



Adressdaten für jede Werbeform rechtskonform nutzen

Rechtsanwalt Thilo Martin, Nürnberg

Zusammenfassung

Die Verwendung von personenbezogenen Daten für Werbung unterlag in den vergangenen Jahren einem regen Wandel – insbesondere angestoßen durch Änderungen in den relevanten Gesetzen wie dem Bundesdatenschutzgesetz, dem Gesetz zum unlauteren Wettbewerb oder dem Telemediengesetz, um nur einige exemplarisch zu nennen.

Im Bundesdatenschutzgesetz sind 2009 und 2010 die Novellen I – III in Kraft getreten, die sich insbesondere auf die Nutzung von Daten zur Werbung, Änderungen im Umgang mit Daten beim Adresshandel und Scoring oder auf die Verfahrensrechte der Betroffenen auswirkten. Die Möglichkeiten der Aufsichtsbehörden wurden mehrfach gestärkt, zum einen durch eine bessere Durchsetzungskraft von Beanstandungen mit Verwaltungsakten oder die zuletzt vom EuGH geforderte, starke, staatliche Unabhängigkeitsposition der Behörden. Das Strafrecht des BDSG wurde ebenfalls erweitert und reicht nun von Strafen von 50.000 EUR bis 300.000 EUR oder bis zur Abschöpfung des durch den Vorfall generierten Gewinns.

Der folgende Beitrag befasst sich umfassend mit der Verwendung von Adressdaten in der Werbung. Durch die Verteilung der Regelungen auf verschiedene, zum Teil konkurrierende Gesetze ist ein Überblick über Verbote und Möglichkeiten derzeit nicht leicht. Der Beitrag ist übersichtlich nach Werbeformen gegliedert, sodass für jede gewünschte Werbemaßnahme – ob mit oder ohne Einwilligung – schnell die gesetzlichen Anforderungen und praktischen Maßnahmen nachgelesen werden können. ■

Werbung
– Adressdaten

Adressdaten
– (siehe) Adressen

Inhaltsübersicht

1	Adressen für Werbung per E-Mail nutzen	3
1.1	Werben per E-Mail ohne Einwilligung	3
1.1.1	Wettbewerbs- und Datenschutzrecht	3
1.1.2	Zum Umgang mit einem Widerspruch	7
1.1.3	Checkliste E-Mail-Werbung ohne Einwilligung	8
1.1.4	Tipps & Rechtsprechung	9
1.2	Werben per E-Mail mit Einwilligung	10
1.2.1	Einwilligungsformen	10
1.2.2	Anforderungen an Einwilligungen und Double-Opt-in	12
1.2.3	Tipps	15
1.2.4	Checkliste zur Einwilligung für E-Mail-Werbung	16
1.2.5	Rechtsprechung	17
1.3	E-Mail-Adressen kaufen und nutzen	18
2	Adressen für Werbung per Briefpost nutzen	19
2.1	Werben ohne Einwilligung	19
2.1.1	Rechtliche Möglichkeiten	19
2.1.2	Nutzung von Alt-Adressbeständen von vor dem 1.9.2009	20
2.1.3	Listendaten	21
2.1.4	Hinzugespeicherte Daten	22
2.2	Werben per Briefpost mit Einwilligung	23
2.2.1	Einwilligungsformen	23
2.3	Adresskauf und -miete	25
3	Adressen für Werbung per Fax nutzen	25
3.1	Faxwerbung ohne Einwilligung	25
3.1.1	Rechtliche Möglichkeiten	25
3.2	Faxwerbung mit Einwilligung	27
4	Anhang	29
4.1	Rechtsgrundlagen zur Einwilligung	29
4.2	Checkliste Impressumspflicht	29

1 Adressen für Werbung per E-Mail nutzen

Als verkaufsfördernde Maßnahme und damit als Werbung ist regelmäßig der Newsletter eines Unternehmens anzusehen: Der BGH hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2004 das Verbot über die Zusendung von unerwünschten E-Mails ausdrücklich auch auf Newsletter angewandt. Zusätzlich zum Verbot im Gesetz zum unlauteren Wettbewerb (UWG) hat der Empfänger der E-Mail einen allgemeinen Abwehranspruch aus dem BGB (§ 823 Abs.1 i.V.m. § 1004 Abs.1 S.2 BGB analog). Der Anspruch besteht auch, wenn es sich bei der E-Mail nicht um Werbung handelt. Es ist allein entscheidend, dass eine E-Mail zugesandt wurde, die unerwünscht war.

Adressen
– für Werbung per E-Mail

1.1 Werben per E-Mail ohne Einwilligung

1.1.1 Wettbewerbs- und Datenschutzrecht

Die Möglichkeiten, Werbe-E-Mails ohne eine Einwilligung des Empfängers zu versenden, sind aufgrund des sehr deutlichen Verbots des § 7 Abs. 2 Nr. 3 des Gesetzes zum unlauteren Wettbewerb (UWG) äußerst beschränkt. Generell gilt es bei der rechtlichen Betrachtung stets verschiedene Rechtsgebiete, insbesondere Wettbewerbs-, Medien- und Datenschutzrecht und ggf. deren Kollision zu berücksichtigen.

Einwilligung
– E-Mail-Werbung

Für die Frage, **ob** eine Werbe-E-Mail ohne Einwilligung des Betroffenen rechtlich korrekt versandt werden kann, sind die strengeren Voraussetzungen des UWG maßgeblich, da immer dann, wenn diese erfüllt sind, auch die Voraussetzungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) erfüllt sind. Für die konkrete Ausgestaltung der Werbeaktion müssen dann noch weitere gesetzliche Anforderungen aus dem Telemediengesetz (TMG) und dem BDSG beachtet werden.

Wettbewerbsrechtliche Beurteilung

Um eine Werbe-E-Mail ohne Einwilligung des Betroffenen rechtlich zulässig versenden zu können müssen insbesondere das Verbot des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG und die Ausnahmeregelung des Abs. 3 berücksichtigt werden. Als Grundsatz gilt das strikte Versendungsverbot des Absatzes zwei der Norm, dass stets eine unzumutbare Belästigung in der Werbung unter Verwendung elektronischer Post sieht, wenn nicht zuvor eine ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen eingeholt worden ist.

**Hinweis. Elektronische Post ist mehr als nur E-Mail**

Dabei verwendet das Gesetz hier vorausschauend den Begriff »elektronische Post« und nicht »E-Mail«. Der Begriff der elektronischen Post wird aktuell bereits auch für Nachrichten innerhalb von geschlossenen Plattformen (z. B. Xing oder Facebook), aber auch für telefonische SMS diskutiert. Ob sich diese Anwendung etabliert, bleibt abzuwarten. Wer aber sicher gehen will, sollte diese Norm besser so verstanden wissen.

**Rechtslage. § 7 Abs 3 UWG:**

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

Im Folgenden kurz zu den Merkmalen den § 7 Abs. 3 UWG:

Zu Nr. 1: Erste Voraussetzung für den Versand einer einwilligungslosen E-Mail ist, dass der Werbende in den Besitz der E-Mail-Adresse in Verbindung mit einem Vertrag mit dem Betroffenen gekommen ist und die Daten von ihm selbst erhalten hat. Dabei muss der Vertrag tatsächlich zustande gekommen sein. Ein späterer Wegfall des Vertrages aus rechtlichen Gründen ist jedoch irrelevant.

Zu Nr. 2: Die versandte Werbung muss sich um »eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen« drehen. Der Begriff der ähnlichen Ware wird in jüngster Zeit von den Gerichten immer enger ausgelegt¹. In der Kommen-

¹ so z. B. KG Berlin, Beschl. v. 18.3.2011 (Az. 5 W 59/11): Nach Kauf eines Geduldsspiels wurde eine Mail mit ca. 6 Artikeln für eine Silvesterparty versandt. Diese werden vom einzelnen auf Ähnlichkeit untersucht und mindestens zwei davon abgelehnt (Streitwert: 20.000 EUR); s. a. OLG Thüringen, Urt. v. 21.4.10, Az. 2 U 88/10: Gekauft wurde Holzkitt, erworben wurde für Macheten, Laubsauger, Energiesparlampen, Regenbekleidung und Einkochautomaten – dies seien keine ähnlichen Waren, die E-Mail damit eine unzumutbare Belästigung.

tarliteratur gibt es verschiedene Antworten auf diese Frage. So wird z. B. vertreten, dass der Begriff der Ähnlichkeit sehr weit auszulegen ist und auch Produkte erfasst, die einen akzessorischen Zusatznutzen zum ursprünglich gekauften Produkt aufweisen.²

Andererseits wird eine engere Auslegung vertreten. Die »ähnlichen Produkte« müssen den gleichen oder doch zumindest typischen Verwendungszweck oder Bedarf des Kunden entsprechen. Hiervon sei aber z. B. auch Zubehör erfasst. So sei es zulässig, jemanden, der ein Jagdgewehr bestellt, auch Werbung für Zielfernrohre oder Munition zu schicken. Unzulässig sei jedoch Werbung für Jagdkleidung.³

Eine dritte Meinung stellt auf die sog. **Kreuzpreiselastizität** ab. Das bedeutet, dass sich Produkte dann ähnlich sind, wenn eine Änderung des Preises des einen Produktes einen Einfluss auf die Preisentwicklung des anderen Produktes ausübt. Dies sei der Fall, wenn die Produkte austauschbar sind.⁴

Das Thüringer OLG schloss sich in seinem unten zitierten Urteil (Fußnote) ausdrücklich der zweiten Meinung an:

»Die Ähnlichkeit muss sich auf die bereits gekauften Waren beziehen und dem gleichen typischen Verwendungszweck oder Bedarf des Kunden entsprechen; ggf. ist es noch zulässig, Zubehör oder Ergänzungswaren zu bewerben. Dies ist jedoch bei den streitgegenständlichen Newslettern nicht der Fall. Durch sie werden (auch) ganz andere Waren aus einem ganz anderen Verwendungsbereich beworben. Dass diese zwar alle in einem stationären Handwerkermarkt käuflich zu erwerben wären, macht sie nicht zu dem erworbenen Holzkitt ähnlichen Waren im Rechtssinne. Auch trifft die Auffassung der Verfügungsbeklagten nicht zu, dass neben ähnlichen Waren in einem durch elektronische Post versandten Newsletter dann auch noch weitere Produkte beworben werden dürften. Vielmehr darf sich die Direktwerbung durch elektronische Post nur auf ähnliche Waren beziehen, wenn ein wenn ein ausdrückliches, vorheriges Einverständnis mit dem Bezug des Newsletters nicht vorliegt.«

Zu Nrn. 3 und 4: Der Betroffene darf dieser Werbemaßnahme noch nicht ausdrücklich oder indirekt (konkulent) widersprochen haben. Dabei muss der entgegenstehende Wille des Werbe-Empfängers für den Werbenden klar erkennbar sein. Die Form spielt dabei keine Rolle, sei es schriftlich (z. B. per Brief oder Aufkleber auf dem Briefkasten), per Telefon oder E-Mail. Ebenso kann hierzu auch die Eintragung in eine Robinson-

2 Spindler/Schuster/Schulze zur Wiesche, Recht der elektronischen Medien, § 7 UWG, Rn. 58.

3 Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG, 28. Auflage, § 7 UWG, Rn. 205.

4 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Ubber, UWG, 2. Auflage, § 7 UWG, Rn. 218.

Liste maßgeblich sein. Art 7 Abs. 2 der E-Commerce-Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, sicherzustellen, dass Diensteanbieter, die nicht-angeforderte, kommerzielle Kommunikation durch elektronische Post übermitteln, derartige Listen regelmäßig konsultieren und beachten müssen.

In Deutschland existiert ein solches allgemeinverbindliches System von Robinson-Listen derzeit jedoch nicht. Für die Briefwerbung wird eine Robinson-Liste vom **Deutschen Direktmarketing-Verband, Wiesbaden** (www.ddv.de) geführt. Vergleichbare Robinson-Listen führen für die Faxwerbung der **Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien eV (BITKOM)**, (www.bitkom.org), für die Telefon-, SMS- und E-Mail-Werbung von **der Interessengemeinschaft deutsches Internet eV (IDI)** unter www.robinsonliste.de. Die genannten Listen sind nur für die jeweiligen Verbandsmitglieder verbindlich. Nicht abschließend geklärt ist bisher die Frage, ob auch gegenüber Nichtmitgliedern ein Eintrag als Ablehnung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG beachtlich ist.

Auf sein Widerspruchsrecht muss der Betroffene bereits bei Erhebung der Daten hingewiesen werden. Insbesondere muss auch hier der Widerruf zu normalen Übermittlungskosten, also ohne Inanspruchnahme einer Mehrwertdienstenummer, möglich sein.⁵ Dabei sollte der Hinweis auf die »normalen Übermittlungskosten« durchaus ernst genommen werden. In der bereits zitierten Entscheidung (Fn 1) des Thüringer OLG wurde ebenfalls bemängelt, dass der Händler nicht wie verlangt auf die Abmeldemöglichkeit hingewiesen habe:

*»Außerdem hat die Verfügungsbeklagte nicht, wie § 7 Abs. 3 Nr. 4 UWG dies gebietet, bei der Erhebung der E-Mail-Adresse eindeutig darauf hingewiesen, dass bei einem Widerspruch gegen die weitere Verwendung der E-Mail-Adresse **Übermittlungskosten nach den Basistarifen** entstehen. Bei der Erhebung der E-Mail-Adresse im Rahmen der Eröffnung des Kundenkontos wurde vielmehr lediglich auf die Möglichkeit hingewiesen, dass die Einwilligung **jederzeit ohne Kosten** widerrufen werden könne. Dies genügt nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift nicht. (Thüringer OLG aaO)«*

Datenschutzrechtliche Beurteilung

Das Datenschutzrecht unterscheidet nicht zwischen den verschiedenen Formen der Werbung (E-Mail, Fax, Post, Telefon). Die im Bundesdatenschutzgesetz vorgesehenen Datentypen und deren Nutzungsmöglichkeiten unterscheiden lediglich zwischen sogenannten **Listendaten und Nicht-Listendaten**. Die Listendaten sind definiert als »Daten über Ange-

⁵ Begr RegE UWG 2004, BT-Drucks 15/1487, S 22.

hörige einer Personengruppe, die sich auf die Zugehörigkeit des Betroffenen zu dieser Personengruppe, seine Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung, seinen Namen, Titel, akademischen Grad, seine Anschrift und sein Geburtsjahr beschränken« (§ 28 Abs. 3 Satz 2 BDSG).

Für diese sogenannten Listendaten besteht im BDSG die Möglichkeit, weitere z. B. bereits vorhandene Daten »hinzuzuspeichern«. Diese neue Wortschöpfung erlaubt damit eigenen Kundendaten oder Daten aus allgemein zugänglichen Verzeichnissen durch eigene, schon vorhandene Daten anzureichern und diese dann zur Werbung zu nutzen (§ 28 Abs. 3, Satz 3 BDSG). Um also eine Werbe-E-Mail ohne Einwilligung des Betroffenen datenschutzrechtlich korrekt zu versenden, müsste eine Nutzung der E-Mail-Adresse als zu den Listendaten sogenanntes hinzugespeichertes Datum möglich sein (denn ein Listendatum ist die E-Mail-Adresse nicht). Das Merkmal der »Hinzuspeicherung« wurde in das BDSG eingefügt (§ 28 Abs. 3 Satz 3 BDSG), um Unternehmen die Nutzung eines bereits vorhandenen Kundendatensatzes vollständig zu ermöglichen und diesen nicht auf die Listendaten beschränken zu müssen, z. B. bei der möglichst sinnvollen Selektion eines Adressbestandes für die geplante Werbung. Voraussetzung für die »hinzugespeicherten Daten« ist jedoch, dass diese ordnungsgemäß nach einem anderen datenschutzrechtlichen Tatbestand erhoben wurden, z. B. im Rahmen eines Vertragsverhältnisses mit dem Kunden oder aus allgemein zugänglichen Daten unter den Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 BDSG.⁶

Datenschutzrechtlich kann zusammenfassend also gesagt werden, dass eine verantwortliche Stelle die E-Mail-Adressen aller ihrer im Bestand befindlichen Vertragspartner (z. B. Kunden) für eine E-Mail-Zusendung nutzen darf, soweit die E-Mail-Adresse rechtlich korrekt erhoben wurde (z. B. direkt beim Kunden oder frei zugänglich im Internet). Dabei unterscheidet das BDSG nicht zwischen B2B und B2C-Kunden. Diese relativ weite Erlaubnis des BDSG wird jedoch durch die wettbewerbsrechtlichen Einschränkungen des Gesetzes zum unlauteren Wettbewerb (UWG) deutlich beschränkt.

1.1.2 Zum Umgang mit einem Widerspruch

Wie mit einem Widerspruch umzugehen ist, regelt das Bundesdatenschutzgesetz. BDSG (§ 28 Abs. 4 BDSG) setzt fest, dass die **Verarbeitung der Daten** nach einem Widerspruch bei der verantwortlichen Stelle unzulässig wird. Das würde nach einer wortgetreuen Auslegung des Gesetzes bedeuten, dass auch die Speicherung unzulässig werden würde,

⁶ vgl. zur Hinzuspeicherung Bundestagsdrucksache (BT-DS) 16/12011 S. 32.

da diese von der Verarbeitung mit umfasst ist. Diese Norm ist aber in Übereinstimmung mit den Aufsichtsbehörden dahingehend auszulegen, dass die Daten des Widersprechenden nicht gelöscht werden dürfen, sondern als gesperrte Daten weiter gespeichert bleiben, um eine Durchsetzung des Widerspruchs zu gewährleisten. Dies zeigt sich auch im Satz drei der Norm, der den Widerspruch bei einem Dritten regelt, bei dem die Daten dann gesperrt werden müssen.⁷ Denn wenn das Unternehmen die Daten der Widersprechenden löschen würde, könnte es nicht mehr wissen, wem es keine Werbung mehr zusenden darf.

Folgende Anforderungen sollten Sie hinsichtlich der Abmeldungen bzw. Widersprüche beachten:

- Jeder Newsletter muss eine eigene Abmeldemöglichkeit enthalten.
- Die Abmeldung sollte unkompliziert und einfach gehalten sein (z. B. nur einen Klick auf einen in der E-Mail enthaltenen Link). Komplizierte Abmeldevorgänge können schnell als Vereitelung des Widerspruchsrechts ausgelegt werden und sollten deshalb vermieden werden.
- Die Abmeldung soll eindeutig sein (z. B. bei mehreren Newslettern).

1.1.3 Checkliste E-Mail-Werbung ohne Einwilligung

Der Versand einer Werbe-E-Mail ohne Einwilligung des Adressaten ist zulässig unter folgenden Voraussetzungen:

E-Mail-Werbung
– ohne Einwilligung

- Der Versender muss die E-Mail-Adresse des Kunden »im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden« erhalten haben (Vertragsschluss!).
- Zudem muss der Kunde »bei der Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen« worden sein, dass er der Verwendung seiner E-Mail-Adresse für Werbung jederzeit widersprechen kann.
- Es muss darauf hingewiesen werden, dass der Widerspruch erfolgen kann, »ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen« – und
- der Kunde darf (natürlich) nicht bereits widersprochen haben.
- In den anschließend an den Kunden gesendeten E-Mails dürfen ausschließlich »eigene ähnliche(!) Waren oder Dienstleistungen« beworben werden.
- Der Werbecharakter und der Absender der E-Mail müssen eindeutig aus Betreffzeile und Absender hervorgehen. Es sollten eindeutige Betreffzeilen zum Inhalt passend formuliert werden (§ 6 Abs. 2 TMG).

⁷ ähnlich auch Simitis, BDSG, 7.A. 2011, § 28, Rn. 279, B/W/H, BDSG, 41. EL, 04/2010 § 28, Rn. 470.

- Hinweis auf das Widerspruchsrecht in jede E-Mail einfügen: einfache und unkomplizierte Möglichkeit des Widerspruchs anbieten, z. B. über einen einfachen Klick auf einen Link.
- Eingehende Widersprüche und Einwilligungen nachweisbar dokumentieren (§ 28 Abs. 4 BDSG) und berücksichtigen.
- Widersprüchen, die (a) keine Zusendungen mehr wünschen und (b) gleichzeitig eine Löschung ihrer Daten fordern, mitteilen, dass die Daten gesperrt, aber nicht gelöscht werden, um auch künftig abgleichen zu können, zu wem keine Zusendung mehr erfolgen darf.

Zu beachten sind ergänzend zu dieser Checkliste die allgemeinen Voraussetzungen bei einem Newsletterversand (s. Kapitel 1.2.4).

1.1.4 Tipps & Rechtsprechung

Wenn der Werbende bisher im Rahmen seines Onlineshops ein »aktives Opt-In« nutzt, bei dem der **Kunde(!)** eine Checkbox anklicken muss, um zukünftig einen Newsletter zu erhalten, kann er diese Checkbox ausnahmsweise »vorangeklickt« in den Bestellprozess integrieren. Dabei muss immer darauf hingewiesen werden, dass der Zusendung von Werbe-E-Mails jederzeit widersprochen werden kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

Der Nutzer muss in diesem Fall aktiv werden und die Checkbox »deaktivieren«, wenn er den Newsletter nicht erhalten möchte. Mit einer solchen Umstellung wird sich erfahrungsgemäß mindestens eine Verdopplung der Conversion erzielen lassen. Der Werbende muss dann aber natürlich die Beschränkung der Werbung auf »*eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen*« beachten. Möchte er die auf diese Weise gewonnenen Adressen für den Newsletter-Versand nutzen, darf dieser nur artverwandte Waren bewerben (eben nach § 7 Abs. 3 UWG zulässige Werbung).

Rechtsprechung zum Thema:

Die Rechtsprechung zum E-Mailversand nach § 7 Abs. 3 UWG häuft sich und ist in ihrer Ausdifferenzierung immer genauer. Insbesondere was die Anforderungen an »ähnliche Waren oder Dienstleistungen« angeht, setzen die Gerichte strenge Anforderungen für die Versender fest.

1. So geht das Kammergericht Berlin von einer engen Auslegung des Begriffs der Ähnlichkeit aus, »um den Kunden vor unerbetener Werbung zu schützen«.⁸ Deshalb vergleichen die Gerichte sehr genau die Ware des Vertragsschlusses mit der Ware, die anschließend beworben

⁸ s. KG Berlin, 18.3.2011 aaO, Fn. 1.

wird. Ein Baumarkt oder Kaufhaus darf also nicht einfach seinen Kunden beliebige Auszüge aus seinem Produktportfolio via E-Mail zusenden.

2. OLG Thüringen: Gemäß § 7 Abs. 3 Nr. 2 UWG darf der Händler eine E-Mail-Adresse eines Kunden nur für Newsletter nutzen, in denen er für eigene ähnliche Waren wirbt: »Die Ähnlichkeit muss sich auf die bereits gekauften Waren beziehen und dem gleichen typischen Verwendungszweck oder Bedarf des Kunden entsprechen; ggf. ist es noch zulässig, Zubehör oder Ergänzungswaren zu bewerben. Dies ist jedoch bei den streitgegenständlichen Newslettern nicht der Fall. Durch sie werden (auch) ganz andere Waren aus einem ganz anderen Verwendungsbereich beworben.« Vorliegend wurden gekaufter Holzkitt z. B. mit Gartengeräten verglichen (Urteil v. 21.4.10, Az. 2 U 88/10).
3. Das OLG Köln hat entschieden, dass bei Zusendung unlauterer E-Mails, die gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen auch die Leiter anderer Unternehmensteile in Haftung genommen werden können, wenn die Beauftragung von ihnen ausging und auch ihr eigener Unternehmensanteil Nutzen von der Werbung hat (OLG Köln: Urteil vom 8.10.2010 – 6 U 69/10).

1.2 Werben per E-Mail mit Einwilligung

Die gängigste und sicherste Möglichkeit, für Waren oder Dienstleistungen auf dem E-Mail-Weg zu werben ist es, vorab eine Einwilligung des Empfängers einzuholen. Dies kann auf verschiedene Arten und Weisen geschehen. Die unterschiedlichen Anforderungen sollten dabei genaue Beachtung finden.

E-Mail-Werbung
– mit Einwilligung

1.2.1 Einwilligungsformen

Es sind drei Möglichkeiten der Einwilligung zu unterscheiden: die mündliche, die schriftliche und die elektronische Einwilligung. Sie alle haben andere Wirksamkeits-Voraussetzungen. Eine Übersicht über die Rechtsgrundlagen zu Einwilligungen findet sich in Kapitel 4.1.

Einwilligungsformen
– Adressdaten in der
Werbung

Mündliche Einwilligung

Wird die Einwilligung mündlich – also z. B. am Telefon – erteilt, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein, damit diese wirksam wird:

- Aufklärung des Betroffenen über Zweck und Umfang der Einwilligung
- Schriftliche Bestätigung übersenden: die mündliche Einwilligung muss schriftlich bestätigt werden (per E-Mail in der ersten Werbung zulässig⁹), z. B. durch einen Text wie »Wir bedanken uns für die Anforderung des Infomaterials auf dem E-Mail-Wege« oder »wie von Ihnen telefonisch angefordert, übersenden wir ...«.
- Koppelungsverbot: insbesondere bei Gewinnspielteilnahmen darf die Teilnahme nicht von der Einwilligung in die Werbezusendung abhängig gemacht werden.
- Widerrufsrecht: Den Einwilligenden in der schriftlichen Bestätigung auf sein Widerrufsrecht hinweisen und wie er dieses ausüben kann.

Diese gesetzlichen Voraussetzungen finden sich in §§ 4a, 28 Abs. 3a, 3b und 4 BDSG. Intern sollte die Einwilligung ebenfalls gespeichert und abrufbar sein, da der Werbende im Zweifel die Beweislast für das Vorliegen der Einwilligung trägt.

Elektronische Einwilligung

Wird eine Einwilligung elektronisch erklärt, muss diese protokolliert werden und der Betroffene muss deren Inhalt jederzeit abrufen und mit Wirkung für die Zukunft widerrufen können. Details der Protokollierung sollten sein:

- Art u. Umfang der Einwilligung,
- Identifikation des Einwilligenden,
- Zeitpunkt,
- erhobene Daten und ggf.
- IP-Adresse.

Die elektronischen Einwilligungen müssen so gespeichert und archiviert werden, dass sie jederzeit wieder verfügbar sind und dass sie der Einwilligende jederzeit (online) abrufen kann, z. B. in seinem User-Account (§ 13 Abs. 2 – 4 TMG). Die Abrufbarkeit ist deshalb notwendig, da bei der elektronischen Einwilligung keinerlei Bestätigung erfolgen muss und der Einwilligende so deshalb besser kontrollieren kann, in was genau er eingewilligt hat. Dabei ist darauf zu achten, dass jeder Betroffene auch nur seine eigene Einwilligung abrufen kann und nicht die eines anderen.

⁹ Das Wort »schriftlich« im Gesetzestext des § 28 Abs. 3a BDSG ist hier nicht als Schriftform im Sinne des BGB zu verstehen. Schutzzweck der Norm ist Kontrollmöglichkeit des Einwilligenden, dass seine Einwilligung auch korrekt dokumentiert wurde, die Textform (z. B. via E-Mail) ist deshalb ausreichend (so auch B/M/H, BDGS, 41. EL, 2010, § 28, Rn. 420).

Opt-in oder Double-Opt-in als Einwilligung

Gesetzlich vorgeschrieben ist die Einwilligung in Form eines »aktiven« Opt-in – im Gegensatz zum passiven »Opt-out«. Beim Opt-in muss der Betroffene selbst aktiv werden, also selbst etwas vornehmen (z.B. ein Häkchen im Internet setzen, um einzuwilligen). Beim unzulässigen »Opt-out« würde der Betroffene quasi automatisch einwilligen, wenn er nicht in irgendeiner Form aktiv werden würde (z.B. durch das Entfernen eines Häkchens im Internet). Letzteres ist als Einwilligung deshalb unzulässig.



⌈ Achtung. Double-Opt-in ausdrücklich empfohlen

Um die Einwilligung des E-Mail-Empfängers rechtssicher nachzuweisen, sollte ein Spezialfall der elektronischen Einwilligung zum Einsatz kommen: das sogenannte **Double-Opt-in**. Es ist in seiner Form zwar so nicht vorgeschrieben, verschafft dem Versender im Rechtsstreitfall jedoch eine gute Ausgangsposition. Das heute schon zum Standard gewordene Double-Opt-in soll deshalb ausdrücklich empfohlen werden. Nur mit dem Double-Opt-in kann sichergestellt werden, dass auch wirklich derjenige seine Einwilligung abgibt, der über den angegebenen E-Mail Account verfügt. Es wird verhindert, dass ein Unbefugter den Empfänger – über ein frei zugängliches Formular – für den Newsletter einträgt. Zu den konkreten Anforderungen an ein Double-Opt-in siehe Kapitel 1.2.2. ┘

1.2.2 Anforderungen an Einwilligungen und Double-Opt-in

An die Einwilligung sind gewisse inhaltliche Anforderungen zu stellen, damit diese Wirksamkeit erlangt. Konkret sind folgende Grundregeln allen Einwilligungsformen deshalb gemeinsam:

Double-Opt-in
– E-Mail-Werbung

Die Einwilligung ist¹⁰

- klar formuliert
- bezieht sich nur auf klar definierte Newsletter oder Werbe-E-Mails
- beschreibt den Umgang mit den persönlichen Daten

Für eine Einwilligung äußert derjenige klar seinen Willen und tut dies ohne Zwang. Für ihn ist eindeutig klar, worin er einwilligt und es erfolgt in Kenntnis der Sachlage, mit der der Betroffene akzeptiert, dass personenbezogene Daten von ihm erhoben und verwendet werden. