

Inhaltsübersicht

- A) [Relevanz für den Online-Handel](#)
- B) [Rechtliche Begutachtung](#)
 - I) [Ausnahmen von der Einwilligung](#)
[Voraussetzungen](#)
 - 1) [Bestehenden Geschäftsbeziehungen](#)
 - 2) [Direktwerbung für ähnliche Waren](#)
 - 3) [Kein Widerspruch](#)
 - 4) [Hinweis auf Widerspruchsrecht](#)
 - II) [Einwilligung zum Erhalt des Newsletters](#)
[Voraussetzungen](#)
 - 1) [Bewusste und eindeutige Erklärung](#)
 - a) [Opt-In-Verfahren](#)
 - b) [Opt-Out-Verfahren](#)
 - c) [Double-Opt-In-Verfahren](#)
 - 2) [Protokollierung](#)
 - 3) [Jederzeitige Abrufbarkeit](#)
 - 4) [Widerruflichkeit](#)
 - 5) [Hinweispflicht](#)
 - III) [Rechtsfolgen bei Zuwiderhandlung](#)
- C) [Fazit zum Thema Newsletter](#)

Es drohen Unterlassungsklagen und Abmahnungen bei unzulässiger Zusendung von Newslettern

A) Relevanz für den Online-Handel

Werbung über „Newsletter“ unterliegt den datenschutzrechtlichen Regelungen.

Um seinen Umsatz zu steigern, ist ein Händler darauf angewiesen, seine Produkte zu bewerben. Neben der an die Öffentlichkeit gerichteten Werbung kann er dies auch über sog. „Newsletter“ erreichen. Diese werden an Kunden per E-Mail versendet, die bereits Waren bei ihm erworben haben. Eine Versendung von Werbung an die angegebenen E-Mail-Adressen der Bestandskunden ist aber datenschutzrechtlich relevant. Hält sich der Händler nicht an die entsprechenden gesetzlichen Regelungen, drohen ihm Unterlassungsklagen und Abmahnungen.

B) Rechtliche Begutachtung

Der Versendung von „Newslettern“ erfordert eine Einwilligung des Kunden, wenn diese nicht ausnahmsweise entbehrlich ist.

Im Online-Handel können Bestandskunden ohne großen Aufwand über ihre E-Mail-Adresse, die sie meist im Rahmen der Bestellabwicklung angegeben haben, kontaktiert werden. Diese E-Mail-Adresse gehört aber zu den personenbezogenen Daten des Kunden. Die Nutzung zur Zusendung von Werbematerial stellt ein „Verwenden“ dieser Daten im datenschutzrelevanten Sinne dar. Die Werbung über die E-Mail-Adresse ist deshalb nur dann zulässig, wenn der Kunde entweder in sie eingewilligt hat oder eine Einwilligung ausnahmsweise nicht erforderlich ist.

I) Ausnahme vom Einwilligungsvorbehalt

Werbung über E-Mail kann ohne Einwilligung erfolgen, wenn bereits eine Geschäftsbeziehung zwischen Händler und Kunden besteht.

Eine Ausnahme vom grundsätzlichen Einwilligungsvorbehalt wird in § 7 Abs.3 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) geregelt. Danach kann Werbung unter Verwendung von elektronischer Post auch ohne Einwilligung erfolgen, wenn der Kunde mit dem Händler bereits in geschäftlichen Beziehungen steht. Diese Geschäftsbeziehung stellt ein Indiz dafür dar, dass der Kunde mit der Zusendung von weiteren Informationen grundsätzlich einverstanden ist. Da er bereits Waren beim werbenden Händler gekauft hat, ist davon auszugehen, dass diese Informationen für ihn nützlich und nicht belästigend sind. Deshalb darf der Händler in diesen Fällen auch ohne Einwilligung werben, solange der Kunde dem nicht widerspricht.

