

Rechtssicheres E-Mail-Marketing

Trotz der stetigen Weiterentwicklung unterschiedlichster Kommunikationstechnologien in der digitalen Wirtschaft zählt das E-Mail-Direktmarketing nach wie vor zu den beliebtesten und effizientesten Marketing-Methoden. Es ist das ideale Instrument zum Aufbau langfristiger Kundenbeziehungen durch personalisierte Ansprache. Für den Versand von Werbenachrichten oder Newslettern per E-Mail gilt es allerdings, zahlreiche gesetzliche Vorschriften in Deutschland zu beachten. Insbesondere die Vielzahl der in letzter Zeit zu diesem Thema ergangenen – teilweise widersprüchlichen – Gerichtsentscheidungen hat in der Praxis mitunter zu Verunsicherungen geführt.

Der aktualisierte Praxisleitfaden des Bundesverbands Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V. zum rechtssicheren E-Mail-Marketing bietet neben einer umfassende Übersicht über die rechtlichen Grundlagen und neuesten Rechtssprechungsentwicklungen im E-Mail-Marketing auch Handlungsempfehlungen für die Praxis.

Für das E-Mail-Marketing hat sich 2014 die Fokusgruppe E-Mail im BVDW gegründet. Sie vereint Experten unter dem Dach des BVDW, die den Dialog zwischen E-Mail-(Service-) Providern, Dialogagenturen und E-Mail-Marketing betreibenden Unternehmen fördern. Sie verfolgt dabei den ganzheitlichen Ansatz, der die drei Säulen E-Mail-Marketing, Service-kommunikation und Geschäftskommunikation umfasst. Ebenso behandelt die Initiative die spezifischen Felder Technik/Sicherheit, Marktzahlen und Messung, Recht, Internationalisierung, Standards und Daten.

- Stand: 23.02.2016 -



Inhaltsübersicht

1. Rechtsrahmen im E-Mail-Marketing
2. Werbung
3. Einwilligung
 - 3.1 Anforderungen an die wirksame Einwilligung
 - 3.1.1 Grundsatz der Schriftform
 - 3.1.2 Ausdrückliche Einwilligung
 - 3.1.2.1 Mündliche Einwilligung
 - 3.1.2.2 Teilnehmerlisten und Visitenkarten
 - 3.1.3 Freiwillige und konkrete Einwilligung
 - 3.1.3.1. Kopplung von Einwilligung und Leistung
 - 3.1.3.2. Adressat – Nutzerwechsel und Tippfehler
 - 3.1.3.3. Einwilligungstext
 - 3.1.3.4. Platzierung der Einwilligungserklärung
 - 3.1.3.5. Geltungsdauer der Einwilligung
 - 3.1.4 Adresshandel
 - 3.2 Elektronische Einwilligung
 - 3.2.1 Datenschutzerklärung
 - 3.2.2 Single- und Confirmed-Opt-In
 - 3.2.3 Double-Opt-In
4. Gesetzliche Ausnahmen und Sonderfälle
 - 4.1 Bestandskundenwerbung nach § 7 Abs. 3 UWG
 - 4.2 Anmelde-/Kaufbestätigungen und Autoresponder
 - 4.3 Freunde-Finder, E-Cards und Kundenfeedback
5. Absender und Betreff
6. Widerrufs-Management
7. E-Mail-Tracking
8. Folgen bei Rechtsverstößen
 - 8.1 UWG
 - 8.2 Deliktsrecht
 - 8.3 Datenschutzrecht
9. Zusammenfassung

1. Rechtsrahmen im E-Mail-Marketing

Der Gesetzgeber hat den Einsatz von geschäftlichen E-Mails und die Nutzung personenbezogener Daten durch eine Reihe von gesetzlichen Vorschriften reglementiert, die sich vor allem im **Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)**, dem **Telemediengesetz (TMG)** und im **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)** finden. Mögliche Ansprüche, die sich aus dem Erhalt von unverlangten Werbe-E-Mails ergeben, finden ihre Grundlage darüber hinaus auch im **Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB)**.

Schon allein wegen der Anwendbarkeit unterschiedlicher gesetzlicher Regelungen bezogen auf ein und dieselbe Materie bietet sich auf den ersten Blick eine nicht ganz einfach zu überschauende Rechtslage. Über die Hälfte aller Unternehmen (54,6 Prozent) empfindet die aktuelle Rechtslage daher auch als wenig transparent.¹

Da die Nutzung von E-Mail-Adressen in den meisten Fällen mit der Nutzung personenbezogener Daten einhergeht, überschneiden sich in der Regel **datenschutz- und wettbewerbsrechtliche Anforderungen**. Trotz der scheinbar unterschiedlichen Schutzrichtungen, sind vor allem diese beiden Gesetze einschlägig, soweit es um den Versand von E-Mails mit werbendem Inhalt an Personen oder Unternehmen geht.

2. Werbung

Eine **Einwilligung** des Adressaten ist sowohl datenschutz- als auch wettbewerbsrechtlich grundsätzlich erforderlich, wenn es darum geht, Werbe-E-Mails zu versenden. **Einwilligungslos** können personenbezogene Daten bzw. E-Mail-Adressen nur im Rahmen enger **gesetzlicher Erlaubnisse** genutzt werden.

Dies ist beispielsweise dort der Fall, wo die Kommunikation per E-Mail der Begründung, Durchführung oder Beendigung einer Kundenbeziehung dient (siehe § 28 Abs. 1 BDSG). Dies gilt aber grundsätzlich nicht für Werbung². Werbung ist nach Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2006/114/EG (Werberichtlinie) 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.

Die Gerichte legen diesen **Werbegriff grundsätzlich weit** aus. Erfasst ist danach nicht nur die unmittelbare Absatzförderung. Auch **Nachfragehandlungen** werden zu Werbung gezählt, soweit jedenfalls zusammen mit der Nachfrage auch eigene Leistungen in der Anfrage beworben werden³.

Auch die Übermittlung von **Zahlungsaufforderungen** oder gar **Mahnungen**, die dem Absatz und der Verwertung eigener Leistungen dienen (z. B. für Branchenbuch-Einträge per E-Mail) sollen dazu zählen⁴. Gleiches gilt sogar für Umfragen zu Markt- oder **Meinungsforschungszwecken**, wenn sie von Marktforschungsunternehmen im Auftrag durchgeführt werden und dabei Verbrauchergewohnheiten im Zusammenhang mit Produkten und Dienstleistungen erfragt werden⁵.

¹ Quelle: Studie Artegit AG 2015 – <https://www.artegit.de/doi-studie>

² Zu den Ausnahmen siehe unter 4.

³ Vgl. BGH v. 17.07.2008, Az.: I ZR 197/05

⁴ Vgl. OLG Frankfurt v. 30.09.2013, Az.: 1 U 314/12

⁵ Vgl. OLG Köln v. 12.12.2008, Az.: 6 U 41/08

Werbung kann sein:

- Unternehmens-Newsletter
- Waren- und Dienstleistungsangebote
- Aufforderungen zum Eintrag in Branchenverzeichnisse
- sog. „Schufa-Warnungen“
- Umfragen zur Meinungsforschung zu bestimmten Produkten oder Dienstleistungen
- Nachfragen unter gleichzeitiger Bereithaltung eigener Angebote

Die Grenzen sind also nicht feststehend und unterliegen der jeweiligen **Einzelfallbetrachtung**. Keine Werbung ist aber die alleinige positive Selbstdarstellung, bei welcher die Selbstvermarktung bloßer Reflex des Handelns ist oder auch die Benennung des Unternehmens im Abbinde einer E-Mail.

Interessant ist hier außerdem eine kürzlich ergangene Entscheidung des AG Pankow-Weißensee. Werbung soll bei **Tippfehler**-Zusendungen nur dann anzunehmen sein, wenn Adressaten versehentlich eine **Bestätigungs-E-Mail** zu einer fremden Account-Eröffnung erhalten.⁶

3. Einwilligung

Für das rechtskonforme E-Mail-Marketing ist die Einwilligung des Adressaten in den Erhalt von Werbung das klassische Rechtfertigungsinstrument für das Verhalten des Werbenden⁷.

Die Nutzung von E-Mail-Adressen und deren Adressbestandteilen für Werbezwecke ist datenschutzrechtlich und wettbewerbsrechtlich von einer Einwilligung des Betroffenen abhängig, es sei denn, es existiert eine gesetzliche Regelung, welche die konkrete Verwendung auch ohne Einwilligung erlaubt. Insofern spricht man von einem **Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**.

Die datenschutzrechtliche Pflicht, vorab die Einwilligung des Betroffenen zur Erhebung, Speicherung und Verarbeitung **personenbezogener Daten** einzuholen, ergibt sich zunächst aus § 4 Abs. 1 BDSG:

„Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten sind nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat.“

In Verbindung mit § 28 Abs. 3 BDSG:

„Die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung ist zulässig, soweit der Betroffene eingewilligt hat und im Falle einer nicht schriftlich erteilten Einwilligung die verantwortliche Stelle nach Absatz 3a verfährt.“

⁶ Vgl. AG Pankow-Weißensee v. 16.12.2014, Az.: 101 C 1005/14 – siehe auch unter III.1.c) (2)

⁷ Vgl. OLG Hamburg, WRP 2007, 1246

Exkurs: Personenbezug bei E-Mail-Adressen

Eine datenschutzrechtliche Einwilligung des Betroffenen ist ausschließlich bei Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten Voraussetzung.

Der Begriff „personenbezogene Daten“ definiert Daten, die einer bestimmten oder bestimmbar natürlichen Person zuzuordnen sind. Neben den Namen der Mitarbeiter von Unternehmen können selbst Firmen-E-Mail-Adressen personenbezogen sein, wenn in ihnen der Name eines Mitarbeiters auftaucht, z. B. Max.Mustermann@domain.de.

Abgesehen von diesen Fällen des eindeutigen Namensbezugs spricht jedoch nichts dafür, dass jedwede E-Mail-Adresse per se als personenbezogenes Datum einzuordnen wäre. Diese Ansicht ließe sich nur vertreten, soweit man es ausreichen ließe, dass der Personenbezug nicht im Verhältnis Betroffener – Anbieter, sondern von irgendjemandem hergestellt werden kann (**sog. absolute Personenbezogenheit**). Personenbezug liegt in Bezug auf ein konkretes Datum aber vielmehr immer erst dann vor, wenn die konkret verarbeitende Stelle mit vertretbarem Aufwand eine Identifikation der natürlichen Person hinter der Adresse vornehmen könnte, sei es durch eigenes oder durch frei verfügbares Wissen (**sog. relativer Personenbezug**)¹.

So wird kaum die hinter der E-Mail-Adresse emailmax123@domain.de stehende Person ohne erheblichen Aufwand zuordenbar sein. Erst recht ist dies nicht der Fall, wenn es sich wie oftmals um einen Free-Account ohne eindeutige Verifizierung des Konto-Inhabers handelt.

Eine Abgrenzung zwischen personenbezogenen und generischen E-Mail-Adressen mit Blick auf das Einwilligungserfordernis ist jedoch müßig. Zwar gelten für die Form des Einwilligungsaktes datenschutzrechtlich leichtere Vorgaben. In der Praxis ist eine Unterscheidung mit Blick auf die jedenfalls auch zu beachtenden, strengeren Vorgaben zur Einwilligung aus dem Wettbewerbsrecht kaum sinnvoll.

Die Einwilligung muss auch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht wirksam erteilt werden, da es nicht nur um die Zulässigkeit der Datenerhebung und -nutzung personenbezogener Daten, sondern auch um die Nutzung des individuellen **Kommunikationskanals** (E-Mail) für das Direktmarketing geht.

Die unerbetene Zusendung gewerblicher E-Mails ist explizit als Sonderfall der unzumutbaren Belästigung durch Werbung geregelt worden. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG regelt:

Eine unzumutbare Belästigung ist stets anzunehmen [...]

3. bei Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post, ohne dass eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt, [...].

Ohne die Einwilligung des Adressaten in deren Erhalt werden Werbenachrichten über den Kommunikationskanal E-Mail wettbewerbsrechtlich als „**unzumutbare Belästigung**“ angesehen. Liegt eine ausdrückliche Einwilligung des Adressaten nicht vor, und greift keine gesetzliche Ausnahme, ist grundsätzlich also sowohl von einem möglichen Datenschutzverstoß als auch von einer unzumutbaren Belästigung auszugehen.

Wichtig: Die Einwilligung muss stets vorab, also bereits vor Versand der ersten Werbemitteilung per E-Mail beweissicher vorliegen. Das Erfordernis gilt unabhängig davon, ob sich die Werbemaßnahme an einen Verbraucher (B2C) oder einen Unternehmer (B2B) richtet.

3.1 Anforderungen an die wirksame Einwilligung

Das Einwilligungserfordernis sowohl aus § 7 UWG sowie aus § 28 Abs. 3 BDSG bzw. § 12 Abs. 1 TMG bezweckt **einheitlich Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts** in Form der informationellen Selbstbestimmung bzw. der Privatsphäre des Adressaten. Dennoch gelten **unterschiedliche Anforderungshöhen**. Während für die datenschutzrechtliche Einwilligung im Grunde auch ein Nichtakzeptieren der Einwilligungsbedingungen genügt (Opt-In in weiterem Sinne), bedarf die wettbewerbsrechtliche einer „**ausdrücklichen**“ und **gesonderten** Erklärung (Opt-In im engeren Sinne).

Der Bundesgerichtshof hat in seiner sog. „**Payback**“-Entscheidung aus dem Jahre 2008⁸ diese unterschiedlichen Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung einerseits, und die wettbewerbsrechtliche Einwilligung andererseits extra herausgehoben.

Zwar wurden die Vorgaben des Art. 13 der E-Datenschutzrichtlinie⁹ bewusst nicht datenschutzrechtlich, sondern in § 7 UWG wettbewerbsrechtlich umgesetzt. Trotzdem spricht schon der gemeinsame Schutzzweck für eine Gleichbehandlung im Rahmen der Anforderungen an Form und Inhalt der Einwilligungserklärung. Die **Differenzierung** zwischen dem datenschutz- und einem wettbewerbsrechtlichen Einwilligungsbegriff dürfte **nicht den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts entsprechen**¹⁰.

Soweit man allerdings auch die zusätzlichen (höheren) Anforderungen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht erfüllt, ist man auch datenschutzrechtlich auf der sicheren Seite.

3.1.1 Grundsatz der Schriftform

Das BDSG stellt für die Wirksamkeit einer Einwilligung zur Nutzung von personenbezogenen Daten grundsätzlich auf das **Erfordernis der Schriftlichkeit** ab. Dies bedeutet zunächst einmal, dass hier eigentlich eine unterschriebene Erklärung – in elektronischer Form nur mit qualifizierter Signatur – vorliegen muss. Dieses strenge Schriftformerfordernis i. S. d. § 126 BGB soll die Ausdrücklichkeit und die beschränkte Verkehrsmöglichkeit der Einwilligung sicherstellen.

3.1.2 Ausdrückliche Einwilligung

Im Unterschied zum datenschutzrechtlichen Einwilligungserfordernis kommt es insbesondere auf die Ausdrücklichkeit der Einwilligung an. Für alle Fälle der Direktwerbung ist eine gesonderte, nur auf die Einwilligung in die Zusendung von Werbung mittels elektronischer Post bezogene, ausdrückliche Zustimmungserklärung des Betroffenen erforderlich.¹¹

⁸ BGH v. 16.07.2008, Az.: VIII ZR 348/06

⁹ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABIEU Nr. L 201 vom 31.07.2002, S. 37 ff..

¹⁰ Vgl. Brisch CR 2008, 720, 726.

¹¹ BGH CR 2008, 720 – Payback m. Anm. Brisch.

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist hierfür eine „**spezifische Angabe**“ in Form einer gesonderten Erklärung erforderlich, beispielsweise durch zusätzliche Unterschrift oder individuelles Markieren eines entsprechenden Feldes.¹²

Die mit der entsprechenden Checkbox zu bestätigende Erklärung darf nicht „voreingestellt“ sein.¹³ Es handelt sich also um ein Opt-In im engen Sinne.

3.1.2.1 Mündliche Einwilligung

Ein mündlich erteiltes Einverständnis zur Nutzung der Daten für Werbezwecke (z. B. Newsletter) ist deswegen aber nicht ausgeschlossen. Allerdings muss die konkrete Erklärung gemäß § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG seitens des Unternehmens in jedem Falle **schriftlich bestätigt** werden. Hier reicht allerdings auch die Textform (also E-Mail, Fax etc.) aus. Dabei ist es nicht einmal notwendig, die Bestätigung separat zu versenden. Sie kann **auch in das Werbeschreiben selbst** aufgenommen werden, soweit dies in ausreichendem zeitlichem Zusammenhang mit der Erteilung der Einwilligung – maximal 3 Monate später – erfolgt¹⁴. Die Bestätigung muss alle Informationen bezüglich der freiwilligen und konkreten Erklärung des Betroffenen enthalten.

3.1.2.2 Teilnehmerlisten und Visitenkarten

Neben der Schriftform eröffnet das Gesetz aber auch die Möglichkeit der anderweitigen Erklärung dort, wo wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist (§ 4a Abs. 1 BDSG). Dies gestattet neben mündlichen Erklärungen vor allem die Online-Einwilligung. Konkludente Handlungen reichen allerdings – auch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht – nicht aus.

Versender von geschäftlichen Werbe-E-Mails berufen sich bezüglich der Einwilligung oftmals auf Visitenkarten, welche ein Vertriebsmitarbeiter auf Veranstaltungen erhalten hat. Hier ist festzuhalten, dass die einfache Hergabe einer Visitenkarte nach Ansicht der Gerichte schon **keine konkludente Einwilligung** in den Erhalt von Werbe-E-Mails an die auf der Karte genannte Adresse darstellt¹⁵. Auch wenn dies in der Praxis eine häufige Vorgehensweise ist, die Visitenkarte allein beweist nicht die Einwilligung in den Erhalt von werbenden E-Mails.

Wichtig: Die Hergabe von Visitenkarten oder der Eintrag in Teilnehmerlisten reichen in der Regel nicht!

Ein konkludentes Einverständnis kann aber vor allem schon wegen der eindeutigen gesetzlichen Regelungen nicht reichen¹⁶. Aus diesem Grund sollte die ausdrückliche Einwilligung vorsorglich entweder direkt auf der Karte bei der Übergabe oder auf der Liste vermerkt, oder aber die Einwilligung im folgenden Anschreiben schriftlich bestätigt werden.

¹² Vgl. BGH CR 2008, 708 – Faxanfrage im Autohandel.

¹³ OLG Thüringen CR 2010, 815.

¹⁴ Vgl. http://www.lda.bayern.de/lda/datenschutzaufsicht/lda_daten/Anwendungshinweise_Werbung.pdf

¹⁵ Vgl. LG Gera v. 24.07.2012, Az.: 3 O 455/11

¹⁶ Vgl. LG Kleve v. 09.03.2010, Az.: 7 O 38/08

3.1.3 Freiwillige und konkrete Einwilligung

Die Einwilligung muss **freiwillig** und kann immer nur **gesondert** für den **konkret** benannten Zweck bzw. gegenüber dem konkret benannten Unternehmen erklärt werden.

§ 4a Abs. 1 BDSG verlangt:

„Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht. Er ist auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung sowie, soweit nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich oder auf Verlangen, auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen.“

Im Direktmarketing werden Werbe-Einwilligungen oftmals im Rahmen von **Gewinnspielen** generiert. Hier ist auf die genaue Formulierung der Erklärung zu achten, um die Wirksamkeit nicht zu gefährden. Dies ist insbesondere dort häufig der Fall, wo die Einwilligung in die Nutzung der beim Gewinnspiel eingetragenen Daten des Betroffenen pauschal z. B. zusammen mit dem Akzeptieren der Teilnahmebedingungen gegeben werden soll.

3.1.3.1 Kopplung von Einwilligung und Leistung

Ein Kopplungsverbot – also ein Verbot der Kopplung von Werbeeinwilligung im Zusammenhang mit einer Leistung oder einem **Gewinnspiel** – ist aus datenschutzrechtlicher Sicht nur noch in ganz engen Fällen vorstellbar. Es ist also unproblematisch, eine Werbeeinwilligung an die Möglichkeit der Teilnahme an einem Gewinnspiel zu koppeln. Der insoweit einschlägige § 28 Abs. 3b BDSG lässt eine solch gekoppelte Einwilligung nur dann unwirksam sein,

„wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist.“

Dies bezieht sich nicht etwa auf die Möglichkeiten, an dem konkreten Gewinnspiel teilzunehmen, sondern auf eine Gewinnspielteilnahme überhaupt. Damit existiert das Verbot eigentlich nicht mehr.

Neben dem datenschutzrechtlichen ist aber noch das wettbewerbsrechtliche Kopplungsverbot bei Gewinnspielen zu beachten. Gemäß § 4 Nr. 6 UWG ist es grundsätzlich unlauter, die Teilnahme eines Verbrauchers an einem Gewinnspiel vom Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig zu machen. Entsprechend hatten einige deutsche Gerichte die Unwirksamkeit von Einwilligungen festgestellt¹⁷.

Diese teilweise sehr restriktiven Gerichtsentscheidungen ergingen allerdings noch vor der Novellierung des BDSG. Zudem hat der EuGH¹⁸ ein vollkommen einschränkungsloses Verbot, wie im UWG angelegt, für unvereinbar mit den Bestimmungen der UGP-Richtlinie¹⁹ gehalten, da diese ein *per-se*-Verbot der Kopplung nicht vorsieht.

¹⁷ Vgl. OLG Hamm v. 15.11.2007, Az.: 4 U 23/07; OLG Köln 12.09.2007, Az.: 6 U 63/07

¹⁸ EuGHv. 14.01.2010, Az.: C-304/08

¹⁹ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.05.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABIEU Nr. L 149 vom 11.06.2005, S. 14 ff.

Ein **generelles Kopplungsverbot** zwischen Angebot und Einwilligungseinholung zur Datennutzung **existiert damit nicht**. Allerdings ist nach wie vor zwischen der datenschutzrechtlichen und der wettbewerbsrechtlichen Ebene zu unterscheiden und darauf zu achten, dass die Einwilligungen nach beiden Regimes zulässig und wirksam eingeholt werden²⁰.

3.1.3.2 Adressat – Nutzerwechsel und Tippfehler

Einwilligen in den Erhalt elektronischer Post muss immer der **Adressat** (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG).

Die Frage, wer die Einwilligung erklärt, ist dann wichtig, wenn die Telefonnummer oder E-Mail-Adresse aufgrund von Aufgabe oder Übertragung von anderen Personen benutzt wird.

Liest der Nutzer einer E-Mail-Adresse, welche zuvor vom ehemaligen Inhaber dieser Adresse für Werbezwecke freigegeben wurde, und war ein **Nutzerwechsel** für das Unternehmen nicht erkennbar, so kann sich das Unternehmen nach wie vor auf die wirksame Einwilligung des (ehemaligen) Adressaten berufen²¹.

Auf einen Widerruf der Einwilligung zur Nutzung der E-Mail-Adresse durch den neuen Nutzer muss das Unternehmen natürlich reagieren und die E-Mail-Adresse dann entsprechend auf eine Blacklist setzen.

Tippfehler bei der Adressaufnahme können zu versehentlichen Aussendungen an **unbekannte Adressaten** führen, von denen eine Einwilligung nicht vorliegt. Hier ist besondere Sorgfalt zu beachten.

3.1.3.3 Einwilligungstext

Bei Einholung der Einwilligung ist streng darauf zu achten, dass alle für die Entscheidung des Betroffenen **notwendigen Informationen** auch direkt vor der Möglichkeit der Abgabe der Erklärung bereitgestellt werden.

Die Einwilligung darf jeweils nur gesondert für einen bestimmten **Kommunikationskanal** (z. B. E-Mail oder Telefon) allein erklärt werden²². So reicht es beispielsweise nicht aus, wenn auf einer Teilnahmekarte oder der Webseite Folgendes steht:



„Ich willige ein, dass ich per E-Mail, Telefon und Fax jederzeit vom Veranstalter oder seinen Kooperationspartnern kontaktiert werden kann.“

Aus einer solch unbestimmten Erklärung ergibt sich weder, welche Kommunikationskanäle für konkrete Werbezwecke noch von welchem Unternehmen genutzt diese werden dürfen. Im Text müssen das zu bewerbende Produkt ebenso wie das werbende Unternehmen bzw. Partnerunternehmen erkennbar sein. Bei formularmäßigen Erklärungen handelt es sich

²⁰ Vgl. auch LG Hamburg v. 10.08.2010, Az.: 312 O 25/10

²¹ i.E. wohl OLG Hamm v. 09.12.2014, Az.: 9 U 73/14; für Anschlussinhaber bei Telefonwerbung OLG Bamberg v. 09.06.2010, Az.: 3 U 44/10; a.A. OLG Frankfurt, Urt. v. 22.5.2012, 14 U 64/11, Tz. 80, 87

²² Vgl. LG Hamburg v. 10.08.2010 - Az.: 312 O 25/10

ansonsten um eine intransparente und damit unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen nach Maßgabe des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Mustervorschlag Einwilligungstext:



Ich willige ein, von [Name des Unternehmens und ggf. weiterer Partner] in unregelmäßigen Abständen weitere Informationen zu [konkrete Werbeabsichten] an die hier genannte E-Mail-Adresse zu erhalten. Mir ist bekannt, dass ich der Zusendung jederzeit widersprechen kann.

Wichtig: Die Anforderungen an die wettbewerbsrechtliche Einwilligung sind höher. Hier ist Ausdrücklichkeit der Erklärung verlangt. Das Erfordernis der Einwilligung gilt sowohl für B2B als auch B2C. Anders als bei Werbeanrufen an Unternehmen reicht eine mutmaßliche Einwilligung in die Übersendung von Werbe-Mails also in keinem Fall aus.

Die Erklärung muss ausdrücklich den Kommunikationskanal E-Mail, die beabsichtigte Werbemaßnahme und eventuell beteiligte Partner oder Sponsoren erfassen. Ebenso muss auf das Widerspruchsrecht hingewiesen werden.

3.1.3.4 Platzierung der Einwilligungserklärung

Die Erklärung sollte in direktem Zusammenhang mit dem E-Mail-Adressfeld platziert sein. Die Einwilligung kann aber mit anderen vorformulierten Erklärungen – also auch in AGBs – erteilt werden, wenn sie in einem gesonderten Text oder Textabschnitt ohne anderen Inhalt enthalten ist.²³

Wo die Einwilligung schriftlich und zusammen mit anderen Erklärungen eingeholt wird, muss sie allerdings **deutlich hervorgehoben** werden. Es muss deutlich abgesetzt vom übrigen Text erkennbar sein, dass die Einwilligung zur Nutzung der Daten (E-Mail-Adresse) für Werbezwecke gesondert gegeben wird. Die schriftliche Einwilligung in die Nutzung der personenbezogenen Daten für Werbezwecke muss „**drucktechnisch**“ (z. B. durch Fettdruck, größere Schrift) hervorgehoben werden.

Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit dem Akzeptieren von Teilnahmebedingungen bei Gewinnspielen. Hier müssen Einwilligung in die AGB und Einwilligung in die Zusendung von Werbe-E-Mails deutlich getrennt und dürfen nicht in den Teilnahmebedingungen versteckt sein.

Teilnahmebedingungen:



Das Gewinnspiel endet am 31.12.2015. Die Gewinner werden aus allen bis dahin eingesendeten Formularen per Zufall ausgewählt. Die Teilnehmerdaten können vom Veranstalter oder seinen Kooperationspartnern zur Kontaktaufnahme für Marketingzwecke genutzt werden.

Bei einer schriftlichen Erhebung von Kundendaten darf eine Kombination von Einwilligungen zu verschiedenen Zwecken und mit Blick auf eine unbestimmte Anzahl von Kommunikationskanälen also nicht erfolgen. Die Trennung muss deutlich sein.

²³ BGH MDR 2013, 992 – Einwilligung in Werbeanrufe II.

Mit den Teilnahmebedingungen* bin ich einverstanden.



Ich willige ein, von [Name des Unternehmens und ggf. weiterer Partner] in unregelmäßigen Abständen weitere Informationen zu [konkrete Werbeabsichten] an die hier genannte E-Mail-Adresse zu erhalten. Mir ist bekannt, dass ich der Zusendung jederzeit widersprechen kann.

*Teilnahmebedingungen:

Das Gewinnspiel endet am 31.12.2015. Die Gewinner werden aus allen bis dahin eingesendeten Formularen per Zufall ausgewählt.

3.1.3.5 Geltungsdauer der Einwilligung

Die Nutzung der E-Mail-Adresse sollte im Übrigen regelmäßig zeitnah erfolgen, da die einmal abgegebene Erklärung nach Ansicht einiger Gerichte ein „Verfallsdatum“ kennen soll. Soweit also Daten über einen langen Zeitraum nicht für die eingewilligten Zwecke (z. B. Newsletter) tatsächlich genutzt werden, kann eine zu späte Nutzung nicht mehr von der ursprünglichen Einwilligung gedeckt sein.

Wann genau die Geltungsdauer endet, ist allerdings nicht feststehend und immer eine Frage des Einzelfalls. Während einerseits ein Verfall bereits nach 1 ½ Jahren angenommen wird²⁴, kann man derzeit **wohl regelmäßig nach spätestens 2 Jahren**²⁵ Nichtbenutzung davon ausgehen, dass die Einwilligung nicht mehr geeignet ist, die Werbezusendung zu rechtfertigen.

Wichtig: Die erhobenen Adressdaten müssen zeitnah für die mitgeteilten Zwecke benutzt werden. Ansonsten droht nach jedenfalls 2 Jahren der Entfall der Einwilligung.

3.1.4 Adresshandel

Wegen der beschriebenen Anforderungen an die ausdrückliche, auf den Einzelfall beschränkte, konkrete Einwilligung, ist der Zukauf fremder E-Mail-Adressen **kaum noch praktikabel**. Da die jeweiligen Adressaten ihre Einwilligung bezogen auf das werbende Unternehmen bzw. bestimmte Produkte erklären müssen, genügen Blanko-Adressen nicht. Auf die Zusicherung des Adresshändlers darf man sich auch **nicht verlassen**²⁶. Sämtliche Daten nebst den Informationen zur Erhebung müssen selbst überprüft werden. Damit ist der ungeprüfte Massenhandel von E-Mail-Adressen im Prinzip Vergangenheit.

3.2 Elektronische Einwilligung

Die Einwilligung kann natürlich auch **online** erklärt werden. Diese Ausnahme lässt das Gesetz zu, wo wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist, § 28 Abs. 3a BDSG. Das erfasst namentlich alle relevanten Online-Sachverhalte.

Die Voraussetzungen für eine wirksame Online-Einwilligung nennen § 4a BDSG bzw. § 13 Abs. 2 TMG. Insbesondere muss die Einwilligung vom Betroffenen **„bewusst“ und „eindeutig“** erklärt werden.

²⁴ Vgl. LG München v. 08.04.2010, Az.: 17 HKO 138/10

²⁵ Vgl. LG Berlin v. 02.07.2004, Az.: 15 O 653/03; LG Hamburg 17.02.2004 – 17 HK O 138/10 (10 Jahre)

²⁶ Vgl. OLG Düsseldorf v. 24.11.2009, Az.: I-20 U 137/09

Eine solche Einwilligungserklärung kann daher nicht als eine unter vielen Erklärungen in die AGB aufgenommen werden. Vielmehr ist dem Nutzer separat die Möglichkeit zu geben, die Einwilligung (etwa durch Pop-up bei Aufruf der Webseite) ausdrücklich zu erklären. Hier stellen § 28 Abs. 3a BDSG und § 13 Abs. 2 TMG besondere Vorgaben auf. Im Falle der online abgegebenen Erklärung ist es zudem am Webseitenbetreiber, sicherzustellen, dass die

- ➔ Einwilligung **protokolliert**,
- ➔ der Inhalt der Erklärung für den Nutzer **jederzeit abrufbar** bereitgehalten
- ➔ und der Nutzer über sein jederzeitiges **Widerrufsrecht** unterrichtet wird (§ 13 Abs. 2 TMG).

Wichtig: Die Einwilligung kann auch auf elektronischem Wege erklärt werden. Auf Protokollierung achten und vorab auf Widerrufsrecht hinweisen.

Am besten werden die notwendigen Informationen in unmittelbarer Nähe zur anzuklickenden **Checkbox** bereitgehalten.

3.2.1 Datenschutzerklärung

Das Gesetz verlangt für die Zulässigkeit der Erhebung und Nutzung personenbezogener Daten eine auf der **freien Entscheidung** des Betroffenen beruhende Einwilligung.

Dies gilt sowohl für offline als auch online eingeholte Einwilligungen. Insbesondere im Online-Bereich ist es notwendig, dass der Erhebende den Betroffenen vor Erhebung der E-Mail-Adresse umfassend über Zweck und Umfang der beabsichtigten Nutzung seiner personenbezogenen Daten aufklären muss (§ 4a Abs. 1 BDSG, § 13 Abs. 1 TMG). Soweit erforderlich oder auf Verlangen muss auch auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hingewiesen werden. Im Online-Bereich ist der Nutzer über Art und Umfang der Datenerhebung zu **unterrichten** (§ 13 Abs. 1 S. 3 TMG):

„über Art, Umfang und Zwecke der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten sowie über die Verarbeitung seiner Daten in Staaten außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. EG Nr. L 281 S. 31) zu unterrichten, sofern eine solche Unterrichtung nicht bereits erfolgt ist.“

Wichtig: Die Datenschutzbelehrung muss in jedem Fall folgende Punkte beinhalten:

- einen Hinweis auf die Auskunftsrechte und Rechte zur Löschung der Daten des Empfängers
- eine konkrete Benennung der erhobenen Daten, den Zweck der Datenverarbeitung
- die konkrete Verarbeitung der einzelnen erhobenen Daten sowie
- die Dauer der Speicherung und
- das Widerrufsrecht.

Sie muss jederzeit abrufbar sein, z. B. im Footer einer jeden Webseite.

Unternehmen sollten daher eine an diesen Vorgaben orientierte, umfassende Datenschutzerklärung bereithalten. Der Inhalt der Unterrichtung muss für den Nutzer jederzeit (z. B. über einen Link auf der Seite) abrufbar sein. Laut § 13 TMG muss im Rahmen der Einwilligung der Empfänger durch eine Datenschutzbelehrung über die Datenverarbeitung und

seine **Widerrufsrechte** belehrt werden. Der Hinweis auf das Widerspruchsrecht aus § 28 Abs. 4 S. 2 BDSG muss deutlich in jede Werbe-Mail integriert sein. Am einfachsten durch einen direkten **Abbestellungs-Link**.

3.2.2 Single- und Confirmed-Opt-In

Grundsätzlich geeignet, die gesetzlichen Anforderungen an eine ausdrückliche Erklärung zu erfüllen, sind alle technischen Vorkehrungen, welche die bewusste Abgabe der Einwilligungserklärung ermöglichen. Dazu zählen im Online-Bereich auch das Single- und Confirmed-Opt-In.

Während beim Single-Opt-In lediglich das Aktivieren einer neben der Erklärung platzierten Checkbox genügt, erhält der Nutzer beim Confirmed-Opt-In zusätzlich eine Bestätigung seiner Erklärung an die angegebene E-Mail-Adresse.

Problematisch ist diese Form der Adressgenerierung allerdings dort, wo es darum geht, die ausdrückliche Einwilligung desjenigen, der die Werbe-Mail tatsächlich erhält, beweisen zu müssen.

Die **Beweislast** für das Vorliegen der Einwilligung trägt nämlich immer der Unternehmer. Im Fall einer elektronisch übermittelten Einverständniserklärung setzt das jedenfalls die Speicherung und die Möglichkeit voraus, die Erklärung jederzeit auszudrucken. Gerade im Online-Bereich gilt es zu verhindern, dass durch die Angabe einer falschen oder fehlerhaften E-Mail-Adresse Dritte Werbe-Mails erhalten, welche die Versendung nicht veranlasst haben.

Die vorgenannten Methoden verzichten auf eine Verifizierung der angegebenen E-Mail-Adresse, womit bewusste oder unbewusste Fehleingaben dazu führen können, dass der Adressat der Werbe-Mail nicht derjenige ist, welcher eingewilligt hat bzw. sich dieses nicht mit einiger Sicherheit beweisen lässt.

3.2.3 Double-Opt-In

Da dieser Beweis häufig nicht ohne Weiteres zu führen ist, hat sich in der Branche das so genannte Double-Opt-In-Verfahren für das Abonnieren von Newslettern etabliert.

Dabei muss der Nutzer die Checkbox aktivieren, um zunächst die Zusendung einer Bestätigungsmail (Checkmail) auszulösen. Werbung erhält der Nutzer erst, nachdem er einen Bestätigungslink in der zugesandten Bestätigungsmail (Checkmail) auf seine Anmeldung aktiviert. Dadurch, dass die Zusendung der Werbe-Mail an die in der Anmeldung angegebene Adresse erst veranlasst wird, wenn der Anmelder die Adresse mit der **Bestätigungsmail** (Checkmail) eindeutig verifiziert, ist es den Versendern möglich, die Einwilligung beweissicher zu protokollieren.

Damit ist auch der datenschutzrechtlichen **Protokollierungspflicht** Genüge getan. Ein solches Vorgehen erleichtert erheblich den Nachweis, dass der Empfänger tatsächlich vorab in die Zusendung der Werbung eingewilligt hat.

Für den Bereich des E-Mail-Marketings hatte der BGH zuletzt in einem Urteil vom 10.2.2011 Az. I ZR 164/09 – Double-Opt-In) grundsätzlich die diesbezügliche Geeignetheit des Double-Opt-In-Verfahrens festgestellt, da „nach Eingang der erbetenen Bestätigung [...] angenommen werden [kann], dass der Antrag tatsächlich von der angegebenen E-Mail-Adresse stammt.“

Zwar urteilte das OLG München im Jahre 2012, dass auch eine im Rahmen des Double-Opt-In-Verfahrens versendete Bestätigungsmail für den Erhalt eines Newsletters Werbung sei, für deren Zusendung der Adressat der E-Mail seine Einwilligung vorab erteilen müsse, was starke Verunsicherung in der Branche auslöste. Allerdings ist dieses Urteil vielerorts stark kritisiert²⁷ worden mit dem Ergebnis, dass das Double-Opt-In-Verfahren weiterhin als praktikable Methode zur beweissicheren Einholung von Online-Erklärungen gelten kann.²⁸

Die Bestätigungsmail selbst darf allerdings **keine Werbung** enthalten. Zwar kann die Bestätigung einer Newsletter-Anmeldung dann als unzulässige Werbung eingestuft werden, wenn der Besteller des Newsletters nicht tatsächlicher Inhaber der eingetragenen E-Mail-Adresse ist. Jedoch ist das praktische Risiko als eher gering einzuschätzen. Der Inhalt der E-Mail muss darauf beschränkt sein, die Bestellung des Newsletters zu bestätigen und darf keinen Hinweis auf das Warenangebot oder sonstige Werbung enthalten.

Die Beweispflicht des Versenders erfordert eine **lückenlose Dokumentation** des gesamten Anmelde- und ggf. Abmeldeprozesses. Dabei muss nicht nur die Bestätigung, sondern bereits der erste Kontaktpunkt sauber dokumentiert werden.

Die vom Nutzer eingegebenen Daten müssen mit einem **Zeitstempel** versehen werden. Der Nachweis erstreckt sich dann nämlich nicht nur auf die Einwilligung zum Erhalt von Werbe-E-Mails, sondern gerade darauf, dass die Einwilligung bereits **vor Zusendung der ersten E-Mail** gegeben wurde²⁹.

Wichtig: Das Double-Opt-In-Verfahren ist nach wie vor das Mittel der Wahl zur beweissicheren Einholung von Online-Einwilligungen.

Die Bestätigungsmail (Checkmail) darf keine Werbung enthalten.

Dokumentiert und mit Zeitstempel versehen werden müssen:

- erstmalige Dateneingabe
- Bestätigungsmail (Checkmail)
- Generierung des eindeutigen und individuellen Bestätigungslinks
- Aktivierung des Links zur Freischaltung der E-Mail-Adresse durch den Nutzer

²⁷ Vgl. OLG Frankfurt v. 30.09.2013, Az.: 1 U 314/12; BVDW-Stellungnahme: <http://www.bvdw.org/medien/bvdw-bestaetigungsmails-fuer-newsletter-duerfen-nicht-als-werbung-gewertet-werden?media=4364>

²⁸ So auch die Ad-hoc-Arbeitsgruppe des Düsseldorfer Kreises; http://www.lida.bayern.de/lda/datenschutzaufsicht/lda_daten/Anwendungshinweise_Werbung.pdf

²⁹ Eingehend siehe BVDW-Whitepaper: <http://www.bvdw.org/medien/bvdw-initiative-e-mail-veroeffentlicht-whitepaper-datenkonzept-und-zertifizierung-im-e-mail-marketing-?media=5732>

4. Gesetzliche Ausnahmen und Empfehlungsmarketing

Wegen des grundsätzlichen Verbots mit Erlaubnisvorbehalt kommt es bei den Ausnahmen stets auf die Einordnung von geschäftlicher Kommunikation als Werbung an. Eine Fülle von Gerichtsentscheidungen ist in den letzten Jahren insbesondere zu Fällen ergangen, die teilweise langjährig geübte Branchenpraktiken betrafen.

Bei gesetzlichen Ausnahmen geht es wiederum darum, das zulässige Spektrum der noch erlaubten, einwilligungslosen Werbung einzugrenzen.

4.1 Bestandskundenwerbung nach § 7 Abs. 3 UWG

Obwohl das Datenschutzrecht von der ausnahmslosen Einwilligungspflicht bei der Nutzung personenbezogener Daten für Werbezwecke ausgeht, eröffnet das Wettbewerbsrecht die **Werbeansprache per E-Mail ohne Einwilligung**. Lange Zeit wurde diese Ausnahme deshalb allein bezogen auf den Kommunikationskanal E-Mail, nicht jedoch auf die personenbezogenen Daten verstanden. Wegen der gemeinsamen Basis aus der E-Datenschutzrichtlinie ist aber wohl richtigerweise von einer gesetzlich geregelten **Datenschutz Ausnahme** auszugehen.

Gemäß § 7 Abs. 3 UWG ist diese Ausnahme jedoch nur in engen Grenzen einschlägig. Die Zusendung ist nur erlaubt soweit

- ➔ ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat
- ➔ der Unternehmer die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet
- ➔ der Kunde einer Versendung von Werbenachrichten nicht widersprochen hat
- ➔ der Kunde bei Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

Die genannten **Voraussetzungen** müssen **sämtlich** vorliegen. Vor allem darf die Werbung nur auf tatsächlich **ähnliche Waren oder Dienstleistungen**³⁰ bezogen sein, anderenfalls ist die Nutzung der so erhobenen Daten unzulässig. Was im Einzelfall darunter fällt, obliegt im Streitfall letztlich der Einschätzung der Gerichte.

4.2 Werbung in Kaufbestätigungen und Autoresponder-Mail unzulässig

Gerne werden Kauf- oder Anmeldebestätigungsmails genutzt, um neben der Bestätigung der Registrierung/Kaufanfrage auf weitergehende Angebote hinzuweisen. Gleiches gilt für automatische Eingangsbestätigungen bei E-Mail-Anfragen durch Nutzer. Die rechtliche Zulässigkeit von in solchen E-Mails enthaltener „**Beiwerbung**“ war bislang umstritten.

Zur Zusendung einer Bestellbestätigung ist ein Online-Händler bei Vertragsschlüssen im elektronischen Geschäftsverkehr gemäß § 312i Abs. 1 Nr. 3 BGB nämlich gesetzlich verpflichtet. Diese Zusendung bedarf keiner Einwilligung, dasie im Rahmen der Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Schuldverhältnisses notwendig ist.

³⁰ Vgl. OLG Jena v. 15.09.2010, Az.: 2 U 386/10

Hier wurde in der Praxis bislang davon ausgegangen, dass es zulässig sei, einer solchen Bestätigung auch Hinweise auf weitere Angebote beizufügen, **solange die eigentliche Funktion als Kaufbestätigung nicht in den Hintergrund tritt**. Dies sollte entsprechend für automatische Antwort-Mails, etwa zur Bestätigung einer eingegangenen Kündigung oder der Registrierung eines Accounts gelten.

Das LG Stuttgart hatte noch entschieden, dass in einer im Rahmen einer **noreply-E-Mail** in Form einer automatisierten Eingangsbestätigung (**Autoresponder**) versandten Werbung kein Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht zu sehen ist, weil eine erhebliche Belästigung nicht angenommen werden kann.³¹

Diese Entscheidung ist praxisnah. Allerdings konnten sich die Richter in diesem Fall Gedanken über den Belästigungsgrad machen, da die geltend gemachten Unterlassungsansprüche im entschiedenen Fall nicht auf Vorschriften des UWG, sondern auf den §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB beruhten. Während im letzteren Fall stets eine Abwägung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts geprüft wird, kommt es auf eine solche im Rahmen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG gar nicht erst an. Wird das Vorliegen von Werbung bejaht, ist wettbewerbsrechtlich „stets“ von einer unzumutbaren Belästigung auszugehen. Wie dieser Wertungswiderspruch in Zukunft gelöst wird, ist also fraglich. Auch andere Untergerichte gehen von einer **Unzulässigkeit solcher Autoresponder-Mails** aus.³²

Diese Auffassung hat nun auch der BGH mit Urteil vom 15.12.2015³³ bestätigt. Nach dessen Auffassung stellen automatisch generierte Bestätigungs-E-Mails, die sowohl eine Eingangsbestätigung in Bezug auf zuvor versandte Nachrichten (Autoresponder) als auch Werbung enthalten, jedenfalls dann einen rechtswidrigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen dar, wenn dieser dem Erhalt von Werbung zuvor ausdrücklich widersprochen hat.

Im zugrunde liegenden Fall waren auf eine Kündigung per E-Mail **insgesamt drei automatische Antwort-Mails** an den Kläger geschickt worden, welche jeweils am Ende des Antworttextes Werbung für eine Wetter-App der Versicherung enthielten. Nach Zusendung der ersten Antwortmail widersprach der Kläger ausdrücklich der Zusendung von Werbung per E-Mail, worauf hin er die weiteren zwei automatisch generierten Eingangsbestätigungsmails samt Werbung erhielt.

Da der Kläger jedenfalls der weiteren Zusendung von Werbung widersprochen hatte, konnte der BGH für die Zusendung der dritten Mail entscheiden, dass diese Zusendung rechtswidrig gewesen sei.

Der Begründung ist allerdings nicht eindeutig zu entnehmen, wie nun mit E-Mails generell umzugehen ist, die keine reine Werbung darstellen sondern als gesetzlich zulässige Mail mit lediglich einem werbenden Footer versendet werden, ohne, dass zuvor eine Werbewiderspruch des Empfängers erklärt wurde. Einen Hinweis gibt der BGH jedenfalls insoweit, als dass er in seinem dritten Leitsatz feststellt, dass „eine (reine) Eingangsbestätigung via E-Mail selbst noch keine Werbung dar[stellt]. Dies hat nach Ansicht der Richter aber nicht zur Folge, dass die in

³¹ Vgl. LG Stuttgart v. 04.02.2015, Az.: 4 S 165/14

³² Vgl. AG Stuttgart v. 25.04.2014, Az.: 10 C 225/14; AG München v. 09.07.2009, Az.: 161 C 6412/09

³³ Vgl. BGH v. 15.12.2015, Az: VI ZR 134/15

einer solchen E-Mail enthaltenen Werbung von vornherein keine (Direkt-) Werbung darstellen kann.

Das Urteil des BGH ist insoweit nachvollziehbar, als dass Werbende E-Mails nach einem erklärten Widerspruch des Betroffenen nicht mehr versendet werden dürfen. Dies entspricht auch der eindeutigen gesetzlichen Regelung. Ob jedoch bei **einer ersten – gesetzlich zulässigen - Autorespondermail** samt untergeordnetem Werbe-Footer tatsächlich das Persönlichkeitsrecht des Empfängers den Interessen des Absenders, auf weitere Angebote hinzuweisen derart überwiegt, dass die – gesetzliche – Zusendung als rechtswidrig anzusehen sein muss, ist nach wie vor **fraglich**. Dies hat wohl auch der BGH erkannt und zur ersten Mail keine konkrete Stellung bezogen.

Nach der hier vertretenen Auffassung kann eine „stets“ anzunehmende Belästigung nur vorliegen, wenn es sich um unaufgeforderte, reine Werbe-Mail handelt. Genau hier sollten die Gerichte auch im Wettbewerbsrecht ansetzen. Die Annahme von reiner Werbung dürfte **überspannt** sein, wo der Kontakt vom Betroffenen selbst gesucht wurde, die E-Mail inhaltlich auf das Anliegen des Betroffenen gerichtet ist und lediglich im unteren Teil (Abspann) Hinweise auf Waren oder Dienstleistungen des Unternehmers enthält. Eine solche E-Mail dürfte wohl kaum mit einer tatsächlichen Spam-Mail gleichzustellen sein. Dies gilt – insoweit mit dem BGH – hier wie dort natürlich dann nicht mehr, wenn ein nachfolgender Widerspruch des Empfängers für die Zukunft vorliegt. Ein solcher Widerspruch dürfte dem Empfänger jedoch zuzumuten sein, da er – anders als bei Massenmails - solche E-Mails nur erhält, weil er deren Versand selbst und aktiv initiiert. Es geht damit nicht um die – bei Spammails übliche - Frage, ob unerwünschte Mails das Postfach verstopfen oder der Empfänger genötigt wird, Inhalte zeitaufwändig zu kontrollieren, die er nicht kennt. Im Gegenteil, der Empfänger wartet im Zweifel auf die E-Mail, deren werbender Anhang weder das Empfangs- noch das Informationsinteresse an der E-Mail im Übrigen beeinträchtigt.

Diese Überlegung wird indirekt bestätigt durch ein aktuelles Urteil des AG Pankow-Weißensee zu einer **nicht angeforderten Account-Registrierungsbestätigung per E-Mail**³⁴. Diese wurde in dem Einzelfall zwar als unzulässige Werbung eingestuft. Hier hatte der Kläger aber die Zusendung gar nicht veranlasst. Ob eine derartige Information **Werbung** darstellt oder nicht, hing für die Richter davon ab, ob der Empfänger dieser Information **tatsächlich die Einrichtung des Kundenkontos veranlasst hat**. Das Urteil bietet damit einen weiteren Ansatz für die Beurteilung von geschäftlichen E-Mails als Werbung.

Wer allerdings kein Risiko eingehen möchte, sollte auf die Anfügung werbender Botschaften vorerst verzichten.

Wichtig: Auf werbende Elemente in E-Mails, die aufgrund gesetzlicher Erlaubnisse – etwa in bestehenden Kundenbeziehungen – an Empfänger versendet werden, sollte künftig vorsorglich verzichtet werden.

³⁴ AG Pankow-Weißensee v. 16.12.2014, Az.: 101 C 1005/14

4.3 Freunde-Finder, E-Cards und Kundenfeedback

Eindeutig negativ entschieden haben sich die Gerichte leider mit Blick auf Einladungs- oder Empfehlungsmails, welche direkt vom Portal bzw. der Webseite eines Unternehmens durch Private an Dritte versendet werden können.

Zwar ist es grundsätzlich zulässig, dass Private anderen Privaten sogenannte **Laienwerbung** übersenden und selbst dafür belohnt werden.³⁵ Unzulässig soll es jedoch sein, Privatpersonen über ein eigenes, unternehmensgesteuertes Angebot zu ermöglichen, Empfehlungen oder Gratulationskarten per E-Mail zuzusenden. Während solche Angebote früher **praxisnah** dann als zulässig erachtet wurden, wenn über die konkrete Empfehlung oder Nennung des Anbieters hinaus keine weitere Werbung in der E-Mail auftauchte³⁶, hat der **BGH** in einer Grundsatzentscheidung die Unzulässigkeit solcher Sendungen bestätigt.³⁷ Ebenso unzulässig soll die automatisch ausgelöste Funktion des Versendens von „**Freunde-Finder-E-Mails**“ durch Nutzer über soziale Netzwerke sein. Solche Einladungs-Mails stellen nach Einschätzung des KG Berlin ebenfalls Werbung dar.³⁸

Unbefriedigend dürfte dies jedoch nach wie vor für E-Cards oder andere Gratulations-E-Mails sein. Soweit hier allenfalls das den Service bereitstellende Unternehmen genannt wird, sonst aber keine Werbung auftaucht, wird man dies im Grunde noch als zulässig erachten müssen. Hinzu kommt, dass, anders als bei Massenmails, das Belästigungspotenzial wegen des manuellen Eingabeerfordernisses ein vollkommen anderes ist.

Die reine Unternehmenskennzeichnung ist – teilweise schon gesetzlich geforderte – Selbstdarstellung und kann nicht Werbung sein. Gleichwohl ist auf der sicheren Seite, wer E-Card-Angebote nicht von eigenen Servern bearbeitet, sondern dem Nutzer die **Möglichkeit der privaten Versendung** (z. B. durch Bereitstellung eines Produktlinks) gibt.

Ebenso wie E-Cards sind E-Mail-Aufforderungen zur Abgabe von **Bewertungen** zu einem durchgeführten Kauf oder einem Produkt beliebtes Mittel zur **Kundenbindung**. Vollständig unproblematisch ist die Nachfrage per E-Mail dann, wenn der Kunde bei Registrierung seine Einwilligung in den Erhalt von Werbe-Mails gegeben hat.

Auch das LG Coburg hat 2012 entschieden, dass eine **Zufriedenheitsabfrage** nach einem Kauf ein **zulässiges Mittel zur Kundenbindung** sei.³⁹ Neuere, untergerichtliche Urteile⁴⁰ stellen demgegenüber fest, dass auch Feedbackmails ohne extra Einwilligung unzulässig sind. Auch hier wäre eine Klarstellung wünschenswert. Das zu E-Cards Gesagte sollte mit Blick auf die Praxis dort gelten, wo die Unmittelbarkeit nach einem Kauf noch gegeben ist und der Kunde nicht explizit einer Zusendung weiterer E-Mails nach Beendigung des Vertragsverhältnisses widersprochen hat. Alles andere dürfte den Werbebegriff deutlich überspannen. Auch hier wäre eine obergerichtliche Klärung für die Praxis hilfreich.

³⁵ Vgl. OLG Bamberg 09.10.2013, Az.: 3 U 48/13 – wird einem Kunden für die Werbung eines Neukunden ein Einkaufsgutschein versprochen, so handelt es sich nicht um eine produktbezogene Absatzwerbung, sondern um eine unternehmensbezogene Imagewerbung

³⁶ Vgl. LG Köln v. 23.10.2012, Az.: 11 S 122/12

³⁷ Vgl. BGH v. 12.09.2013, Az.: I ZR 208/12

³⁸ Vgl. KG Berlin v. 24.01.2014, Az.: 5 U 42/12

³⁹ Vgl. LG Coburg v. 17.02.2012, Az.: 33 S 87/11

⁴⁰ Vgl. AG Hannover v. 03.04.2013, Az.: 550 C 13442/12; AG Düsseldorf v. 27.10.2014, Az.: 20 C 6875/14

Wichtig: Das Bereitstellen von Möglichkeiten zum E-Mail-Versand von Geburtstagskarten oder Produktempfehlungen sollte nur noch so organisiert sein, dass der letztendliche Versand über das E-Mail-Programm (bzw. Client) des Nutzers abläuft.

5. Absender und Betreff

Sämtliche E-Mails, die der kommerziellen Kommunikation zuzurechnen sind, müssen Absender und den werbenden Inhalt der Nachricht stets klar erkennen lassen. Eine Werbe-Mail stellt gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG – zusätzlich zum Versand ohne Einwilligung – eine unzumutbare Belästigung dar, wenn

- „die **Identität** des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder
- gegen **§ 6 Absatz 1 des Telemediengesetzes** verstoßen wird oder in der der Empfänger aufgefordert wird, eine Website aufzurufen, die gegen diese Vorschrift verstößt, oder
- bei der **keine gültige Adresse** vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen“.

Um gesetzeskonform zu sein, muss der Unternehmer in der Kopf- und Betreffzeile den Absender und den kommerziellen Charakter der Nachricht **hinreichend deutlich** machen, § 6 Abs. 2 TMG. Bei kommerzieller Kommunikation muss die natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag die Kommunikation erfolgt, identifizierbar sein, § 6 Abs. 1 Nr. 2 TMG.

Unzulässig sind insbesondere Betreffzeilen, die vom werbenden Inhalt ablenken sollen, wie z. B. „Mahnung“ oder „Letzte Aufforderung“. Das **Verschleiern** ist sowohl wettbewerbs- als auch datenschutzrechtlich **verboten**.

Um andererseits nicht sofort als „Spam-Mail“ eingeordnet zu werden, kommt es darauf an, dass Unternehmen Absender und Betreff so gestalten, dass einerseits das werbende Anliegen herausgestellt, andererseits **negativ besetzte Begriffe vermieden** werden. Um sicherzustellen, dass die Werbe-Mail nicht automatisch in Spam-Filtern landet, ist unbedingt die Aufnahme des Unternehmens in **Branchen-Whitelists** zu empfehlen. Der BVDW unterstützt hier maßgeblich die Certified Senders Alliance (**CSA**)⁴¹.

Wichtig: Der Absender muss klar erkennbar sein, am besten über Einbindung einer Sender-ID. Vermeiden Sie aber Betreffzeilen mit Spam-typischen Begriffen. Um nicht automatisch aussortiert zu werden, sollten die Services der bekannten Whitelist-Betreiber (z. B. CSA) genutzt werden.

⁴¹ Mehr zu den Branchen-Whitelists im BVDW-Whitepaper: „Datenkonzept und Zertifizierung im E-Mail-Marketing“, <http://www.bvdw.org/medien/bvdw-initiative-e-mail-veroeffentlicht-whitepaper-datenkonzept-und-zertifizierung-im-e-mail-marketing-?media=5732>

Geschäftliche E-Mails müssen nicht nur den Absender, sondern im Textteil selbst ebenfalls das jeweilige Unternehmen konkret erkennen lassen. Die Einbindung solcher Informationen ergibt sich aus handelsrechtlichen Pflichten. Der Umfang bestimmt sich wie in § 5 TMG zum **Impressum**, regelmäßig also:

- Name bzw. Firma und Anschrift (ladungsfähige Postanschrift, nicht Postfach)
- bei juristischen Personen deren Rechtsform und die Vertretungsberechtigten
- Telefon- oder Faxnummer einschließlich der E-Mail-Adresse zur schnellen elektronischen Kontaktaufnahme und unmittelbaren Kommunikation⁴²
- Gegebenenfalls Registerangaben (Vereinsregister, Handelsregister)
- soweit vorhanden, die Umsatzsteueridentifikationsnummer oder Wirtschaftsidentifikationsnummer

Die Informationen müssen **leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar** sein⁴³. Es reicht grundsätzlich auch ein Link zum jeweiligen Webseiten-Impressum des werbenden Unternehmens. Dieser muss allerdings auch funktionieren. Das kann dann problematisch sein, wenn E-Mails über POP3 heruntergeladen und offline gelesen werden. Am einfachsten ist daher die Einbindung des Impressums im **Footer** der Werbe-Mail bzw. des Newsletters.

6. Widerrufs-Management

Ebenso wichtig wie die Beachtung der Vorgaben zum Versand von Werbe-Mails ist ein sauberes und **übersichtliches Widerrufs-Management**. Viele der in den letzten Jahren vor den Gerichten gelandeten Fälle sind auf **Streitigkeiten** rund um die Zusendung von Werbe-Mails **trotz erfolgten Nutzer-Widerrufs** zurückzuführen.

Hier können sich Unternehmen durch einen sauberen und effektiven **Blacklisting-Prozess** auf einfachem Wege absichern. Personenbezogene Daten müssen **gelöscht** werden, wenn die Speicherung unzulässig ist oder der Zweck ihrer Speicherung erreicht wurde und daher ihre Kenntnis für die Erreichung des Zwecks nicht mehr erforderlich ist, §§ 28 Abs. 4, 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bzw. 3 BDSG. Nach einem Widerruf ist die Kenntnis der (im Zweifel personenbezogenen) E-Mail-Adresse nicht mehr nötig. Wird ein Widerruf für eine bestimmte E-Mail-Adresse erklärt, so muss diese aber nicht automatisch gelöscht werden. Es **genügt zunächst die Sperrung der E-Mail-Adresse**, da auch im Nachhinein im Zweifel nachgewiesen werden können muss, dass vormals eine wirksame Einwilligung für diese Adresse vorlag. Die Sperrung reicht hier, weil das schutzwürdige Interesse des Betroffenen, auf diesem Kanal angesprochen zu werden, effektiv gewahrt ist.

Es sollten regelmäßige **Qualitätssicherungsmaßnahmen** und **Test-Verfahren** nicht nur bei Einrichtung des Newsletter- bzw. E-Mail-Systems, sondern auch bei allen Datenbank-Aktualisierungen bzw. CRM-Updates eingeführt werden. Neue Kampagnen sollten sicherheitshalber vorab zu Zusendung auf Unternehmens-Adressen auf Kompatibilität mit den gängigen Browsern/E-Mail-Clients getestet werden. Das ist wegen der heutigen Mobile-Nutzung insbesondere bei der **Darstellung und Funktionalität auf mobilen Endgeräten** wichtig.

⁴² Neben der E-Mail-Adresse ist die Telefonnummer nicht Pflicht – EuGH CR 2009, 17.

⁴³ Ott MMR 2007, 354, 358.

Gerade E-Mail-Newsletter sollten möglichst nicht von sog. „**noreply-Adressen**“ versendet werden, um dem Adressaten möglichst keine Barriere für den Widerspruch zu geben. Widersprüche von Adressaten – egal auf welchem Wege eingegangen – müssen **unverzüglich** in das CRM aufgenommen und berücksichtigt werden. Nach einem Widerspruch muss der Adressat keine E-Mail mehr dulden. Hier kommt es sehr häufig zu vermeidbaren Konflikten.⁴⁴

Wichtig:

- Der Widerruf/die Abmeldung muss möglichst direkt aus jeder E-Mail heraus möglich sein (am einfachsten über einen Link, der ohne weitere Zwischenschritte ein Blacklisting bewirkt).
- Nach Eingang eines Widerrufs müssen nach Möglichkeit auch sämtliche weiteren bekannten E-Mail-Adressen des Adressaten vollständig gelöscht werden.
- Werbe-Mails sollten möglichst nicht von „noreply-Adressen“ versandt werden. Nutzer sollten im Zweifel die Möglichkeit haben, ihren Widerruf über die „Antworten“-Funktion zu erklären.
- Der in der E-Mail enthaltene Abmelde-/Widerrufslink muss regelmäßig auf korrekte Funktionalität geprüft werden.
- Es muss eine einheitliche Koordination der Widerrufskanäle im CRM (Post, Fax, Telefon, E-Mail) sichergestellt sein, um „Ausreißer“ zu vermeiden.
- Bei Datenbank-Aktualisierungen/Service-Updates muss eine einheitliche Datensynchronisation sichergestellt sein.

7. E-Mail-Tracking

Um **Öffnungsraten** nachzuhalten oder zu erfassen, welche Inhalte die Empfänger von Newslettern oder sonstiger E-Mail-Werbung besonders interessieren, werden üblicherweise Tracking-Technologien eingesetzt. Häufig werden hierfür entsprechende Tracking-Pixel oder sog. **Web-Beacons** in die E-Mail eingefügt.

Soweit beim Tracking **personenbezogene Daten** verarbeitet werden, ist immer eine separate **Einwilligung** des Betroffenen erforderlich. Praktischerweise kann hier die Einwilligung zum Nutzertracking auch zusammen mit der Einwilligung zur E-Mail-Nutzung eingeholt werden.

Ohne Einwilligung ist das Tracking nur bei Erhebung von Nutzungsdaten unter Verwendung **pseudonymisierter Nutzerprofile zulässig** (§ 15 Abs. 3 TMG). Hier muss der Betroffene in der Datenschutzerklärung darüber informiert werden, dass seine Daten mit einem Webanalyse-System erfasst werden, wofür dies geschieht und wie mit seinen Daten im Anschluss umgegangen wird (§ 13 Abs. 1 S. 3 TMG).

Soweit **Dienstleister** die Analyse übernehmen, müssen weitere Vorgaben beachtet werden. So muss zusätzlich ein schriftlicher **Auftragsdatenverarbeitungsvertrag** (§ 11 BDSG) zwischen Unternehmen und Analyseanbieter geschlossen werden. Auch in der Datenschutzerklärung muss darüber informiert werden. Die meisten Webanalyse-Dienste bieten dazu fertige Formtexte in ihren AGBs an, die am besten auf einer eigenen Datenschutzseite

⁴⁴ Vgl. AG Stuttgart 25.04.2014, Az.: 10 C 225/14 – hier hatte der Adressat trotz Widerspruchs drei weitere E-Mails erhalten.

(Datenschutzerklärung) auf dem Webauftritt untergebracht werden. Ausführliche Informationen bietet das **BVDW-Whitepaper zu Webanalyse und Datenschutz**⁴⁵.

⁴⁵ BVDW-Whitepaper „Webanalyse und Datenschutz“, <http://www.bvdw.org/medien/bvdw-veroeffentlicht-kostenfreies-whitepaper-zur-datenschutzkonformen-webanalyse?media=4007>

8. Folgen bei Rechtsverstößen

Verstöße gegen die gesetzlichen Vorgaben zum E-Mail-Marketing – insbesondere der Versand ohne ausdrückliche Einwilligung – können nicht nur zu Unterlassungsansprüchen führen. Auch Schadenersatzansprüche oder Bußgelder sind möglich.

8.1 UWG

Mitbewerber – also Unternehmen im direkten Wettbewerb zueinander – können Unterlassungsansprüche aus dem Wettbewerbsrecht (§ 8 Abs. 1 S. 1 UWG) herleiten. Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche können außerdem von Interessenvereinigungen und **Verbänden** (namentlich Verbraucherschutzverbände) geltend gemacht werden.

Die im Verletzungsfall abzugebende Unterlassungserklärung darf sich nicht allein auf die konkret im Streit stehende E-Mail-Adresse beziehen, sondern muss **alle E-Mail-Adressen** (ob bekannt oder unbekannt) des Empfängers einschließen. Denn der Anspruch umfasst laut BGH **nicht nur die konkrete Verletzungshandlung**, sondern auch im Kern gleichartige Handlungen⁴⁶.

Auf wettbewerbsrechtlicher Grundlage (§ 4 Nr. 11 UWG) werden auch vermehrt anderweitige **Datenschutzverstöße** abgemahnt. Zwar herrscht seit Jahren Uneinigkeit, ob einzelne datenschutzrechtliche Vorgaben – etwa der Inhalt einer **Datenschutzerklärung** – generell wettbewerbsrechtlich abmahnfähige Marktverhaltensregeln darstellen. Allerdings haben die Gerichte in einer Reihe von Einzelfällen entsprechende Ansprüche von Mitbewerbern bereits bestätigt⁴⁷.

Wichtig: Eine Haftung droht auch, wenn das Marketing nicht selbst, sondern von einem Beauftragten, etwa einer Marketing-Agentur, durchgeführt wird. Darauf sollten Unternehmen besonders mit Blick auf die Serviceverträge achten und sich um entsprechende Freistellungen kümmern.

8.2 Deliktsrecht

Verbraucher können gegen einwilligungslos erhaltene E-Mails grundsätzlich nur aus Deliktsrecht vorgehen. Wird Werbung an eine private E-Mail-Adresse versandt, ohne dass der Empfänger mit der E-Mail-Werbung einverstanden ist, erfüllt dies regelmäßig den Tatbestand eines rechtswidrigen Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß § 823 Abs. 1 BGB.

Der Weg über das Deliktsrecht steht regelmäßig allerdings **auch Unternehmen** wegen rechtswidrigen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus dem allgemeinen Deliktsrecht (§§ 823 Abs. 1, 1004 BGB). Hier gilt bezüglich des Umfangs des Unterlassungsanspruchs grundsätzlich das Gleiche wie im Wettbewerbsrecht.

8.3 Datenschutzrecht

Datenschutzrechtliche Verstöße können von den jeweiligen Datenschutzbehörden mit **Bußgeldern** zwischen 50.000 und 300.000 Euro durch die Aufsichtsbehörden geahndet

⁴⁶ Vgl. BGH v. 11.03.2004, Az.: I ZR 81/01

⁴⁷ Vgl. KG v. 24.01.2014, Az.: 5 U 42/12; OLG Köln v. 19. 11.2010, Az.: 6 U 73/10

werden (§ 43 BDSG). Hohe Bußgelder fallen beispielsweise dort an, wo Daten aus der Marktforschung mit personenbezogenen Daten zusammengeführt werden.

Neu ist, dass das Bußgeld in jedem Falle einen wirtschaftlichen Vorteil des verstoßenden Unternehmens übersteigen soll, um erlangte Gewinne abschöpfen zu können. Dabei können die genannten Obergrenzen leicht überschritten werden.

9. Zusammenfassung

Im Bereich des E-Mail-Marketings ist die Einwilligung des Betroffenen in die Verwendung seiner personenbezogenen Daten und die Nutzung seiner E-Mail-Adresse für Werbung stets Voraussetzung.

Liegt eine wettbewerbsrechtskonforme Einwilligung in E-Mail-Werbung gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG vor und kann diese für alle verwendeten Kundendaten nachvollzogen werden, so kann im Hinblick auf die datenschutzrechtlich aufgestellten Erfordernisse an die Wirksamkeit der Einwilligung grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die in § 4a BDSG genannten Voraussetzungen mit erfüllt sind. Soweit der Werbetreibende die Einwilligung ordentlich protokolliert und der Betroffene bei Erhebung (durch einen Informationstext an der entsprechenden Checkbox) über die Möglichkeit des jederzeitigen Abrufs und über sein Widerrufsrecht informiert wurde, steht der gefahrlosen Verwendung dieser Daten grundsätzlich nichts im Wege.

In der Praxis haben sich – neben den gesetzlichen Ausnahmen – seit Langem auch weitere Konzepte im Empfehlungsmarketing etabliert. Ausgehend von einem immer weiter definierten Verständnis des Werbebegriffs haben einige Gerichte dem Empfehlungsmarketing per E-Mail allerdings deutliche Einschnitte beschert. Hier geben neuere, praxisnahe Urteile aber auch Anlass zur Hoffnung, dass sich bestimmte Arten der heute üblichen Kunden-Ansprache nach wie vor als zulässig darstellen.

Autor:

RA Michael Neuber

Justiziar/Leiter Recht, Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V.

Diese Darstellung enthält unverbindliche und allgemeine Informationen und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Hinweise zu fachlichen oder rechtlichen Themen spiegeln die Ansicht des BVDW wider und ersetzen keine Beratung im Einzelfall. Die Verwendung für eigene Zwecke geschieht in eigener Verantwortung des Lesers. Eine Haftung für Inhalte wird nicht übernommen. Sämtliche Rechte an dieser Publikation liegen beim BVDW.