die Einwilligung zum Empfang der Werbe-E-Mails des Absenders wiedergibt, muss ausdrücklich geklickt werden (keine bereits vormarkierte Checkbox)
 - › Pflicht
- ✓ Abgemeldete Empfänger werden nicht mehr per E-Mail kontaktiert
 - › Pflicht
- ✓ E-Mails an bestehende Kunden: Keine Zustellung von Drittwerbung, ohne dass vorher deren ausdrückliche Einwilligung eingeholt wurde
 - › Pflicht
- ✓ Keine automatisierten Werbe-E-Mails an E-Mail-Adressen, welche aus öffentlichen Quellen beschafft wurden
 - › Pflicht
- ✓ Beim Versand von Werbe-E-Mails an gekaufte Adressen ist zwingend eine schriftliche Zusicherung des Verkäufers darüber einzuholen, dass die betroffenen Personen eine gültige Einwilligung abgegeben haben. Idealerweise sollte das werbetreibende Unternehmen die gültige Einwilligung stichprobeweise prüfen
 - › Empfohlen
- ✓ E-Mails an bestehende Kunden: Keine Bewerbung eigener Produkte/Dienstleistungen, ohne dass vorher deren entsprechende ausdrückliche Einwilligung eingeholt wurde
 - › Empfohlen
- ✓ Vollständiges Impressum mit Offline Kontaktmöglichkeit (Adresse, Telefonnummer) und Gewähr der Erreichbarkeit des Absenders
 - › Empfohlen
- ✓ Online-Anmeldung ausschließlich über Double-Opt-In (Nachvollziehbarkeit!)
 - › Empfohlen
- ✓ Offline eingeholte Einwilligungen werden

gespeichert/abgelegt (Nachvollziehbarkeit!)

➤ **Empfohlen**

- ✓ Verzicht auf den Versand von E-Mails an Kunden, mit denen man längere Zeit keinen Kontakt mehr hatte

➤ **Empfohlen**

Weitere nützliche Informationen zum Thema:

- Website des Eidgenössischen Datenschutz und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB):

<http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00683/00803/00816/index.html?lang=de>

- <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00612/00660/00687/index.html>

- www.kommunikationsrecht.ch

8.2 Die Rechtslage in Österreich

Der Rechtsrahmen für E-Mail-Marketing ist nach österreichischem Recht auf verschiedene gesetzliche Regelungen verteilt, von welchen Fragmente ebenso wie die deutschen Regelungen die Umsetzung der entsprechenden EU-Richtlinie sind. Die praktische Umsetzung dieser Regelungen weicht zum Teil deutlich vom deutschen Recht ab. Der nachfolgende Überblick beschränkt sich auf die österreichischen Vorschriften zum unverlangten Zusenden von elektronischer Post, sowie damit zusammenhängende Informationspflichten und Datenschutzbestimmungen. Spezialregelungen in sektor- und branchenspezifischen Gesetzen werden in diesem Überblick nicht beleuchtet. Es bestehen Parallelen zwischen dem österreichischen und dem deutschen Datenschutzrecht, wobei das österreichische Recht kein spezielles Pendant

zu den Datenschutzbestimmungen im deutschen Telemediengesetz (TMG) kennt.

Einleitung

Die Hürden für das zulässige Versenden von elektronischer Post sind in § 107 Abs. 2, 3 und 5 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003) geregelt. Betroffen von diesen Regelungen sind E-Mails an Verbraucher (B2C) und Unternehmen (B2B). Flankierende Regelungen sind im E-Commerce-Gesetz (ECG) enthalten.

Zulässigkeit des E-Mail-Marketing – Grundsatz des Opt-In

Das österreichische Recht sieht – ebenso wie das deutsche Recht – im Grundsatz ein „Opt-In“-Verfahren vor.

Nach § 107 Abs. 2 TKG 2003 ist eine **Einwilligung** des Adressaten der E-Mail in die Zusendung notwendig, wenn

- die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt
- oder
- sie sich an mehr als 50 Empfänger richtet.

Von Direktwerbung gehen die österreichischen Gerichte ähnlich großzügig aus wie deutsche Gerichte, sodass insbesondere Newsletter und Informations-Mails erfasst sind. Der Empfänger soll vor einer Verletzung der Privatsphäre durch unerwünschte elektronische Zusendungen und einem Kostenaufwand bzw. sonstigen Belastungen bewahrt werden. Laut dem österreichischen Verwaltungsgerichtshof (VwGH) [VwGH, 19.12.2013, 2011/03/0198] sind die Bestimmungen des TKG 2003 auch auf

Wahlwerbung anzuwenden, da ebenfalls eine entsprechende verpönte Wirkung erzielt werden soll. Die Eingabe einer E-Mail-Adresse in ein öffentliches Online-Mitgliederverzeichnis genügt hier nicht als Zustimmung.