Die Regelung soll den elektronischen Handel fördern ist aber zum Schutz desjenigen, dessen personenbezogenen Daten verwendet werden (=Betroffener), an strenge Voraussetzungen geknüpft. Daneben wird ausschließlich die Werbung über die elektronische Post privilegiert. Eine Ausweitung auf andere Werbemittel ist unzulässig.

Voraussetzungen

Für die Anwendbarkeit der Ausnahmeregel ist eine bereits bestehende Geschäftsbeziehung zwischen dem Betroffenen und dem Händler erforderlich. Daneben darf der Händler die E-Mail-Adresse nur für

sog. „Direktwerbung“ verwenden und nur solange, wie der Betroffene der Verwendung nicht widersprochen hat. Dass dem Kunden ein solches Widerspruchsrecht zusteht, muss er vom Händler sowohl bei der erstmaligen Abfrage der E-Mail-Adresse als auch bei jeder Zusendung von Newslettern mitgeteilt bekommen.

1) Bestehende Geschäftsbeziehung

Geschäftsbeziehung besteht, wenn bereits Waren beim Händler vom Kunden gekauft wurden.

Geschäftsbeziehungen bestehen, wenn der Kunde beim Händler bereits eine oder mehrere Waren gekauft hat, ein Kaufvertrag also geschlossen und durchgeführt worden ist. Daran fehlt es, wenn sich der Kunde lediglich über das Angebot des Händlers informiert hat ohne eine Bestellung abzugeben. Ein Vertragsschluss liegt ebenfalls nicht vor, wenn der Kunde seine Kaufentscheidung angefochten oder widerrufen hat, vom Vertrag zurückgetreten ist oder ihn gekündigt hat.

Nicht erforderlich ist es aber, dass die Ware per E-Mail bestellt wurde. Es genügt, wenn der Händler die Adresse bei der Vertragsdurchführung (z.B. zur Mitteilung des Lieferdatums) oder bei der Erfüllung nachvertraglicher Pflichten (z.B. zur Abwicklung einer Reparatur bei auftretendem Mangel) erhalten hat.

Die E-Mail-Adresse muss der Händler aber vom Kunden selbst erhalten haben. Hat er sie über Adresshändler oder -bücher oder von kooperierenden Unternehmen erhalten, ist die Ausnahmeregelung nicht anwendbar.

Neben dem sachlichen Zusammenhang, muss auch ein zeitlicher Zusammenhang zwischen dem früheren Warenkauf und der Werbemaßnahme bestehen. Das ist nicht mehr der Fall, wenn der Händler zwei Jahre verstreichen lässt, bevor er den Kunden zu Werbezwecken erneut kontaktiert. Feste zeitliche Grenzen gibt es allerdings (noch) nicht.

2) Direktwerbung für ähnliche Waren

Nur der Händler, der die E-Mail-Adresse vom Kunden erhalten hat, darf für seine eigenen Produkte werben. Allerdings nur für solche, die denen ähnlich sind, die der Kunde früher bereits gekauft hat.

Liegt die erforderliche Kundenbeziehung vor, darf der Händler die E-Mail-Adresse nur zur „Direktwerbung für ähnliche Waren“ verwenden.

Direktwerbung meint, dass die Adresse nicht an andere Unternehmer weitergegeben werden darf, damit diese ihre Produkte bewerben. Das gilt auch dann, wenn der Händler mit diesen Unternehmen konzernmäßig verbunden ist. Daneben darf der Händler seinerseits auch nicht für die Waren von anderen Anbietern werben.

Beworben werden dürfen nur Waren, die dem typischen Verwendungszweck oder dem gleichen Bedarf des Kunden dienen wie die, die er bereits gekauft hat.

Beispiele:

- Hat der Kunde im Internet französischen Rotwein bestellt, darf mittels E-Mail auch für chilenischen Rotwein geworben werden.

- Wurde ein Hotelaufenthalt in Kärnten gebucht, darf auch Werbung für Hotels auf Sizilien gemacht werden.

Neben solchen Substitutionsgütern dürfen aber auch Produkte beworben werden, die die bereits gekauften Waren ergänzen oder Zubehör für diese darstellen.

