

von Rechtsanwalt Jan Lennart Müller

E-Mail-Marketing in Zeiten der DSGVO - wie agiert man rechtssicher? Ein Leitfaden

Auch nach Geltung der DSGVO hat das Versenden von Werbe-E-Mails nichts an Bedeutung eingebüßt. Diese Form der Werbung ist noch immer äußerst effektiv und vor allem kostengünstig für den Werbenden. Welche Vorgaben gilt es allerdings zu beachten? Was ist unter Geltung der DSGVO noch möglich und wie kann ein Online-Händler seinem Pflichtenprogramm bestmöglich nachkommen? Wir haben einen Leitfaden erstellt und sowohl die aktuelle Rechtsprechung, als auch die besonderen gesetzlichen Anforderungen einmal kompakt für Sie zusammengefasst:

I. E-Mail-Marketing rechtssicher gestalten - ein kurzer Überblick

In zahlreichen Webshops ist es längst üblich, Newsletter als Werbemittel einzusetzen. Doch auch dieser Bereich ist in Deutschland u.a. durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) und das Telemediengesetz (TMG) streng reglementiert. Fallstricke lauern oft dort, wo man sie am wenigsten erwartet. Erfahren Sie im heutigen Beitrag, worauf Sie beim E-Mail-Marketing besonders achten sollten, um insbesondere Abmahnungen zu vermeiden.

In Deutschland ist längst nicht alles erlaubt, was technisch möglich ist und möglichst viele potenzielle Käufer anlockt. So besteht auch im Bereich der Newsletter-Werbung die Gefahr kostspieliger Abmahnungen. Es gilt der **Grundsatz**, dass Newsletter **nur mit Einwilligung** des jeweiligen Empfängers verschickt werden dürfen (sog. Opt-In-Verfahren). **Ohne** eine solche **Einwilligung** ist die elektronische Post eine "unzumutbare Belästigung" und damit eine wettbewerbswidrige Handlung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG.

II. DSGVO: Was ändert sich in Bezug auf die E-Mail-Werbung?

Seit dem 25. Mai 2018 gilt die DSGVO, Shop-Betreiber müssen die Regelungen der DSGVO seit diesem Zeitpunkt zwingend beachten.

Die DSGVO hat enormen Einfluss auf das Datenschutzrecht. Die bisherigen Vorschriften des BDSG alt fallen weg, wiederum andere Regelungen des bisherigen Datenschutzrechts werden durch die DSGVO teilweise ersetzt oder ergänzt. Welche Änderungen es konkret beim Newsletter-Marketing ab dem 25. Mai 2018 gegeben hat, erläutern wir im Folgenden:

1. Datenschutz nur bei personenbezogenen Daten

Die DSGVO soll ein einheitliches Regelwerk in der ganzen EU zum Schutz personenbezogener Daten schaffen. Personenbezogene Daten sind nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Entscheidend ist also, ob durch die erhobenen Daten ein Personenbezug hergestellt werden kann.

Bei Daten, die typischerweise bei einer Newsletter-Anmeldung abgefragt werden (wie Name und E-Mail-Adresse), liegt ein Personenbezug eindeutig vor. Insoweit ändert sich durch die DSGVO nichts im Vergleich zur bisherigen Rechtslage in Deutschland.

2. Rechtfertigung der Datenerhebung

Damit die Verarbeitung von personenbezogenen Daten rechtmäßig ist, muss mindestens ein Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 S. 1 DSGVO vorliegen. Auch die DSGVO schreibt damit ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt fest (wie schon nach dem BDSG alt). Die Einwilligung stellt im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 S.1 DSGVO nur eine von mehreren möglichen Rechtfertigungsgrundlagen dar.

3. KEINE datenschutzrechtliche Einwilligung bei E-Mail-Werbung erforderlich, aber ...

Art. 6 Abs. 1 S.1 lit. f DSGVO ermöglicht die Datenverarbeitung ohne Einwilligung der Webseitenuser, wenn eine ausführliche Interessenabwägung zugunsten des Webseitenbetreibers ausfällt. Konkret erlaubt diese Vorschrift die Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn sie "zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich" sind, "sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen".

Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden (hierzu ausdrücklich Erwägungsgrund 47, Satz 7 DSGVO). Aus Sicht der DSGVO ist damit eine Einwilligung von vornherein nicht notwendig, wenn es um "normales" Direktmarketing geht, wie dies im Falle von E-Mail-Marketing gegeben ist.

ABER: Für die deutschen Versender von E-Mail-Werbenachrichten kommt es grundsätzlich trotzdem auf das Vorliegen einer Einwilligung an, denn das Erfordernis zum Vorliegen einer Einwilligung resultiert aus der nationalen Vorschrift des § 7 UWG!

Das UWG fordert also grundsätzlich das Vorliegen einer Einwilligung (zur Ausnahme des § 7 Abs. 3 UWG kommen wir weiter unten noch). Die Vorschrift des § 7 UWG gilt neben Art. 6 DSGVO, da die DSGVO ausdrücklich Vorschriften, die auf der ePrivacy-Richtlinie beruhen (das ist bei § 7 UWG gerade der Fall), unberührt lässt (Art. 95 DSGVO). Daher müssen beide Vorschriften (§ 7 UWG und Art. 6 DSGVO) zusammen gelesen werden, sodass eine wettbewerbsrechtliche Einwilligung nach § 7 UWG auch den formalen Erfordernissen des Art. 6 DSGVO genügen muss.

