

Zur Zulässigkeit des Newslettersendings nach DSGVO / Kernaussagen:

- I. Der **DSGVO** Datenschutz greift nur bei personenbezogenen Daten, aber auch **Unternehmens-E-Mail-Adressen** bieten Gefahren
- II. Grundsatz: - Die Nutzung der Daten muss durch eine Rechtsnorm gestattet sein.
- III. Die Direktwerbung an Bestandskunden ist ohne Einwilligung des Kunden zulässig sofern die Vorgaben des § 7 Abs. 3 UWG eingehalten werden.
- IV. Sofern die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG nicht bestehen, muss entweder eine entsprechende Einwilligungserklärung vorliegen bzw. neu eingeholt werden.
- V. Der Altbestand von Daten kann weiterhin genutzt werden, wenn die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG oder eine nach dem zum Zeitpunkt der Einholung der Einwilligungserklärungen rechtsgültige Einwilligung des Kunden vorliegt.

- I. Der **DSGVO** Datenschutz greift nur bei personenbezogenen Daten, aber auch **Unternehmens-E-Mail-Adressen** bieten Gefahren.

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.

Allerdings **sollten** auch rein unternehmensbezogene **E-Mail-Adressen** nicht ohne Einwilligung zu Werbezwecken verwendet werden, denn der Bundesgerichtshof (BGH) hat in einem Urteil vom 20. Mai 2009 (Aktenzeichen: I ZR 218/07) ausgeführt, „schon die erstmalige Zusendung einer Werbe-E-Mail ohne vorherige Einwilligung des Adressaten stellt einen unmittelbaren Eingriff in den Gewerbetrieb des Empfängers dar.“ Der Rechtsverstoß begründet damit einen – gerichtlich durchsetzbaren – Unterlassungsanspruch des Empfängers der E-Mail. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Empfänger Privatperson oder Unternehmen ist.

Außerdem liegt auch ein Verstoß gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vor, so dass auch Konkurrenten oder klageberechtigte Verbände (z.B. Verbraucherschutzvereine, die Wettbewerbszentrale oder die Industrie- und Handelskammern) Ansprüche geltend machen können.

Untersagt ist nicht jede E-Mail, sondern lediglich Werbung. Die einschlägigen EU-Richtlinien definieren Werbung als „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**“. Eine reine Information ist demnach also zulässig. Allerdings wird man Newsletter, die Informationen über Veranstaltungen oder Produkte des Versenders oder Dritter enthalten, fast immer als Werbung ansehen müssen, da man ihnen zumindest ein mittelbares Absatzförderungsziel nicht absprechen kann.

II. Grundsatz: Die Nutzung der Daten muss durch eine Rechtsnorm gestattet sein

Damit die Verarbeitung von personenbezogenen Daten rechtmäßig ist, muss mindestens eine der Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO vorliegen. Danach ist die Verarbeitung von Daten zulässig, wenn

a) sie durch einen der gesetzlichen Tatbestände ausdrücklich erlaubt ist

oder

b) der Nutzer eingewilligt hat.

III. Die Direktwerbung an Bestandskunden ist ohne Einwilligung des Kunden zulässig - sofern die Vorgaben des § 7 Abs. 3 UWG eingehalten werden.

Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO gestattet die Datenverarbeitung **ohne Einwilligung**, 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“.

Der Erwägungsgrund **47 zur DSGVO** definiert das Bestehen eines (Rechts-)Verhältnisses zwischen Verantwortlichem und Betroffenen als mögliche rechtfertigende Begründung für ein berechtigtes Interesse des Verantwortlichen an Direktwerbung, worunter auch der Versand von Newsletter-Werbung fällt.¹ Konkretisiert wird diese Aussage durch Art. 95 DSGVO. Danach gilt der [§ 7 Abs. 3 UWG](#) als „besondere Regelung“ aus der ePrivacy-Richtlinie (Art. 13 2002/58/EG) auch weiterhin. 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 sein wird.

Liegen also kumulativ die Voraussetzungen des [§ 7 Abs. 3 UWG](#) vor, benötigt man keine Einwilligung der Kunden in den Newsletter-Versand.

§ 7 UWG

(3) Abweichend von Absatz 2 Nummer 3 ist eine unzumutbare Belästigung bei einer Werbung unter Verwendung elektronischer Post nicht anzunehmen, wenn

1. ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat,

➤ Achtung – Demnach dürfen also nur Bestandskunden beworben werden.

¹ vgl. dazu auch Frenzel in: Paal/Pauly Datenschutzgrundverordnung 2017, Art. 6 DSGVO Rn. 28.

2. der Unternehmer die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet,

- Ergänzungsangebote (Up-Selling) sind nach aktueller Rechtsprechung damit grds. zulässig.

3. der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und

4. 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.