Beispiele:

- Nach dem Erwerb von Schusswaffen für die Jagd darf für Munition geworben werden.
- **Unzulässig** wäre in diesem Zusammenhang aber Werbung für Jagdbekleidung.

Eine Ähnlichkeit der Waren ist nicht schon deshalb gegeben, weil sowohl das beworbene als auch das gekaufte Produkt in demselben stationären Geschäft erhältlich wäre (beispielsweise einem Handwerkermarkt, wenn Holzkitt erworben wurde). Ein Zusammenhang zwischen dem gekauften und dem beworbenen Produkt läge dann nur noch im weitesten Sinne vor. Ein generelles Interesse des Kunden an solchen Waren kann aber nicht ohne weiteres unterstellt werden. Das würde dem Gedanken der Ausnahmeregelung widersprechen. Diese ist zum Schutz des Betroffenen eng auszulegen und eine zu weit gefasste Werbung deshalb unzulässig.

3) Kein Widerspruch

Zusendung von Newslettern ist nur solange erlaubt, bis der Kunde widerspricht.

Sobald der Kunde der Verwendung seiner E-Mail-Adresse widersprochen hat, darf der Händler sie zu Werbezwecken nicht weiter nutzen. Der Widerspruch kann mit jedem Kommunikationsmittel erklärt werden und muss dem Händler zugehen, damit er wirksam ist.

4) Hinweis auf Widerspruchsrecht

Auf die Möglichkeit der Zusendung zu widersprechen muss der Händler den Kunden hinweisen.

Von diesem Widerspruchsrecht muss der Kunde aber Kenntnis haben, damit er seine personenbezogenen Daten ausreichend schützen kann. Der Händler hat ihn deshalb auf dieses Recht eindeutig und verständlich hinzuweisen. Dieser Hinweis muss sowohl bei der erstmaligen Erhebung der E-Mail-Adresse sowie bei jeder weiteren Nutzung erfolgen. Versendet der Händler einen Newsletter, muss in jedem Newsletter ein solcher Hinweis enthalten sein.

Daneben muss der Händler einen Kommunikationsweg angeben, über den der Widerspruch erklärt werden kann (Postadresse, Telefon- oder Faxnummer, E-Mail-Adresse). Für die Übermittlung des Widerspruchs dürfen keine weiteren Kosten als die des Basistarifs anfallen. Bietet der Händler also die Möglichkeit an, der Verwendung per Telefon zu widersprechen, darf er keine kostenpflichtige Rufnummer angeben. Über diese Kostenbeschränkung muss der Kunde ebenfalls informiert werden. Die Angst vor hohen Kosten soll ihn nicht an der Ausübung seines Widerspruchs hindern.

Der Hinweis muss klar und deutlich erfolgen und darf nicht an versteckter Stelle stehen. Er muss inhaltlich verständlich und hinreichend bestimmt sein. Werden die Anforderungen, die an die datenschutzrechtlichen Pflichtinformationen gestellt werden, eingehalten, sind die Voraussetzungen in jedem Fall erfüllt.

Der Hinweis kann auch durch folgende Formulierung erfolgen: „Falls Sie keine weitere Werbung unsererseits wünschen, teilen Sie uns dies bitte telefonisch unter der Nummer: ... mit oder schreiben Sie uns eine E-Mail an folgende Adresse:“.

II) Einwilligung zum Erhalt des Newsletters

Greift die Ausnahmeregelung nicht ein, ist eine (elektronische) Einwilligung des Kunden erforderlich.

Liegen die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG nicht vor, ist eine Zusendung von Newslettern an die E-Mail-Adresse des Kunden nur dann zulässig, wenn eine entsprechende Einwilligung vorliegt.

Unter Einwilligung wird eine Willensbekundung verstanden, die ohne jeden Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt. Mit ihr akzeptiert die betroffene Person, dass ihre personenbezogenen Daten verarbeitet und verwendet werden.