Merksatz: Das (grundsätzliche) Erfordernis des Vorliegens einer Einwilligung für den Versand von Werbe-E-Mails folgt aus § 7 UWG -> eine solche Einwilligung muss den inhaltlichen und formalen Anforderungen des Art. 6 DSGVO entsprechen.

II. Grundregel für E-Mail-Marketing: Vorherige ausdrückliche Einwilligung erforderlich

Vor allem im Bereich der Direktwerbung ist die Einwilligung so wichtig wie nie zuvor: Newsletter (und auch andere E-Mails mit werblichen Inhalt) dürfen auch seit dem 25.05.2018 grundsätzlich nur dann versendet werden, wenn zuvor eine **ausdrückliche Einwilligung** des Betroffenen eingeholt worden ist.

1. Welche Voraussetzungen muss eine wirksame Einwilligungserklärung erfüllen?

Wie bereits zuvor erörtert, muss eine Einwilligung in Zusammenschau des § 7 UWG mit Art. 6 DSGVO bestimmt werden. Eine wirksame Einwilligung muss in datenschutz- und wettbewerbsrechtlicher Hinsicht also bestimmte **formale und inhaltliche** Anforderungen erfüllen:

- **Form:** Die Einwilligung im Online-Bereich zum Newsletterversand kann durch Anklicken einer Check-Box (wie bisher auch) eingeholt werden- es genügt hierfür eine konkludente, unmissverständliche Handlung - allerdings ist der Newsletterversender in der Beweispflicht die erteilte Einwilligung nachzuweisen (hierzu noch weiter unten) - es sollte daher dringend das Double-Opt-In-Verfahren verwendet werden.
- **Informiertheit:** Die Einwilligung muss das Erfordernis der Informiertheit erfüllen. Hierfür ist Voraussetzung, dass der Betroffene über die Identität des Newsletterversenders, über die Zwecke der Datenverarbeitung und über sein jederzeitiges, freies Widerrufsrecht zu informieren ist. Zusätzlich ist in der Datenschutzerklärung ein entsprechender Informationspassus aufzunehmen.
- **"Freiwilligkeit" und sog. Kopplungsverbot:** Eine erteilte Einwilligung muss zwingend freiwillig erfolgen. Nach dem sog. Kopplungsverbot sollen vertragliche Einwilligungsklauseln in der Regel nicht freiwillig und daher unwirksam sein, wenn sich diese auf Daten erstrecken, die für die Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich sind.
- **Ausdrücklichkeit:** Der Betroffene muss selbst aktiv eingewilligt haben in die Werbemaßnahme (sog. Opt-In), der Betroffene muss also z.B. ein betreffendes Häkchen einer Check-Box aktiv setzen. Das **LG München I (Urt. v. 4.6.2018, 4 HK O 8135/17)** hat entschieden, dass ein voreingestelltes Häkchen in einer Check-Box nicht als Einwilligung in den Erhalt von E-Mail-Werbung ausreicht.
- **Widerrufsmöglichkeit:** Einwilligungserklärungen sind jederzeit mit Wirkung für die Zukunft frei widerruflich. Dazu genügt in der Regel, wenn dem Empfänger am Ende einer E-Mail die Möglichkeit gegeben wird, sich durch Klicken eines Links vom Newsletter-Empfang wieder zu lösen.

Entscheidend für den **Inhalt der Einwilligungserklärung** ist, dass der Einwilligende in **verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache** (Art. 7 Abs. 2 DSGVO) informiert wird, welchen Inhalt seine Einwilligungserklärung hat.

Eine wirksame Einwilligungserklärung für E-Mail-Werbung muss folgenden Inhalt haben:

- Art der beabsichtigten Werbung (Brief, E-Mail/SMS, Telefon, Fax),
- Produkte oder Dienstleistungen, für die geworben werden soll,
- zeitliche Frequenz der Werbenachrichten (streitig),
- das/die werbenden Unternehmen,
- Hinweis auf Widerrufsmöglichkeit

Hinweis: Exklusiv für Mandanten der IT-Recht Kanzlei haben wir eine **Handlungsanleitung** erstellt, die aufzeigt, wie der Anmeldungsvorgang zum Newsletter nach den Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung insgesamt rechtssicher gestaltet werden kann.

2. Einwilligungserklärung für verschiedene Werbekanäle

Eine Einwilligungserklärung im Rahmen des Bestellvorgangs eines Online-Shops ist auch für verschiedene Werbekanäle möglich, vgl. **aktuelle BGH-Entscheidung**. Diese dürfen lediglich bei Postwerbung ein Opt-out vorsehen, ansonsten ist ein Double-Opt-In notwendig.

Wie eine solche Einwilligungserklärung beispielsweise formuliert sein könnte, erfahren Mandanten der IT-Recht Kanzlei **hier**.

3. Wer trägt die Beweislast für das Vorliegen der Einwilligung?

Kommt es zum Prozess, hat der werbende E-Mail-Versender das Vorliegen einer ausdrücklichen Einwilligung des Adressaten zu beweisen (Urteil des BGH vom 11. März 2004, Az. I ZR 81/01).