- Auch Art. 21 DSGVO verlangt ausdrücklich, dass die beworbene Person im Falle der Direktwerbung das Recht hat, jederzeit Widerspruch gegen die Verarbeitung sie betreffender personenbezogener Daten einzulegen.
- Der Kunde muss in **jedem** Newsletter darauf hingewiesen werden, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen. Ihm ist also jedes Mal eine Kontaktadresse anzubieten, an die er sich wenden kann, um den Newsletter abzubestellen.
- ein entsprechender Hinweis bereits bei Erhebung der E-Mail-Adresse erfolgte. Daran, dass dieser Hinweis nicht erfolgt ist oder zumindest nicht nachweisbar ist, scheidet es in der Praxis oft, dass die erhaltenen E-Mail-Adressen nicht ohne erneute Einwilligung für Werbezwecke weiter nutzbar sind.

IV. Sofern die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG nicht bestehen, muss entweder eine entsprechende Einwilligungserklärung vorliegen bzw. neu eingeholt werden.

Sind die Voraussetzungen des [§ 7 Abs. 3 UWG](#) nicht erfüllt, ist nach den Regelungen der DSGVO eine hinreichend konkrete Einwilligung der betroffenen Person notwendig. Gemäß Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. a DSGVO ist die Datenverarbeitung rechtmäßig, wenn die Person ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben hat.

1. Anforderungen an eine rechtmäßige Einwilligung

Die Anforderungen an eine rechtmäßige Einwilligung ist in Art. 4 Nr. 11 DSGVO definiert. Danach ist eine Einwilligung „**jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung.**“

Die DSGVO verlangt somit die konkrete Willenserklärung eines „aufgeklärten“ Kunden in die Datenerhebung und -verarbeitung. Die Einwilligung darf nicht pauschal, bspw. in

Form einer Blanko-Einwilligung erfolgen. Sie muss vielmehr erkennen lassen, welche personenbezogenen Daten zu welchem Zweck von wem verarbeitet werden².

2. **Keine Schriftformerfordernis – aber ein aktives Handeln des Kunden erforderlich.**

Eine bestimmte Form ist für die Einwilligung nicht vorgeschrieben. Erforderlich ist lediglich eine eindeutig bestätigende Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist. Dieses Erfordernis ist z.B. erfüllt bei:

- Eine mündliche Aussage auf eine konkrete Frage am Messestand.
- Ein klares und eindeutiges Nicken auf eine konkrete Frage.
- Das Zurücksenden einer vorformulierten / vorfrankierten Postkarte.
- Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer Internetseite.

Nicht zulässig sind hingegen sog. Opt-Out-Verfahren.³ Denn dann fehlt es an der **erforderlichen, eindeutig bestätigenden** Handlung, bei der die betroffene Person von sich aus tätig werden muss.

Ein Opt-Out Verfahren besteht z.B.

- Wenn das Kästchen zu Einwilligung bei einem Anmeldeprozess bereits angekreuzt ist.
- Wenn der Nutzer eine E-Mail oder einen Brief **erhält mit dem** Hinweis: „Sollten wir binnen 4 Wochen nichts mehr von Ihnen hören oder lesen, gehen wir von Ihrem stillschweigenden Einverständnis in die benannte Datenverarbeitung aus“

3. **Nachweispflicht: Double-Opt-In und elektronische Protokollierung**

Gemäß Art. 7 Abs. 1 DSGVO muss der Datenverwender zudem nachweisen können, dass die Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat.⁴ Wie der Nachweis der Einwilligung konkret zu erbringen ist, lässt die Vorschrift offen.

Allerdings hat die deutsche Rechtsprechung hierzu bereits erhebliche Anforderungen definiert- die auch nach In-Kraft-treten der DSGVO weiterhin Gültigkeit haben.

Nicht ausreichend ist demnach:

- ein Einwilligungsnachweis mithilfe des **Single-Opt-In-Verfahrens**: Dabei muss der Empfänger der Werbe-Mail seine Daten und E-Mail-Adresse auf der Webseite des Werbenden (etwa in ein vorbereitetes Formular) eintragen.
- ein Einwilligungsnachweis mithilfe des **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.

² vgl. Erwägungsgrund 32 zur DSGVO, dazu auch Ernst in: Paal/Pauly Datenschutzgrundverordnung 2017, Art. 4 DSGVO Rn. 78

³ vgl. dazu auch Stemmer in: BeckOK Datenschutzrecht 2017, Art. 7 DSGVO Rn. 83.

⁴ vgl. auch Erwägungsgrund 42 zur DSGVO.

Als zulässig und ausreichend wird weiterhin das **Double Opt-In-Verfahren** angesehen, um eine Einwilligungserklärung des Empfängers beweiskräftig zu beschaffen.

- Beim „Double-Opt-In“-Verfahren muss der Werbeempfänger nach der Eintragung seiner E-Mail-Adresse in das CRM und ggf. der sonstigen Daten seine Einwilligung durch Anklicken eines Links in der Bestätigungsmail nochmal bestätigen. Erst dann ist das Zusenden von Werbung zulässig. Reagiert der Empfänger auf die Begrüßungsmail nicht, gilt dies als Ablehnung.