Werden E-Mails an mehr als 50 Empfänger verschickt, unterliegen nach dem Gesetzeswortlaut auch private E-Mails dem TKG 2003. Auch, wenn die Bedeutung für die Praxis gering ist, müssten – rein rechtlich – die Anforderungen des Gesetzes (z. B. Abmeldemöglichkeit) erfüllt werden.

Die nach dem Gesetz erforderliche Einwilligung muss vor dem Versand der E-Mails eingeholt werden. Es bestehen **keine Formvorschriften** für die Zustimmung, was bedeutet, dass auch eine schlüssige Zustimmung grundsätzlich gültig wäre. Die Beweislast für das Vorliegen einer Einwilligung des Empfängers trifft allerdings den Versender der E-Mail. Daraus ergibt sich, dass das Einholen der Einwilligung so gestaltet sein sollte, dass diese beweisbar ist. Hier stellen sich im österreichischen und deutschen Recht vergleichbare Probleme des Nachweises (siehe dazu Kapitel oben zur Beweislast im deutschen Recht). Als üblicher Standard bietet sich das „Double-Opt-In“-Verfahren an, bei dem beispielsweise nach der Anmeldung zu einem Newsletter eine werbefreie E-Mail mit der Frage, ob man wirklich den Newsletter beziehen wolle, versandt wird. Die daraufhin erfolgende Bestätigung ist relevant. Gesetzliche Vorschriften zur Art des Anmeldeverfahrens gibt es jedenfalls nicht. Wird das Anmeldeverfahren zu kompliziert ausgestaltet, geht damit immer die Gefahr einher, dass am Ende weniger Anmeldungen generiert werden.

Um das anwendbare Recht im jeweiligen Fall zu bestimmen, gilt im EU-Raum das **Empfängerland-Prinzip**. Es ist also immer jenes Recht anzuwenden, dem der Empfänger der E-Mail unterliegt. Diese „Tatortfiktion“ ist in Österreich in § 107 Abs. 6 TKG 2003 geregelt. Der österr. VwGH hat dazu ausgeführt [VwGH, 19.12.2013, 2012/03/0052], dass es schon nach dem **Schutzprinzip** der Regelung nicht auf den Standort des Servers ankommen könne. Auch, wenn nicht erkennbar ist, wo die E-Mail letztendlich abgerufen wird, sei das (laut VwGH) keine Entschuldigung für die Verletzung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen.

Zulässigkeit des E-Mail-Marketing – „Opt-Out“ als Ausnahme

§ 107 Abs. 3 TKG 2003 sieht – vergleichbar zum deutschen § 7 Abs. 3 UWG – eine Ausnahme vom Grundsatz des Opt-In bei bestehenden Kundenbeziehungen vor. Der Hintergrund ist, dass sowohl die österreichische als auch die deutsche Regelung auf einer europäischen Richtlinie beruhen.

Eine **Ausnahme von der Notwendigkeit einer Einwilligung** besteht gemäß § 107 Abs. 3 TKG 2003, wenn

- ▶ der Absender die Kontaktinformation für die Nachricht im Zusammenhang mit einem Verkauf oder einer Dienstleistung an seinen Kunden erhalten hat, UND
- ▶ die Nachricht zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgt, UND
- ▶ der Empfänger bei der Erhebung sowie zusätzlich bei jeder Übertragung klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine

solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation kostenfrei und problemlos abzulehnen **UND**

- der Empfänger die Zusendung nicht von vornherein, insbesondere nicht durch Eintragung in die in § 7 Abs. 2 ECG genannte Liste, abgelehnt hat.

Die vorgenannten Voraussetzungen müssen alle gleichzeitig erfüllt sein („UND“). Ist eine der Voraussetzung nicht erfüllt, greift die Ausnahme nicht und es ist eine Einwilligung erforderlich. Wenn die Ausnahmebestimmung greift, kommt allerdings § 7 Abs. 1 ECG zum Tragen, wonach kommerzielle Kommunikation bei Eingang beim Empfänger in jedem Fall klar und deutlich als solche erkennbar sein muss.

Die Ablehnung im Vorhinein – die zuletzt genannte Voraussetzung – muss nicht zwingend gegenüber dem Versender erfolgt sein. Der Widerspruch kann auch durch Eintragung in die in § 7 Abs. 2 ECG genannte Liste – sog. „ECG-Liste“ (Robinson-Liste) – erfolgen. Es ist daher zumindest ein Abgleich mit dieser „Sperrliste“ vor jedem Versand erforderlich. Diese Liste wird von der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) geführt. Die Liste kann bei der RTR-GmbH elektronisch angefragt und abgeglichen werden. Es bestehen drei Verfahren zum Abgleich dieser „ECG-Liste“ (Stand 04.05.2016: https://www.rtr.at/de/tk/TKKS_ECGListe). Bei allen Verfahren soll sichergestellt sein, dass die Eingetragenen nicht im Klarnamen dem potentiellen Versender bekannt werden. Die große Besonderheit der österreichischen Variante dieser „Sperrliste“ liegt darin, dass sie gesetzlich verankert und damit in weitaus größerem Umfang durchsetzbar ist. Sie vermag zwar die

Eingetragenen genauso wenig endgültig von Spam zu befreien, ist aber trotzdem wirkungsvoller. In vielen anderen Ländern werden Robinson-Listen von Vereinen oder ähnlichen Einrichtungen geführt, die entweder nur für eigene Mitglieder verbindlich sind, oder freiwillige Unterwerfung der Werbenden voraussetzen. Das ist in Österreich eben nicht der Fall. Da, abgesehen von bestehenden Kundenbeziehungen, grundsätzlich das Prinzip vorheriger Zustimmung greift, ist der „ECG-Liste“ allerdings in allen anderen Fällen der Anwendungsbereich entzogen.