Eine solche Erklärung muss grundsätzlich in Schriftform im Sinne des § 126 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) erfolgen. Für den Online-Handel würde das bedeuten, dass sie wirksam nur mittels elektronischer Signatur oder über ein eigenhändig unterschriebenes Schriftstück erteilt werden kann. Die elektronische Signatur konnte sich im digitalen Datenverkehr noch nicht durchsetzen und ist deshalb nur wenig verbreitet. Bei der Einwilligung über ein Schriftstück ist ein „Medienbruch“ erforderlich, der den Charakter des Internet als schnelles und unkompliziertes Kommunikationsmittel, konterkarieren würde.

Um das zu vermeiden und den elektronischen Geschäftsverkehr zu erleichtern, hat der Gesetzgeber die „elektronische Einwilligung“ eingeführt, § 13 Abs. 2 Telemediengesetz (TMG). Für diese ist weder eine eigenhändige Unterschrift noch eine Signatur erforderlich. Allerdings müssen andere Voraussetzungen erfüllt sein, damit die Einwilligung wirksam erteilt werden kann.

Voraussetzungen

Erforderlich ist gem. § 13 Abs. 2 TMG, dass die Einwilligung bewusst und eindeutig erteilt (1) und protokolliert (2) wird. Zudem muss sie für den Nutzer jederzeit abgerufen (3) und mit Wirkung für die Zukunft widerrufen (4) werden können. Auf das Recht zum Widerruf muss der Anbieter den Nutzer hinweisen (5).

1) Bewusste und eindeutige Erklärung

Für die wirksame Erteilung der Einwilligung ist eine aktive Handlung des Kunden erforderlich. Eine solche kann mittels „Double-Opt-In-Verfahren“ gewährleistet werden.

Für die Wirksamkeit der Einwilligung muss dem Kunden überhaupt bewusst sein, dass er eine rechtserhebliche Erklärung abgibt. Dieses Bewusstsein kann gerade im Internet schnell verloren gehen. Dort werden vorformulierte Texte einfach durchgeklickt, ohne dass ihr Inhalt tatsächlich wahrgenommen wird. Erklärungen, die in solchen längeren Dialogen enthalten sind, werden meist unbewusst akzeptiert. Um auf diesem Weg eine Überrumpfung des Kunden zu vermeiden, verlangt der Gesetzgeber eine aktive Handlung. Der Kunde soll eine bewusste Entscheidung darüber treffen, ob er den Newsletter erhalten möchte oder nicht.

a) Opt-In-Verfahren

Deshalb sollte mindestens ein sog. Opt-In-Verfahren für die Erteilung der Einwilligung angewendet werden. Bei diesem ist das Anklicken eines entsprechenden Buttons oder das Setzen eines Häkchens in einem dafür vorgesehenen Kästchen erforderlich.

b) Opt-Out-Verfahren

Im Gegensatz dazu ist bei der Verwendung des sog. Opt-Out-Verfahrens das Kästchen bereits vorangekreuzt. Der Kunde müsste das entsprechende Häkchen entfernen, wenn er die Einwilligung nicht geben will. Ändert er an der Voreinstellung nichts, kann aber nicht von einer erkennbaren Betätigung seines Willens gesprochen werden. Statt einer ausdrücklichen Einwilligungserklärung liegt viel mehr ein unerhebliches passives „Nichterklären“ durch Schweigen vor.

c) Double-Opt-In-Verfahren

Im Geschäftsverkehr hat sich das „Double-Opt-In-Verfahren“ durchgesetzt. Dieses stellt für den Händler sicher, dass tatsächlich diejenige Person eine Einwilligung erteilt hat, deren Daten betroffen sind. Dem Kunden wird dazu zunächst eine E-Mail an die angegebene E-Mail-Adresse geschickt, die einen Bestätigungslink enthält. Wird der Link betätigt, kann der Händler nachweisen, dass eine wirksame Einwilligung seitens des Betroffenen vorliegt. Denn es ist davon auszugehen, dass nur der Kunde Zugang zu seinem E-Mail-Konto hat.

Den Nachweis könnte er nicht führen, wenn auf der Shop-Seite nur ein Haken zu setzen oder ein Button anzuklicken ist, um eine Einwilligung zu erteilen. Denn beides könnte auch von einem unbefugten Dritten vorgenommen werden.

Ob es sich bei dieser den Bestätigungslink enthaltenden E-Mail ebenfalls um Werbung handelt, die die Einwilligung des Betroffenen erfordert, ist zwischen den Gerichten umstritten.

Viele erstinstanzliche Gerichte (beispielhaft genannt, AG München, Urteil vom 30.11.2006 – AZ: 161 C 29330/06) vertreten die Auffassung, dass für die Zusendung der „Bestätigungs-E-Mail“ eine Einwilligung nicht erforderlich ist. Sie sind der Ansicht, dass anderenfalls auf Grund des hohen Abmahnrisikos eine Zusendung von Newslettern über die E-Mail-Adresse des Kunden nicht mehr praktikabel wäre. Sie sehen auf der anderen Seite allerdings durchaus Bedarf. Das AG München geht davon aus, „dass es Millionen Internetnutzer gibt, die durchaus bewusst von der Möglichkeit einer Anforderung von Informationen und Werbung ... über eine Adress-Eingabemaske gerne Gebrauch machen“. Diese Möglichkeit würde aber „gänzlich zunichte gemacht, wenn man auch in der Bestätigungs-E-Mail eine unzulässige Beeinträchtigung“ sehen würde.

Eine eindeutige höchstrichterliche Entscheidung seitens des BGH gibt es dazu jedoch (noch) nicht. Er geht lediglich davon aus, dass das Double-Opt-In-Verfahren geeignet ist, eine wirksame Einwilligung des Betroffenen in die Nutzung seiner E-Mail-Adresse zu Werbezwecken einzuholen (Beschluss vom 16.8.2012 – AZ: I ZB 2/12; Urteil vom 10.2.2011 - I ZR 164/09). Daraus könnte geschlussfolgert werden, dass die Bestätigungs-E-Mail auch ohne Einwilligung keine unzumutbar belästigende Werbung darstellt. Eine eindeutige Aussage hat der BGH diesbezüglich aber nicht getroffen.

Das OLG München hat sich hingegen klar positioniert (Urteil vom 27.9.2012, AZ: 29 U 1682/12). „Werbung ist jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien

Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern.“ Nach Ansicht des Gerichtes liegt sie auch dann vor, wenn die betreffende E-Mail selbst keinerlei Werbebotschaften enthält. Sie fällt dennoch unter das Verbot des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Der Absatz wird dadurch gefördert, dass eine ausdrückliche Einwilligung für weitere Werbemaßnahmen eingeholt wird.

Liegt eine Einwilligung für E-Mail-Werbung nicht vor, handelt es sich nach Ansicht des OLG daher auch bei der „Bestätigungs-E-Mail“ um eine unzumutbare Belästigung, die abgemahnt werden kann. Das OLG Frankfurt a.M. hält diese Ansicht für „äußerst zweifelhaft“, trifft selbst aber keine Aussage zu der Frage (Urteil vom 30.09.2013, Az. 1 U 314/12).

Die Ansicht des OLG München stellt zurzeit noch eine Einzelmeinung dar. Ob diese sich durchsetzt, bleibt abzuwarten. Aber auch eine Einzelmeinung ist für den Online-Händler unangenehm. Auf Grund des sog. „fliegenden Gerichtsstandes“ ist eine Klage gegen Rechtsverstöße im Online-Bereich überall in Deutschland möglich. Der Händler, der das „Double-Opt-In-Verfahren“ nutzt, kann deshalb in München erfolgreich verklagt werden.

2) Protokollierung

Die Protokollierung der Einwilligung kann über einen entsprechenden Vermerk im Datensatz des Kunden erfolgen.

Die Abgabe der Einwilligungserklärung muss der Anbieter protokollieren. Auch das dient ihm zur Beweiserleichterung. Die Anforderung kann er erfüllen, indem er innerhalb des Datensatzes des Kunden die Abgabe samt Datum und Zeitangabe vermerkt.

3) Jederzeitige Abrufbarkeit

Der Inhalt der Erklärung kann vom Kunden jederzeit abgerufen werden, wenn er im Kundenkonto abgelegt wird, dass über einen Login zugänglich ist oder innerhalb der Datenschutzerklärung.

Weitere Voraussetzung ist, dass der Nutzer den Inhalt seiner Einwilligung jederzeit abrufen kann. Da die Darstellung auf einer Webseite nur sehr flüchtig ist, wird damit sichergestellt, dass der Kunde auch nachträglich noch vom Inhalt seiner Erklärung Kenntnis nehmen kann.

Die Abrufbarkeit kann der Händler dadurch erreichen, dass er entweder einen Kontakt angibt, über den der Kunde eine Zusendung per E-Mail anfordern kann. Er kann den Einwilligungstext aber auch im persönlichen Kundenbereich speichern, zu dem der Kunde per Login Zugang hat.

Daneben ist es möglich, den Text in die Datenschutzerklärung einzubinden. Als Kunde von **Protected Shops** kann man innerhalb des Rechtstextekonfigurators festlegen, ob die Einwilligungserklärung dort erscheinen soll. Man hat damit seiner Pflicht in jedem Fall abmahnsicher Genüge getan.

4) Widerruflichkeit

Der Kunde kann seine Einwilligung jederzeit widerrufen.

Das grundgesetzlich festgeschriebene Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“ erfordert, dass der Betroffene umfassend über die Verwendung seiner Daten bestimmen kann. Deshalb muss ihm

die Möglichkeit gegeben werden, eine einmal erteilte Einwilligung in die Datennutzung auch wieder zurückzunehmen. Dem Kunden steht deshalb ein Widerrufsrecht gegenüber dem Händler zu.

5) Hinweispflicht

Auf sein Widerrufsrecht muss der Händler seine Kunden hinweisen.

Auf das Recht zum Widerruf muss der Händler deutlich und unmissverständlich hinweisen. Denn wenn der Kunde von seinem Recht keine Kenntnis hat, kann er es nicht ausüben. Genauso wenig kann er es ausüben, wenn kein Kontakt angegeben ist, über den der Widerruf erklärt werden kann. Ein solcher ist daher ebenfalls anzugeben.

III) Rechtsfolge bei Zuwiderhandlung

Hält der Händler die gesetzlichen Anforderungen nicht ein, kann er kostenpflichtig abgemahnt werden.

Verschickt der Händler Werbung an die Kunden-E-Mail-Adresse, ohne dass eine wirksame Einwilligung des Kunden vorliegt, stellt die Werbung eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG dar. Gleiches gilt, wenn die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung nicht erfüllt sind oder die Kundenadresse nicht korrekt erlangt wurde. Hat der Kunde der Nutzung zu Werbezwecken widersprochen, ist sie nicht weiter gestattet. Jede weitere Werbung ist dann eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG.

Sowohl der Kunde als auch Mitbewerber und Verbraucherschutzorganisationen können den Händler auf Unterlassung in Anspruch nehmen und die entstandenen Anwaltskosten ersetzt verlangen (Abmahnung). Daneben können Konkurrenten Schadenersatz verlangen, sofern ihnen durch die Rechtsverletzung ein solcher entstanden ist.

C) Fazit zum Thema Newsletter

Um seinen Umsatz steigern zu können, ist der Händler auf Werbemaßnahmen angewiesen. Werden zu diesem Zweck aber personenbezogene Daten seiner Kunden verwendet, wie beispielsweise die E-Mail-Adresse, muss er die Anforderungen datenschutzrechtlicher Regelungen einhalten um teure Klagen und kostenpflichtige Abmahnungen zu vermeiden.