Damit eine rein elektronische Protokollierung der Einwilligung den Anforderungen der Nachweispflicht **genügt, muss** bei der technischen Umsetzung darauf geachtet werden, dass⁵:

1. der Zeitpunkt (Datum und Uhrzeit) und IP-Daten der Eintragung protokolliert und so abgespeichert werden, dass das Protokoll jederzeit ausgedruckt und notfalls bei Gericht vorgelegt werden können.
2. die Bestätigungsmail inhaltlich neutral gestaltet wird und selbst keine (sonstige) Werbung enthält (Achtung: dazu können auch Unternehmenslogos gehören).
3. eine verständliche und transparente Einwilligungserklärung verwendet wird, die selbst **keine Werbung** enthält!

Hinweis zu Visitenkarten/Messeauftritten u.Ä.: Das Double Opt-In Verfahren muss auch dann angewendet werden, wenn die Daten auf anderem Wege erhoben wurden.

- Werden die **E-Mail-Adressen** z.B. auf Messen durch **Entgegennahme** der Visitenkarte erhoben, so ist der potenzielle Neukunde zu fragen, ob seine Daten in das CRM System aufgenommen werden dürfen und ihm Produktinformationen an diese **E-Mail-Adresse** zugesendet werden dürfen. Wir empfehlen dem Standpersonal Vordrucke zur Verfügung zu stellen, auf denen die Visitenkarte angeheftet werden kann und auf dem der Standmitarbeiter ankreuzen kann, in welche Arten der Nutzung der potenzielle Neukunde eingewilligt hat oder die Karten gleich zu scannen und die Formulare elektronisch mit einem personalisierten Login für den Standmitarbeiter umzusetzen.
- Im unmittelbaren Nachgang der Messe sollte der Kunde dann eine entsprechende Begrüßungs-Mail erhalten, in der Informationen darüber enthalten sind, welche Daten nun im CRM erhoben wurden und zu **welchem** Zweck diese entsprechend **seiner** Einwilligung verwendet werden sowie ein Link, **über den er** die Einwilligung **in die** Nutzung bestätigen kann.

Erfolgt die Bestätigung nicht, so gilt die Einwilligung als nicht erteilt.

⁵ vgl. Stemmer in: BeckOK Datenschutzrecht 2017, Art. 7 DSGVO Rn. 88

4. Das Simplizitätsgebot beim Widerruf - Der Widerruf muss genauso „einfach“ erfolgen können wie die Erteilung der Einwilligung

Die Person muss jederzeit ihre Einwilligung widerrufen können und bereits vor der Abgabe der Einwilligung über ihr Widerrufsrecht informiert werden.

Die DSGVO verlangt, dass der Widerruf der Einwilligung genau „so einfach“ sein muss „wie die Erteilung der Einwilligung“. Nicht verboten ist hingegen, den Widerruf „noch einfacher“ zu gestalten wie die Einwilligung. Er muss also nicht unbedingt auf exakt demselben Weg erfolgen wie die Einwilligung, sondern darf nur nicht komplizierter sein.

Im Rahmen von Newsletter-Werbung dürfte dem Simplizitätsgebot wohl dadurch hinreichend Rechnung getragen werden, dass jeder Mail am Ende ein eigener „Unsubscribe-Link“ beigestellt wird, so dass der Nutzer durch bloßes Anklicken sich vom Newsletter abmelden kann.

V. Der Altbestand von Daten kann weiterhin genutzt werden, wenn die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG oder eine entsprechende **Einwilligungserklärung des Kunden vorliegen.**

Mit Ablauf der Übergangsfristen zum 25. Mai 2018 treten die besonderen Einwilligungsbestimmungen der DSGVO an die Stelle der bis dato geltenden nationalen Vorschriften.

Der europäische Gesetzgeber hat sich gemäß Erwägungsgrund 171 zur DSGVO zugunsten der Verarbeiter für eine Fortgeltung der bereits eingeholten datenschutzrechtlichen Einwilligungen entschieden. Verarbeiter müssen also keine neue Einwilligung einholen, wenn die Anforderungen des § 7 Abs. 3 UWG erfüllt sind oder bereits eine wirksame Einwilligung eingeholt haben. 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 (also z.B. hinreichend konkret sind).

Da sich die maßgeblichen Einwilligungserfordernisse nach geltendem und neuem Recht in Deutschland überwiegend überschneiden, besteht für die Unternehmen bei Kunden, für **die bereits** eine nach bis dato geltendem Recht wirksam eingeholte und dokumentierte Einwilligung vorliegt, kein Anlass eine erneute Einwilligung einzuholen.

Allerdings ist der Verwender der Daten in der Nachweispflicht die rechtmäßige Einholung nachzuweisen. Kann er dies nicht, benötigt er eine erneute Einwilligung.

Kontakt:

RA Martin Leber LL.M. / Leber & Partner Rechtsanwälte /leber@leber-partner.com