Inhaltliche Anforderungen

Bei Direktwerbung darf nach § 107 Abs. 5 TKG 2003 die Identität des Absenders bzw. des Auftraggebers der Versendung der E-Mail nicht verschleiert oder verheimlicht werden. Ferner muss der Empfänger, wie auch in Deutschland, jederzeit die Möglichkeit haben, sich beispielsweise von einem Newsletter problemlos und kostenfrei wieder abmelden zu können. Die Möglichkeit muss klar und deutlich sein, auch hier bestehen aber keine spezifischen Formvorschriften. Müssten dazu mehrere Schritte durchgeführt und etwa ein Benutzer-Account-Passwort eingegeben werden, könnte das in Zukunft möglicherweise von Gerichten schon als „zu schwierig“ eingestuft werden. Es kann aus dem Gesetz auch kein Zwang des Empfängers abgeleitet werden, wonach er sich unbedingt an die Vorgabe des Versenders halten muss. Wird einfach auf eine E-Mail geantwortet, sollte das als Abmeldung genügen. Allerdings muss schon nach § 107 Abs. 5 TKG 2003 jede einzelne E-Mail immer eine authentische Adresse enthalten, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten

kann. Dies ist mit dem deutschen § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG vergleichbar.

Informationspflichten

Nach dem österreichischen § 24 Mediengesetz (MedienG) und § 5 ECG ist – sofern anwendbar – ein **Impressum** einzufügen. Das MedienG ist auf E-Mail-Werbung (periodisches bzw. wiederkehrendes elektronisches Medium) nach § 1 Abs. 5a lit c anzuwenden, sofern E-Mails zumindest vier Mal im Kalenderjahr in vergleichbarer Gestaltung versendet werden. Der Anwendungsbereich des ECG ist sehr weit gefasst, Online-Produktwerbung genügt bereits, um darunter zu fallen. Für die Erfüllung der Impressumspflicht reicht es schon aus, bloß einen Link zum Impressum in die E-Mail zu integrieren, da es keine Verpflichtung gibt, dass schon die Nachricht selbst all diese Informationen enthält.

§ 25 MedienG sieht zusätzlich eine Offenlegung vor, die auch mit dem Impressum abgedeckt werden kann. Diese Offenlegungspflicht ist vorrangig für juristische Personen von Bedeutung, da sie bei natürlichen Personen grundsätzlich der Impressums-Angabe des § 24 MedienG entspricht. Die verpflichtenden Angaben unterscheiden sich also je nach Rechtsform des Unternehmensträgers. Eine Ausnahme besteht gemäß § 25 Abs. 5 MedienG allerdings für E-Mails (Newsletter), deren Inhalt nicht über die Darstellung des persönlichen Lebensbereichs hinausgeht, vor allem nicht erkennbar und vorrangig auf die Beeinflussung der öffentlichen Meinungsbildung abzielt. In diesem Fall ist die Offenlegungspflicht stark eingeschränkt und es müssen nur wenige verpflichtende Angaben gemacht werden. § 26 MedienG normiert die Pflicht, entgeltliche Einschaltungen in den

E-Mails auch ausdrücklich als solche zu kennzeichnen, um keinen Zweifel über deren Charakter entstehen zu lassen.

Für E-Mails gilt im Weiteren auch die Regelung des § 14 Unternehmensgesetzbuch (UGB) für „Geschäftspapiere und Bestellscheine“. Die Bestimmung ist auf alle im Firmenbuch eingetragene Unternehmer anzuwenden und sieht wiederum je nach Rechtsform unterschiedliche Angaben vor. Die Mindestinformationen überschneiden sich zwar Großteil mit dem MedienG, müssen aber direkt in der Nachricht angeführt werden. Im Wesentlichen geht es um firmenbuchrechtliche Informationen und die Struktur von Gesellschaften. Eine Sonderregelung für bestehende Geschäftsverbindungen sieht § 14 Abs. 4 UGB vor.