Was die Anforderungen an den Nachweis für das Vorliegen der Einwilligung des Empfängers angeht, so ist Folgendes zu beachten:

- **Nicht ausreichend** ist der Hinweis, dass der Empfänger der Werbe-Mail seine Daten und E-Mail-Adresse auf der Webseite des Werbenden (etwa in ein vorbereitetes Formular) eingetragen und dadurch seine Einwilligung erteilt hat (sog. Opt-In-Verfahren). Denn durch dieses Verfahren kann nicht sichergestellt werden, dass die Eintragung tatsächlich vom Inhaber der eingetragenen E-Mail-Adresse stammt. Möglich wäre stattdessen auch, dass jemand Drittes zum Spaß oder zur Verärgerung des Betroffenen dessen E-Mail-Adresse angegeben hat (in diese Richtung etwa auch das LG Essen in seinem Urteil vom 20. April 2009, Az. 4 O 368/08).
- **Auch nicht ausreichend** ist der Einwilligungsnachweis mithilfe des sog. confirmed Opt-In-Verfahrens. Bei diesem Verfahren wird dem Besucher der Webseite nach dem Eintragen und Abschicken seiner Daten eine automatische Bestätigungsnachricht per E-Mail zugesendet. Um den Bezug von Werbe-Mails zu verhindern, muss der Empfänger diese mittels eines in der Bestätigungsmail enthaltenen Links abbestellen. Allerdings kann auch dieses Verfahren nicht sicherstellen, dass die Eintragung tatsächlich vom Inhaber der eingetragenen Email-Adresse stammt und dieser mit dem Newsletter-Bezug einverstanden ist. Wegen Missbrauchsgefahr kann daher auch das confirmed Opt-In-Verfahren nicht als Nachweismittel für das Vorliegen einer Einwilligungserklärung verwendet werden (vgl. u.a. AG Düsseldorf, Urteil vom 14. Juli 2009, Az. 48 C 1911/09 und das Urteil des AG Berlin-Mitte vom 11. Juni 2008, Az. 21 C 43/08).
- **Rechtssicher:** Einzig das sog. **Double Opt-In-Verfahren** ist geeignet, eine Einwilligungserklärung des Empfängers beweiskräftig zu beschaffen. Dies wurde bereits von der Rechtsprechung der Unterinstanzen angenommen (vgl. AG Hamburg, Urteil vom 11. Oktober 2006, Az. 6 C 404/06; siehe auch das Urteil des LG Essen vom 20. April 2009, Az. 4 O 368/08) und nun vom BGH kürzlich bestätigt (Urteil vom 10. Februar 2011, Az. I ZR 164/09). Beim "Double-Opt-In"-Verfahren erhält der Nutzer nach der Eintragung seiner E-Mail-Adresse und ggf. der sonstigen Daten eine Begrüßungsmail mit der Aufforderung, einen Bestätigungslink anzuklicken. Tut er dies, so bestätigt er dadurch seine Einwilligung in den Erhalt der angekündigten E-Mails und aktiviert den Empfang elektronischer Post. Reagiert der Empfänger auf die Begrüßungsmail hingegen nicht, gilt dies als Ablehnung.

Um das Vorliegen einer (im Wege des Double-Opt-In-Verfahrens erlangten) Einwilligung im Streitfalle tatsächlich auch beweisen zu können, hat der Werbende die Einwilligungserklärung jedes einzelnen

Kunden vollständig **zu dokumentieren**. Im Falle einer elektronisch übermittelten Einwilligungserklärung setzt dies - nach Ansicht des BGH - deren **Speicherung und die jederzeitige Möglichkeit eines Ausdrucks** voraus (Urteil des BGH vom 10. Februar 2011, Az. I ZR 164/09).

Weitere Informationen zum Thema, wie der Nachweis einer Einwilligung für das Newsletter-Marketing gelingt, können Sie **hier** nachlesen.

4. Wie lange gelten Einwilligungen in zeitlicher Hinsicht?

Werden Einwilligungen rechtskonform eingeholt, unterliegen diese keinem "Ablaufdatum". Allerdings müssen die Einwilligungen auch genutzt werden, andernfalls kann eine einmal erteilte Einwilligung im zeitlichen Nachgang wieder erlöschen. Das LG München I hatte entschieden, dass eine Werbe-E-Mail, welche erst 17 Monate nach der Einwilligungserteilung versandt wurde, nicht mehr wirksam sei.

Da ein Gericht diese Zeitspanne im Einzelfall durchaus kürzer festlegen könnte, sollten die vorhandenen Einwilligungen fortlaufend auf ihre Aktualität überprüft werden, um eine Abmahnung zu vermeiden.

5. Erteilte Einwilligungen (vor Geltung der DSGVO) behalten (grundsätzlich) ihre Gültigkeit

Mit dem 25. Mai 2018 traten die besonderen Einwilligungsbestimmungen der DSGVO an die Stelle der bis dahin geltenden nationalen Vorschriften. Dies führte insbesondere zur Frage, wie mit den bis zu diesem Zeitpunkt unter Geltung der alten Rechtslage in den Mitgliedsstaaten wirksam eingeholten Einwilligungen umgegangen werden soll. Fraglich war also insbesondere, ob Online-Händler, die bereits auf Grundlage der alten Rechtslage (nach dem BDSG alt und dem TMG) wirksame Einwilligungen eingeholt haben, eine neue Einwilligung einholen müssen.