Datenschutz

Sobald (auch) personenbezogene Daten analysiert werden, ist das Datenschutzgesetz 2000 (DSG) zu beachten. Damit in das **Grundrecht auf Datenschutz überhaupt** eingegriffen werden darf, müssen bestimmte Grundsätze der Datenverwendung erfüllt sein. Dabei geht es insbesondere darum, dass Daten rechtmäßig und für einen bestimmten, eindeutigen Zweck verwendet werden, für die Erreichung des Zwecks erforderlich sind und nicht länger als nötig aufbewahrt werden. Ein Eingriff darf nur im erforderlichen Ausmaß erfolgen und muss das gelindeste Mittel zur Erreichung des Zwecks darstellen. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kommt grundsätzlich § 8 Abs. 1 DSG zur Anwendung. Besteht keine gesetzliche Ermächtigung bzw. Verpflichtung, werden keine lebenswichtigen Interessen des Betroffenen gewahrt, sind die Daten nicht allgemein verfügbar oder werden sie im überwiegenden

Interesse des Auftraggebers verwendet, muss der Betroffene jedenfalls seine Zustimmung erteilen. Handelt es sich um sensible Daten, enthält § 9 DSGVO noch wesentlich strengere Anforderungen.

Diese datenschutzrechtlichen Pflichten sollten schon bei der ersten Berührung von personenbezogenen Daten beachtet werden. Praktisch ist in den meisten Fällen eine Zustimmung zur Datennutzung einzuholen, wobei sich ein expliziter Datenschutz-Hinweis empfiehlt. Auf Websites kann dies wiederum mit einer Checkbox gelöst werden.

Tell-a-Friend-Funktion

Auch in Österreich ist die Freundschaftswerbung mit Vorsicht zu genießen; das BGH-Urteil von 2013 kann als Orientierungshilfe dienen. Der Oberste Gerichtshof (OGH) hat sich bereits 2009 zu dem Thema geäußert [OGH 9.6.2009, 4 Ob 26/09s] und ein „Bonusprogramm“ eines Versicherungsvermittlers, der seinen Kunden für den Fall der Anwerbung von zwei weiteren Versicherungskunden in Aussicht stellte, die (eigenen) Versicherungsprämien zurückzuerstatten, als „Schneeballsystem“ eingestuft. „Schneeballsysteme“ sind in Österreich gemäß § 27 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) verboten. Der Einsatz eigener Kunden als Anwerber kann also zumindest im Einzelfall unlauter sein.

Sanktionsmöglichkeiten

Eine österreichische Besonderheit ist, dass in § 109 Abs. 3 Nr. 20 TKG 2003 eine **Verwaltungsstrafbestimmung** vorgesehen ist, wonach mit einer Geldstrafe bis zu 37.000 Euro bestraft werden kann, wer entgegen

§ 107 Abs. 2 oder 5 TKG 2003 E-Mails bzw. Direktwerbung zusendet. Neben Vorsatz genügt auch Fahrlässigkeit, um die Sanktion auszulösen. **Fahrlässigkeit wird bei Übertreten der Verbotsnorm automatisch unterstellt.** Das hat in der Praxis zur Folge, dass ein Versender selbst aktiv werden muss, um sich zu entlasten. Hierzu müssen Tatsachen vorgebracht und Beweismittel beigebracht werden. Allgemein gehaltene Behauptungen reichen nicht aus, um die Fahrlässigkeitsannahme zu entkräften. Der Eintritt einer Gefahr oder eines Schadens ist nicht Voraussetzung. Ein wiederholtes Begehen kann gemäß § 109 Abs. 5 TKG 2003 die Geldstrafe erhöhen.

Wie in Deutschland drohen daneben Ansprüche auf Unterlassung oder Schadensersatz. Die Reaktion auf solche Ansprüche, insbesondere auf Abmahnungen, ist ähnlich wie in Deutschland. Dennoch muss in jedem Fall eine Prüfung und Bewertung durch einen entsprechenden Experten erfolgen, da es gleichwohl Abweichungen vom deutschen Recht gibt. Es besteht insbesondere die Gefahr, dass die der Gegenseite zu erstattenden Kosten höher sind als in Deutschland.

Sowohl Privatpersonen als auch Wirtschaftsunternehmen, die Empfänger der E-Mail sind, können einen Unterlassungsanspruch aus § 354 ABGB (österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) geltend machen, der auf der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Eingriff in die Privatsphäre beruht.

Insbesondere konkurrierende Unternehmen – Mitbewerber des Senders – können den Versender gemäß § 14 Abs. 1 i. V. m. § 1 des österreichischen Bundesgesetzes gegen den

unlauteren Wettbewerb (UWG) auf Unterlassung und gemäß § 16 Abs. 1 UWG bei Verschulden auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.

9. Unsere Empfehlung: Certified Senders Alliance

Die vom eco - Verband der Internetwirtschaft e.V. und dem Deutschen Dialogmarketing Verband 2003 ins Leben gerufene zentrale Whitelist „Certified Senders Alliance“ (CSA) bietet E-Mail Service Providern (ESPs) und Unternehmen eine effektive Lösung, Zustellschwierigkeiten bei ihren E-Mail-Kampagnen zu vermeiden und die Qualität ihres E-Mail-Marketings zu erhöhen. Mit der Whitelist wird sichergestellt, dass Empfänger auch die E-Mails erhalten, die sie angefordert haben oder für eine Transaktion benötigen. Vor allem Massenmailings wie Newsletter, aber auch Transaktionsmails (z. B. Rechnungen, Anmeldebestätigungen, Bestellbestätigungen etc.) landen – von den Spam-Filtern möglicherweise versehentlich gefiltert – des Öfteren im Spamordner (sogenannte False Positives) und bleiben dem Empfänger somit in der Regel verborgen. Das kann bei den betroffenen Firmen leicht zu entgangenem Umsatz führen, und beim Nutzer zu einer ärgerlichen Erfahrung.

ISPs können mit der CSA-Whitelist die Zustellung von eingehenden E-Mails an ihre Kunden optimieren, um diese weiterhin wirkungsvoll vor Spam zu schützen. E-Mail-Versender gehen mit einer CSA-Zertifizierung sicher, dass sie sich gegenüber den der CSA angeschlossenen ISPs als vertrauenswürdig und seriös kennzeichnen, und somit Zustellprobleme im Zuge einer mangelnden Reputation vermeiden. Die CSA-zertifizierten Versender

unterwerfen sich strengen Zulassungskriterien. Zertifizierte Dienstleister geben darüber hinaus die CSA-Kriterien über ihre AGBs auch an ihre Kunden weiter. Die Zulassungskriterien erfordern die Erfüllung hoher technischer Standards und rechtlicher Vorgaben, die die CSA zusammen mit den Teilnehmern in einem kontinuierlichen Prozess entwickelt:

- › Die rechtlichen CSA Kriterien stehen im Einklang mit dem geltenden EU-Recht. Jedes Versenden von geschäftlichen E-Mails innerhalb der EU-Mitgliedstaaten muss diesen Kriterien genügen.
- › Die technischen Kriterien wurden auf der Grundlage von Feedback der ISPs, Technologiepartnern und Absendern entwickelt und werden stets, um aktuellen Anforderungen, zu entsprechen angepasst. Beispielfhaft sind die DKIM-Signierung aller Nachrichten sowie die Verwendung von List Unsubscribe – Header, um nur zwei der technischen Kriterien zu nennen.

Des Weiteren besteht eine Reihe von Mechanismen, die Verstöße von Versendern gegen die bestehenden Regeln ahnden. Der Beschwerde- und Zertifizierungsausschuss (BZA) überwacht die Aufnahme neuer Versender und die Einhaltung der Regeln. Die Erfahrung aus dem bisherigen Betrieb zeigt, dass sich die hohen Anforderungen auszahlen. Die Anzahl der eingehenden Beschwerden fällt – relativ zum Versandvolumen der zertifizierten Versender betrachtet – erfreulicherweise niedrig aus. In Einzelfällen muss der BZA dennoch Sanktionen verhängen bzw. bestätigen, um die Qualität der Whitelist zu wahren. Diese Sanktionen dienen dem betroffenen Versender wiederum, um Schwachstellen in den eigenen Prozessen

oder denen ihrer Kunden zu identifizieren und zu beheben, und so größeren Schaden rechtzeitig abzuwenden.

Um die hohe Qualität der Whitelist zu wahren, sind nicht nur die rechtlich-einwandfreie Prüfung und deren Kontrolle über das Beschwerdemanagement notwendig. Es müssen darüber hinaus die technischen Kriterien regelmäßig überprüft werden. So werden die wichtigsten an die versendenden Mailserver gestellten Kriterien täglich automatisiert überprüft und in einem Report festgehalten. Dieser Report enthält auch zusätzliche Tests darüber, ob die Mailserver in ihrem Sendeverhalten negativ aufgefallen sind, sowohl um den zertifizierten Versendern Hinweise zu geben, aber auch um Indizien über Probleme bei der Versendung zu erhalten. Es handelt sich hierbei daher auch um einen zusätzlichen Mehrwert, den eine Teilnahme bei der CSA bietet.

Die CSA ist heute längst nicht mehr nur am nationalen, sondern auch internationalem Markt etabliert und genießt seit Beginn ihres operativen Dienstes einen ständigen Zuwachs an Akzeptanz, was sich wiederum positiv auf das Wachstum der CSA auswirkt. In Zahlen ausgedrückt umfasst die CSA mittlerweile mehr als 100 zertifizierte ESPs und anderen Unternehmen aus 11 verschiedenen Ländern. Auf der anderen Seite decken die der CSA angeschlossenen ISPs mehr als 500 Mio. E-Mail Konten weltweit ab. Darüber hinaus nehmen an der CSA namhafte Technologie- und Kooperationspartner teil, die die Reichweite der CSA weitererhöhen und der CSA wichtige Instrumente zum Monitoren der Versender bereitstellen. Die CSA ist seit Jahren der bekannteste und am meisten verbreitete Qualitätsstandards in

Deutschland und mittlerweile auch weltweit und damit ein großer Erfolg für die internationale Internetwirtschaft.

Die CSA bietet auch weitere Dienstleistungen wie Workshops an, in denen Experten – Marketiers bei der Optimierung von E-Mail-Zustellung, im Bereich Zustellbarkeits-Management trainieren und rechtliche Rahmenbedingungen für rechtskonforme und effektive E-Mail-Kampagnen vermitteln.

Eine aktuelle Liste der Teilnehmer und Partner sowie alle weiteren Informationen über die CSA gibt es auf

<https://certified-senders.eu>.

10. Opt-In oder Opt-Out – Was gilt in einzelnen Ländern weltweit?

Beim internationalen Versand von Werbe-E-Mails stellt sich für den Versender die folgende entscheidende Frage: gilt in dem Land, wo die Empfänger sitzen (Zielland), das Opt-In-Prinzip (vorherige Einwilligung erforderlich) oder eine Opt-Out-Regelung (Abmeldemöglichkeit ausreichend). Denn entscheidend für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Versandaktion ist die Rechtslage in dem jeweiligen Zielland. In allen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union sowie Norwegen, Liechtenstein, Island und der Schweiz gilt Opt-in. Dies ist aber nicht überall auf der Welt der Fall.

Die nachfolgende Liste* beantwortet die Frage nach der Geltung von Opt-In oder Opt-Out für über 60 Länder, aufgeführt nach Kontinenten. Zudem enthält die Liste für die meisten Länder wichtige Hinweise zu den entsprechenden Rechtsgrundlagen.

Europa

Land	Opt-In	Opt-Out	Gesetzliche Grundlagen/ Anmerkungen
Belgien	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Law on Legal Aspects of the Services of the Information Society (Law of 11 March 2003), › Gilt für B2C und B2B
Bulgarien	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Electronic Communications Act (Art. 261, para. 1)
Dänemark	(+)		
Deutschland	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › German Civil Code (BGB) › Act Against Unfair Competition (UWG) › Telemedia Act (TMG) › Federal Data Protection Act (Bundesdatenschutzgesetz, BDSG) › Ausdrückliche Einwilligung nötig, Ausnahme bei Kundenbeziehungen; § 7 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 UWG › Keine Unterscheidung zwischen B2B oder B2C
Estland	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Electronic Communications Act › bei B2B reicht Opt-Out
Finnland	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Finnish Information Society Code (Tietoyhteiskuntakaari 2014/917) (the "ISC") dated 7 November 2014 › In Kraft seit 01. Januar 2015 › Für B2B gilt Opt-Out
Frankreich	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Law on Confidence in the Digital Economy (LECN) › Für Verbraucher gilt: Opt-In erforderlich, es sei denn <ol style="list-style-type: none"> 1. Adresse wurde während eines Kaufs innerhalb der letzten 12 Monate erhalten 2. Produktähnlichkeit 3. Kostenfreie und klar verständliche Opt-Out Möglichkeit › bei B2B reicht Opt-Out

Land	Opt-In	Opt-Out	Gesetzliche Grundlagen/ Anmerkungen
Griechenland	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Law 3471/2006 (G.G. 133A'/28.06.06) "Protection of privacy and personal data in the telecommunications sector"
Island	(+)		
Irland	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Data Protection Act of 1998 › European Communities (Electronic Communications Networks and Services) › (Data Protection and Privacy) Regulations › 2003 (Statutory Instrument No. 535 of 2003) › Data Protection Act of 2003 (amending Data Protection Act of 1988) › Für Verbraucher gilt: Opt-in erforderlich, es sei denn <ul style="list-style-type: none"> 1. Adresse wurde während eines Kaufs innerhalb der letzten 12 Monate erhalten 2. Produktähnlichkeit 3. Kostenfreie und klar verständliche Opt-Out Möglichkeit › bei B2B reicht Opt-Out (Vorsicht: Nur bei E-Mail-Adressen, die wirken, als ob sie geschäftliche wären und nur für Werbung in diesem geschäftlichen Bereich)

Land	Opt-In	Opt-Out	Gesetzliche Grundlagen/ Anmerkungen
Italien	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Anti-Spam Regelung in Sektion 130 des Italienischen Datenschutzgesetzes, Codice in materia di protezione dei dati personali › Für Verbraucher gilt: Opt-In erforderlich, es sei denn <ol style="list-style-type: none"> 1. Adresse wurde während eines Kaufs innerhalb der letzten 12 Monate erhalten 2. Produktähnlichkeit 3. Kostenfreie und klar verständliche Opt-Out Möglichkeit
Kroatien	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Zakon o elektroničkim komunikacijama, NN 73/08, 90/11, 133/12, 80/13, 71/14 "ZEK" › bei B2B reicht Opt-Out (Achtung: nur bei nicht-automatisierte Ansprache von juristischen Personen)
Lettland	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › bei B2B reicht Opt-Out
Liechtenstein	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Communication Act dated 17 March 2006 › In Kraft seit 06. Juni 2006
Luxemburg	(+)		
Litauen	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Law on Electronic Communications (the "LOEC")
Malta	(+)		
Niederlande	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Telekommunikationsgesetz, Bundesdatenschutz; seit 01. Oktober 2009 in Kraft: The New Dutch Opt-In Law › Für B2B und B2C gilt: Opt-In erforderlich, es sei denn <ol style="list-style-type: none"> 1. Adresse wurde während eines Kaufs innerhalb der letzten 12 Monate erhalten 2. Produktähnlichkeit 3. Kostenfreie und klar verständliche Opt-Out Möglichkeit

Land	Opt-In	Opt-Out	Gesetzliche Grundlagen/ Anmerkungen
Norwegen	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Marketing Control Act, vom 9. Januar 2009 › In Kraft seit seit 01. Juni 2009
Österreich	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Opt-In bei B2C und B2B , Ausnahme bei Kundenbeziehungen; § 107 Abs. 2, Abs. 3 TKG 2003, (Novelle 2006)
Polen	(+)		
Portugal	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › 2000/31/EC › Decree-Law 7/2004 (Art. 22) › bei B2B reicht Opt-Out
Rumänien	(+)		
Slowenien	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Slovenian Electronic Communications Act (Zakon o elektronskih komunikacijah, UL RS No. 109/2012, 110/2013) (the "ZEKom-1") › In Kraft seit 15. Januar 2013 › Electronic Commerce Market Act (Zakon o elektronskem poslovanju na trgu, UL RS No. 96/2009 and 19/2015) (the "ZEPT") › bei B2B reicht Opt-Out (seit 04. April 2015)
Spanien	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Information Society Services and Electronic Commerce Act (34/2002 of 11 July) › Royal Decree 1720/2007 › Für Verbraucher gilt: Opt-In erforderlich, es sei denn <ol style="list-style-type: none"> 1. Adresse wurde während eines Kaufs innerhalb der letzten 12 Monate erhalten 2. Produktähnlichkeit 3. Kostenfreie und klar verständliche Opt-Out Möglichkeit
Schweden	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Swedish Marketing Act › bei B2B reicht Opt-Out

Land	Opt-In	Opt-Out	Gesetzliche Grundlagen/ Anmerkungen
Schweiz	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Art. 3 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: › Massenwerbung per E-Mail ist in der Schweiz nur dann zulässig, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: <ol style="list-style-type: none"> 1. vorherige Einwilligung der Kunden 2. Angabe des korrekten Absenders 3. Hinweis auf problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit
Slowakei	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Section 62 Act on Electronic Communications ("ECA") › In Kraft seit 01. November 2011
Tschechien	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Act No. 480/2004
Ukraine	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › bei B2B reicht Opt-Out
Ungarn	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Act No. XLVIII of 2008 on the Basic Conditions on and Restrictions of Commercial Advertising (the "Advertising Act")
Vereinigtes Königreich	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Privacy and Electronic Communications (EC Directive) Regulations 2003: › Für Verbraucher: Opt-In erforderlich, es sei denn <ol style="list-style-type: none"> 1. Adresse während eines Kaufs innerhalb der letzten 12 Monate erhalten 2. Produktähnlichkeit 3. Kostenfreie und klar verständliche Opt-Out Möglichkeit
Zypern	(+)		<ul style="list-style-type: none"> › Section 06 of the Regulation of Electronic Communications and Postal Services Law of 2004

USA/ Südamerika/ Kanada

Land	Opt-In	Opt-Out	Gesetzliche Grundlagen/ Anmerkungen
USA		(+)	<p>➤ CAN-SPAM-ACT: Folgende Punkte stellen die wichtigsten Inhalte des Gesetzes dar (Sektion 5): Absender muss identifizierbar sein</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Irreführende Betreffzeilen sind verboten, d.h. die Betreffzeile darf den Empfänger ausschließlich über den wahren Inhalt der Mail informieren. 2. Opt-Out Option oder Unsubscribe Möglichkeit muss gegeben sein 3. die postalische Anschrift des Absenders muss angegeben sein
Argentinien		(+)	<p>➤ Personal-Data-Protection Act. ➤ Es existiert zwar kein Gesetz ausschließlich zum Emailmarketing. Abschnitt 27 des Personal-Data-Protection enthält jedoch zur Regelungen zur Opt-Out-Möglichkeit bei Werbemails</p>
Brasilien		(+)	<p>➤ Opt-In zwar (noch) nicht erforderlich, aber ratsam, weil Tendenz zum Opt-In vorhanden</p>
Chile	(+)		
Costa Rica	(+)		

Land	Opt-In	Opt-Out	Gesetzliche Grundlagen/ Anmerkungen
Kanada	(+)		<p> ▶ http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-1.6/index.html ▶ seit dem 01.07.2014: Opt-In Regime, Annäherung an deutsche Regelungen und überarbeitetes Anti-Spam-Gesetz: Canada's Anti Spam Law (CASL); </p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ausdrückliche Zustimmung des Empfängers zum Erhalt der Werbemail, bevor diese verschickt wird 2. keine falsche oder irreführende Nachrichtenkopfzeile (Versender oder Betreffzeile); 3. keine Änderung der Sendedaten; 4. ein deutlich sichtbarer bzw. auffindbarer „Unsubscribe-Link“; Die Werbemail muss die postalische Adresse des Absenders enthalten; 5. Keine Verwendung von E-Mail-Adressen, die auf unzulässige Weise gesammelt wurden und
Kolumbien	(+)		
Mexiko	(+)		
Peru	(+)		
Venezuela	(+)		Consumer Protection Law

Afrika

Land	Opt-In	Opt-Out	Gesetzliche Grundlagen/ Anmerkungen
Südafrika	(+)		

Asien/Australien

Land	Opt-In	Opt-Out	Gesetzliche Grundlagen/ Anmerkungen
Australien	(+)		› Spam Act 2003, stets vorherige ausdrückliche Einwilligung notwendig
Bahrain		(+)	
China	(+)		› China's Regulations on Internet Email Services 2006
Dubai		(+)	
Hong Kong	(+)		› Personal Data (Privacy) Ordinance (the "PDPO") which contains the Data Protection Principles (the "DPP") › bei B2B reicht Opt-Out
Indien			› E-Mail Marketing nicht geregelt
Indonesien	(+)		› Law No. 11 of 2008 on Electronic Information and Transaction („EIT Law“)
Israel	(+)		› Section 30A of the Telecommunications Act
Japan	(+)		› "New Anti-Spam Law" 2008, starke Anpassung an die europäischen Grundsätze
Malaysia	(+)		› bei B2B reicht Opt-Out
Neuseeland	(+)		› Unsolicited Electronic Messages Act 2007; › Privacy Act 1993
Philippinen	(+)		
Russland	(+)		
Saudi Arabien	(+)		
Singapur		(+)	› Singapore enacted the SPAM Control Act in 2007
South Korea	(+)		› since November 2014
Türkei		(+)	
Vereinigte Arabische Emirate	(+)		
Vietnam	(+)		

* Stand Mai 2016: Danach erfolgte Gesetzesänderungen sowie die ständige Rechtsprechung in den einzelnen Ländern wurden nicht berücksichtigt. Die Bezeichnung „B2B“ kann in einzelnen Ländern auch nur juristische Personen umfassen.

Hinweis für die CSA Versender: Es gilt stets die Erforderlichkeit eines Opt-In entsprechend den CSA Regularien, um in den Vorteil einer optimierten Zustellung zu kommen und den strengen Anforderungen der ISPs zu entsprechen.

Autoren & Lektorat

Autoren

Dr. Torsten Schwarz
Inhaber Absolit Consulting und
Email-Marketing-Forum.de
<https://www.absolit.de>

Christian Schmoll
Rechtsanwalt, g3s Rechtsanwälte
www.g3s.legal,
Senior Counsel, Sprinklr, Inc.
www.sprinklr.com

Lukas Bühlmann
Rechtsanwalt und Partner,
Bühlmann Rechtsanwälte AG
<http://www.br-legal.ch>

Tamino Chochola
Stadler Völkel Rechtsanwälte GmbH
www.svlaw.at

Dr. Arthur Stadler
Rechtsanwalt
Stadler Völkel Rechtsanwälte GmbH
www.svlaw.at

Martin Bucher
Geschäftsführer, Inxmail GmbH
www.inxmail.de

Dr. Jens Eckhardt
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Informationstechnologierecht
Datenschutz-Auditor (TÜV)
Derra, Meyer & Partner
www.derra.eu

Christan Solmecke
Rechtsanwalt und Partner,
WILDE BEUGER SOLMECKE Rechtsanwälte
www.wbs-law.de

Annika Dam
Rechtsanwältin
WILDE BEUGER SOLMECKE Rechtsanwälte
www.wbs-law.de

Ivo A. Ivanov
Rechtsanwalt und Justiziar, eco e.V.

Rosa Hafezi
Rechtsanwältin, Geschäftsbereich
Professional Services, eco e.V.

Alexandra Koch-Skiba
Rechtsanwältin, Leiterin Beschwerdestelle,
eco e.V.

Qadir Rostamzada
Marketing & Business Development
eco e.V.

Lektorat

Ivo A. Ivanov
Rechtsanwalt und Justiziar, eco e.V.

Rosa Hafezi
Rechtsanwältin, Geschäftsbereich
Professional Services, eco e.V.

Alexandra Koch-Skiba
Rechtsanwältin, Leiterin Beschwerdestelle,
eco e.V.

Dr. Katharina Kähler,
Rechtsanwältin, Geschäftsbereich
Professional Services, eco e.V.

Sebastian Fitting
Ass. jur. Referent Beschwerdestelle, eco e.V.

Peter Urlaub
Ass. jur. Referent Beschwerdestelle, eco e.V.

eco

Verband der

Internetwirtschaft e.V.

Lichtstraße 43h

50825 Köln

fon +49(0)221/700048-0

fax +49(0)221/700048-111

info@eco.de

www.eco.de

www.certified-senders.eu



**WIR GESTALTEN DAS INTERNET.
GESTERN. HEUTE. ÜBER MORGEN.**