Der europäische Gesetzgeber hat sich zugunsten der Verarbeiter für eine Fortgeltung der bereits eingeholten datenschutzrechtlichen Einwilligungen entschieden. Online-Händler müssen also keine neue Einwilligung einholen, wenn sie bereits eine wirksame Einwilligung nach alter Rechtslage eingeholt haben.

- Dies ergibt sich aus dem Erwägungsgrund 171 zur DSGVO. Voraussetzung ist allerdings, dass
- die Einwilligungen auf Grundlage des geltenden BDSG und des TMG wirksam eingeholt wurden und
- die erteilten Einwilligungen auch den Bedingungen der DSGVO entsprechen.

Da sich die maßgeblichen Einwilligungserfordernisse nach alten und neuem Recht in Deutschland überwiegend überschneiden, entfiel im Online-Handel in der Regel die Notwendigkeit, zum 25. Mai 2018

von jedem Newsletter-Abonnenten, dessen Daten bereits mit Einwilligung verarbeitet wurden, erneut eine Einwilligung einzuholen.

III. Ausnahme von der Grundregel: Einwilligung kann nach § 7 Abs. 3 UWG bei Bestandskunden entbehrlich sein

Sofern der Empfänger keine ausdrückliche Einwilligung erteilt hat, muss der elektronische Versand von Werbung nicht zwangsläufig unzulässig sein. Denn das Wettbewerbsrecht enthält in § 7 Abs. 3 UWG eine Ausnahmeregelung! Nach dieser Vorschrift ist eine Einwilligung des Kunden bzw. Empfängers in bestimmten Fällen entbehrlich.

Innerhalb existierender Kundenbeziehungen (= Bestandskunden) ist es den Online-Händlern möglich, für den Verkauf eigener ähnlicher Produkte mittels E-Mail zu werben, ohne die Einwilligung des Kunden eingeholt zu haben.

Die Ausnahmegesetzvorschrift des § 7 Abs. 3 UWG setzt allerdings voraus, dass

- 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 der Verwendung **nicht widersprochen** hat und
- 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.

Nach Art. 95 DSGVO gilt die Vorschrift des § 7 Abs. 3 UWG als "besondere Regelung" aus der ePrivacy-Richtlinie (Art. 13 2002/58/EG) auch unter der DSGVO fort. Das bedeutet: § 7 Abs. 3 UWG bleibt auch unter der DSGVO erhalten, mit der Folge, dass Newsletter-Werbung im Rahmen bestehender Kundenverhältnisse weiterhin ohne Einwilligung möglich ist. Liegen also kumulativ die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG vor, benötigen Online-Händler auch nach dem 25.05.2018 keine Einwilligung ihrer Kunden für den Newsletter-Versand.

Im Folgenden sollen die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG näher beleuchtet werden.

1. Erhebung der E-Mail-Adresse im Zusammenhang mit einem Produktverkauf

Was die in **Nr. 1** geregelte Erlangung der Adresse angeht, ist zu beachten, dass der werbende Unternehmer die E-Mail-Adresse vom Kunden selbst erlangt haben muss. Dies kann auf Anfrage oder im Rahmen einer Bestellung erfolgen, nicht aber mittels Adressbücher oder durch andere Händler.

Ferner muss ein Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung bestehen; dieser liegt typischerweise vor, wenn der Kunde eine Bestellung mittels E-Mail durchgeführt hat.

2. Verwendung für eigene ähnliche Produkte

Die in **Nr. 2** geregelte Direktwerbung für "eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen" erfordert, dass auch **nur** für **eigene** und **ähnliche** Produkte geworben werden darf. Was unter dem Begriff des "ähnlichen" Produkts zu verstehen ist und welche Produkte im Einzelfall noch erfasst sind, ist diskutabel und kann daher Schwierigkeiten bereiten.

Die folgenden Urteile präzisieren das Kriterium der "eigenen ähnlichen Waren und Dienstleistungen":

- Nach Ansicht des OLG Jena (Urteil vom 21.04.2010, Az. 2 U 88/10) muss sich die Ähnlichkeit auf die **bereits gekauften Waren** beziehen und mit dem gleichen typischen Verwendungszweck oder Bedarf des Kunden übereinstimmen; im Einzelfall kann auch die Werbung für Zubehör oder Ergänzungswaren zulässig sein. Weitere Informationen können Sie **hier** nachlesen.
- KG Berlin (vom 18.03.2011, Az. 5 W 59/11): Die Ähnlichkeit ist nach Ansicht des KG Berlin nur dann gewahrt, wenn die in Frage stehenden Produkte austauschbar sind oder dem gleichen oder zumindest einem ähnlichen Bedarf oder Verwendungszweck dienen. Mehr zur Entscheidung des KG Berlin können Sie in diesem **Beitrag** nachlesen.
- **LG Frankfurt am Main (Urteil vom 22.03.2018, Az.: 2-03 O 372/17)**: Ein Online-Händler kann sich bei einer E-Mail-Werbung, bei der er das gesamte Produktsortiment mittels eines Gutscheins beworben wird, nicht auf die Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 3 UWG berufen. Diese Form der Werbung unterfalle nicht mehr der Ausnahmenvorschrift, denn es handele sich in diesem Fall nicht mehr um eine Bewerbung von eigenen "ähnlichen Waren und Dienstleistungen".

Festzuhalten bleibt, dass die Rechtsprechung **strenge Auslegungsmaßstäbe** an das Erfordernis eines **"ähnlichen Produkts"** angelegt hat. Bei der Zusammenstellung einer Werbe-Mail auf Basis des § 7 Abs. 3 UWG ist erhöhte Vorsicht hinsichtlich der Auswahl der beworbenen Produkte geboten.

3. Kein Widerspruch des Empfängers

Bei dem in **Nr. 3** geregelten Widerspruch ist zu beachten, dass dieser nicht nur per E-Mail, sondern auch durch andere Kommunikationsmittel erfolgen. Dieser Widerspruch kann mit jedem Kommunikationsmittel erklärt werden, nicht nur per E-Mail. Auch Art. 21 DSGVO verlangt - ebenso wie § 7 Abs. 3 UWG - ausdrücklich, dass die beworbene Person im Falle der Direktwerbung das Recht hat, jederzeit Widerspruch gegen die Verarbeitung sie betreffender personenbezogener Daten einzulegen.

4. Information über die Widerspruchsmöglichkeit des Empfängers

Bei **Nr. 4** ist schließlich zu beachten, dass sowohl bei der Erhebung der E-Mail-Adresse, als auch bei jeder Verwendung eindeutig (d.h. nicht versteckt) auf die Widerspruchsmöglichkeit gegen die weitere Verwendung der E-Mail-Adresse und auf die dabei entstehenden Übermittlungskosten nach den Basistarifen hingewiesen werden muss.

Folglich hat der Online-Händler dem Kunden bzw. Empfänger seine Kontaktadresse mitzuteilen, an die der Widerspruch geschickt werden kann. Zudem müssen sich die Kosten des Widerspruchs innerhalb der Basistarife bewegen.

5. Alle Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG müssen vorliegen

Die dargestellte Ausnahmeregelung greift aber nur dann ein, wenn alle vier Voraussetzungen (§ 7 Abs. 3 Nr. 1 bis Nr. 4 UWG) gemeinsam vorliegen.

Nur dann ist die Einwilligung des Kunden in die E-Mail-Werbung entbehrlich. Ist aber nur eine der vier Voraussetzungen nicht erfüllt (ist z.B. die E-Mail-Adresse nicht korrekt erlangt worden oder wird für nicht "ähnliche" Produkte geworben), so greift die Ausnahmeregelung nicht und es bleibt bei der grundsätzlichen Voraussetzung der ausdrücklichen Einwilligung des Kunden. Ist die Einwilligung dann nicht vorhanden, so stellt die Werbung eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG dar.

Sollten Sie Newsletter ohne Einwilligung versenden wollen, so haben Sie bei Erhebung der Daten **klar und deutlich** darüber zu belehren, dass der Kunde einer Verwendung seiner E-Mail-Adresse für einen Newsletterversand **jederzeit widersprechen** kann.

Hinweis:

Exklusiv für Mandanten der IT-Recht Kanzlei haben wir eine **Muster-Formulierung** für einen solchen Hinweis auf die Widerspruchsmöglichkeit erstellt!

IV. Erforderlich: Informationen in der eigenen Datenschutzerklärung

Eine Einwilligung oder das Stützen auf § 7 Abs. 3 UWG in die Newsletter-Werbung alleine **genügt** den rechtlichen Anforderungen allerdings **noch nicht**. Shop-Betreiber müssen zusätzlich zur Einwilligung bzw. den Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG in einer **Datenschutzerklärung** ausführlich über die Datenerhebung und Datenverarbeitung **informieren**.

Art. 13 Abs. 1 DSGVO zählt dafür einen Katalog an Pflichtinformationen auf, die eine Datenschutzerklärung enthalten muss. Dieser Katalog an Pflichtinformationen ersetzt seit dem 25. Mai 2018 den § 13 Abs. 1 TMG, der lediglich allgemein vorschrieb, über Art, Umfang und Zwecke der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten zu unterrichten.

Ein Unternehmen, das auf E-Mail-Marketing setzt, muss in der Datenschutzerklärung insbesondere folgende Informationen aufführen:

- Informationen über die Zwecke, für die die personenbezogenen Daten verarbeitet werden sollen
- Nennung der Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung. Beim Newsletter-Marketing ist somit Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO in der Datenschutzerklärung aufzuführen. Die pauschale Angabe von Art. 6 DSGVO als Rechtsgrundlage genügt den Anforderungen des Art. 13 Abs. 1 DSGVO nicht (Paal in: Paal/Pauly Datenschutzgrundverordnung 2017, Art. 13 DSGVO Rn. 16).
- Informationen über die Dauer, für die die personenbezogenen Daten gespeichert werden oder, falls dies nicht möglich ist, die Kriterien für die Festlegung dieser Dauer
- Informationen über das Bestehen eines Rechts, die Einwilligung jederzeit zu widerrufen, ohne dass die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung berührt wird

Weitergehende Informationen zur Datenschutzerklärung, insbesondere dazu, welche Form die Datenschutzerklärung haben muss und zu welchem Zeitpunkt die Informationen gegeben werden müssen, erhalten Sie im **Artikel "Datenschutzerklärung 2018: Was ändert sich durch die DSGVO?"**.

V. Was muss beim E-Mail-Marketing bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Mails beachtet werden?

1. Gebot der Identifizierbarkeit

Nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 TMG muss "die natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag die kommerzielle Kommunikation erfolgt, klar identifizierbar sein". Nach § 6 Abs. 2 TMG dürfen in der Kopf- und Betreffzeile weder der Absender, noch der kommerzielle Charakter der Nachricht verschleiert oder verheimlicht werden.

"Ein Verschleiern oder Verheimlichen liegt dann vor, wenn die Kopf- und Betreffzeile absichtlich so gestaltet sind, dass der Empfänger vor Einsichtnahme in den Inhalt der Kommunikation keine oder irreführende Informationen über die tatsächliche Identität des Absenders oder den kommerziellen Charakter der Nachricht erhält."

2. Impressumspflicht in der Werbe-E-Mail (z.B. Newsletter)

Newsletter sind Telemedien i.S.d. Telemediengesetzes (TMG), sodass in Bezug auf das Impressum dieselben Pflichten wie in einem Webshop gelten. In vielen Fällen sind Newsletter aus rechtlicher Sicht zudem als Geschäftsbriefe anzusehen, sodass eine bloße Verlinkung auf das Impressum nicht genügt. Die sicherste Option ist daher, die nach § 5 Abs. 1 TMG erforderlichen Angaben in der Fußzeile eines jeden Newsletters abzubilden.

Nach einem Urteil des OLG München soll es dem jeweiligen Anbieter überlassen sein, ob er das Impressum vollständig in seinem Newsletter ausschreiben möchte oder ob er mittels eines Links auf sein Impressum verlinken möchte - und zwar deutlich und leicht erkennbar. So tut es nach der Entscheidung des OLG München (Urteil v. 11.09.2003 - Az. 29 U 2681/03) dem Erfordernis der unmittelbaren Erreichbarkeit nach §5 Abs. 1 TMG keinen Abbruch, wenn das Impressum **über 2 Klicks** erreicht werden kann. Nach dieser Sichtweise dürfte damit ein Link in der Werbe-Mail zum Impressum auf der Firmenwebseite dem Unmittelbarkeitserfordernis auch genügen.

Hinweis: Wer jedoch auf Nummer **sicher** gehen möchte, sollte das Impressum vollständig in seinem Newsletter darstellen - hierzu rät auch die IT-Recht Kanzlei ihren Mandanten.

3. Transparenz in Sachen Preisangaben und Lieferkosten

Die rechtlichen Anforderungen an die Angabe und Darstellung von Preisen, die sich vor allem aus der deutschen Preisangabenverordnung (PAngV) ergeben, sind ebenfalls zu beachten. Dies bedeutet, dass die in Newslettern angebotenen Produkte u.a. Angaben zu etwaigen Versandkosten, der Mehrwertsteuer bzw. den Brutto-Preisen enthalten müssen.

Dem Leser der E-Mail-Werbung soll es so ermöglicht werden, die Preise und weiteren Konditionen der verschiedenen Online-Händler möglichst einfach und effektiv vergleichen zu können.

VI. Einzelfragen und-probleme

1. Weiterempfehlung durch Freunde (tell-a-friend-Funktion)

Problematisch ist das Versenden von elektronischer Werbepost an Verbraucher, deren Daten ein Unternehmer zunächst überhaupt nicht rechtmäßig erhalten hat. Technisch möglich ist dies zum Beispiel, wenn ein Dritter - z.B. bei einer eigenen Bestellung im Webshop - Weiterempfehlungsschaltflächen gebraucht und dort die E-Mail-Adresse eines Freundes angibt (sog. tell-a-friend-Funktion).

Auch wenn in diesem Fall die Initialzündung vom Besteller und nicht vom Unternehmen gesetzt wird, kann das Unternehmen für den Versand unerwünschter E-Mail-Werbung **verantwortlich** sein, weil es derartige Weiterempfehlungsschaltflächen für Dritte bereitstellt (Urteil des BGH vom 12. September 2013, Az. I ZR 208/12). Die Empfehlungsmails stellen unaufgeforderte und damit unlautere Werbung dar, die den Betreibern der Websites, auf denen eine entsprechende Funktion platziert ist, unabhängig von der eigentlichen Drittempfehlung zugerechnet werden. Maßstab für die Zulässigkeit der "Tell-a-friend"-Werbung ist also die Einwilligung des Empfängers derselben.

Da diese aber für den Fall, dass die Zusendung durch die Handlung eines Dritten in Form der schlichten Eintragung einer fremden Mailadresse ohne Zutun des eigentlichen Adressaten erfolgt, in den seltensten Fällen vorliegen dürfte, ist von der "Tell-a-friend"-Funktion im Rahmen des eigenen Internetauftritts grundsätzlich **abzuraten**.

Weitere Infos zur Entscheidung des BGH können Sie [hier](#) finden.

Mittels Tricks, z.B. durch eine besondere Warnung, die Verantwortlichkeit auf den Empfehlenden abzuwälzen, ist nicht ratsam, da schon einige Gerichte die tell-a-friend-Funktion an sich für unzulässig erklärt haben (kürzlich z.B. das Urteil des LG Hamburg vom 8. Dezember 2015, Az. 406 HKO 26/15 zur

entsprechenden Funktion bei eBay, das OLG Hamm für Amazons Weiterempfehlungsfunktion - Az.: I-4 U 154/14).

2. Kundenzufriedenheitsanfrage (sog. Feedback-Anfrage) grundsätzlich nur mit Opt-In

Die Kundenzufriedenheitsanfrage per E-Mail stellt nach der **Rechtsprechung des BGH** Werbung dar, welche nur dann an den betreffenden Kunden übersendet werden darf, wenn diesbezüglich vorab eine ausdrückliche **Einwilligung** des Kunden eingeholt wurde. Dies gilt auch für den Fall, dass diese Anfrage in der Rechnungs-Mail an den Kunden eingekleidet ist (BGH, Urteil vom 10.07.2018, VI ZR 225/17).

Entgegen der unglücklichen Wortwahl des BGH kann der Versand von Kundenzufriedenheitsanfragen **nicht** auf die Ausnahmenvorschrift des **§ 7 Abs. 3 UWG gestützt** werden. Gemäß dieser Ausnahmenvorschrift wäre für eine zulässige Versendung einer E-Mail mit werblichen Inhalt u.a. Voraussetzung, dass der Unternehmer an die Kunden E-Mailadresse lediglich Direktwerbung für eigene **ähnliche Waren oder Dienstleistungen** übersendet. Das Anschreiben an einen Kunden zur Kundenzufriedenheitsanfrage sehen wir allerdings nicht als eine solche Direktwerbung an, da die Bewertung von Produkten oder des Unternehmens (Imagewerbung) kein Bewerben von Waren oder Dienstleistungen darstellt.

Bereits das **OLG Dresden**, das **KG Berlin**, das Amtsgericht Hannover (Urteil vom 03.04.2013, Az.: 550 C 13442/12) und das Amtsgericht Düsseldorf (Urteil vom 27.10.2014; Az.: 20 C 6875/14) vertraten bereits zuvor die rechtliche Auffassung, dass eine Feedback-Anfrage als **unzulässige** E-Mail-Werbung zu werten ist, sofern hierfür **keine** Einwilligung durch den betroffenen Empfänger erteilt worden ist.

3. Werbung in Double-Opt-In- und Auto-Reply-Nachrichten nur mit Opt-In

Der BGH ging im Rahmen seiner **Entscheidung** davon aus, dass der Versand einer "**Auto-Reply**"-Nachricht als unzumutbare Belästigung einzustufen ist, wenn diese Nachricht werblichen Inhalt aufweist und hierfür keine Einwilligung des Betroffenen vorliegt.

Als Konsequenz hieraus ist zu folgern, dass diese vom BGH aufgestellten Grundsätze nicht nur für Auto-Reply-E-Mails Geltung beansprucht, sondern auch und gerade für **Double-Opt-In**-E-Mails.

Was sind eigentlich Auto-Reply- bzw. Double-Opt-In-Mails? 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. Bei **Auto-Reply**-Nachrichten handelt es sich um automatisiert versendete E-Mails, die vorkonfektioniert an den Absender einer E-Mail-Nachricht retourniert werden (oftmals ohne eine Prüfung des Inhalts der die Auto-Reply-Nachricht auslösenden E-Mail).

Nach einer bislang vereinzelt gebliebenen Entscheidung des AG Pankow-Weißensee (Urteil vom 16. Dezember 2014, Az. 101 C 1005/14) soll die Zusendung einer Bestätigungsmail (z.B. "Vielen Dank für die Eröffnung eines Kundenkontos...") an die E-Mail-Adresse, die im Rahmen der Eröffnung eines elektronisch geführten Kundenkontos bei einem Webshop angegeben worden ist, unzulässige Werbung sein, wenn der Empfänger in den Erhalt der Bestätigungsmail nicht ausdrücklich eingewilligt hat, also etwa dann, wenn eine dritte (fremde) Person dessen E-Mail-Adresse angegeben hat.

Webshop-Betreiber, die möglichst sicher gehen wollen, keinen Rechtsverstoß zu begehen, sollten das Double-Opt-In-Verfahren somit nicht nur im Rahmen des Newsletter-Registrierungsprozesses etablieren, sondern auch im Zusammenhang mit der Eröffnung eines Online-Kundenkontos. Erst wenn der Kunde tatsächlich, etwa durch Anklicken eines entsprechenden Bestätigungslinks in einer an die angegebenen E-Mail-Adresse versandten E-Mail, bestätigt, dass er selbst die Eröffnung des Kundenkontos wünscht, sollte dieses eröffnet werden. Dabei ist angeraten, die Bestätigungsanfrage an den Kunden möglichst nüchtern, sachlich und werbefrei zu halten.

Weiter Infos finden Sie hierzu in einem gesonderten Beitrag: **LG Berlin und AG Berlin: Bestätigungsmail für Eröffnung eines Kundenkontos = Werbung**

4. Sonderfall: Produkt-Upgrade-Mail an registrierte Nutzer

Das OLG München (Urteil v. 15.02.2018 - Az.: 29 U 2799/17) hatte **entscheiden**, dass die Erstellung eines kostenlosen Benutzerprofils auf einer Online-Dating-Plattform auch als "Verkauf einer Ware oder Dienstleistung" zu werten sei und damit die Ausnahmenvorschrift nach § 7 Abs. 3 UWG für ein Upgrade-Mailing eingreifen kann.

Das Gericht stellte sich auf den Standpunkt, dass ein "**Verkauf**" im Sinne dieser Norm nicht zwangsweise entgeltlichen Charakter haben muss, sondern dass auch das Anlegen eines **kostenlosen** Benutzerprofils, welches ein "Austauschverhältnis" zwischen Unternehmer und Verbraucher begründet, den Anforderungen des § 7 Abs. 3 Nr. 1 UWG genüge.

Diese Entscheidung ist allerdings mit Vorsicht zu genießen, es bleibt abzuwarten, wie sich andere Gerichte in dieser Frage rechtlich positionieren werden.

5. Sonderfall: Weitergabe von E-Mailadressen an Paketdienstleister (DHL, DPD & Co.) zur Paketankündigung

Online-Händler, die **Kunden-E-Mail-Adressen** an Paketdienstleister zum Zwecke der Übermittlung von "Versandstatus-" bzw. "Paketankündigungs-"E-Mails weitergeben möchten, dürfen dies unter Geltung der DSGVO nur mit Einwilligung des Betroffenen Kunden vornehmen! Um den datenschutzrechtlichen Vorgaben für die Weitergabe der Kunden- E-Mail-Adressen im ausreichenden Maße nachzukommen, haben Online-Händler im Rahmen des Bestellvorgangs eine transparente Einwilligung des Kunden einzuholen (z.B. durch einen Einwilligungstext mit sogenannter "Check-Box") und darüber hinaus im Rahmen der Datenschutzerklärung über die Datenerhebung und -weitergabe ausreichend zu informieren.

Problem: Auf Plattformen (wie z.B. eBay, Amazon, etc.) ist es für den Online-Händler nicht möglich eine Einwilligung zur E-Mailadressweitergabe einzuholen. In diesen Fällen bleibt betroffenen Händlern nur zu raten, auf die Weitergabe der E-Mailadressen an Paketdienstleister zu verzichten.

Weiterführende Informationen zur Weitergabe der E-Mailadresse an Paketdienstleister können Sie in **unserem separaten Beitrag** nachlesen.

VII. Was droht bei Verstößen?

Achtung, bei einem Verstoß droht eine **Abmahnung!**

Privatpersonen können sich unverlangt zugesendeten Werbe-Nachrichten auf die Beeinträchtigung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts berufen; bei Unternehmen basiert der Anspruch auf einem widerrechtlichen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Des Weiterem stellt das Versenden von Werbe-Mails ohne Einwilligung auch eine unzumutbare Belästigung bzw. eine unlautere Wettbewerbshandlung im Sinne des § 7 Abs. Nr. 3 UWG dar und kann von den in § 8 Abs. 3 UWG genannten Gruppen (z.B. Mitbewerber, IHK und weitere qualifizierte Verbände und Einrichtungen) abgemahnt werden, auch wenn diese nicht selbst Empfänger der Werbung sind.

Läuft eine solche Abmahnung über einen Rechtsanwalt, so können bereits hierdurch hohe Kosten auf den Versender von Werbe-Mails zukommen, da dieser dem berechtigt Abmahnenden zur Kostenerstattung verpflichtet ist. Die Kosten für die Abmahnung richten sich nach dem Streitwert der Angelegenheit (siehe hierzu unseren Beitrag: **Abmahnungen wegen unverlangt zugesandter E-Mail-Newsletter: nehmen zu**).

Handelt es sich beim unberechtigten Mailing zugleich um einen **datenschutzrechtlichen** Verstoß, droht ein **Bußgeld** durch die zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörden.

VIII. Fazit

Damit Sie als Händler keine Abmahnung wegen einer unlauteren Wettbewerbshandlung erhalten, ist beim Versand von Newsletter-Werbung per E-Mail unbedingt die vorherige ausdrückliche Einwilligung des Empfängers einzuholen.

Von diesem Grundsatz kann mithilfe der Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 3 UWG abgewichen werden, die es somit Händlern ermöglicht, innerhalb existierender Kundenbeziehungen für den Verkauf ähnlicher Produkte mittels E-Mail zu werben, ohne die ausdrückliche Einwilligung des Kunden erlangt zu haben. Hierbei sollte insbesondere der Begriff des "ähnlichen Produkts" beherzigt und die in den einschlägigen Urteilen aufgestellten Anhaltspunkte beachtet werden.

Wichtig für das E-Mail-Marketing ist ferner, dass die werblichen E-Mails inhaltlich rechtskonform gestaltet werden.

Angesichts der zunehmenden Abmahngefahr im Bereich des Newsletter-Versandes und der nicht

unerheblichen Streitwerte bei Nichteinhalten der gesetzlichen Vorschriften, ist es jedem Online-Händler angeraten, sich vor dem Versand von E-Mail-Werbung mit den dargestellten Problemkreisen vertraut zu machen und bei Bedarf, weitere Spezialfragen abzuklären.

Autor:

RA Jan Lennart Müller

Rechtsanwalt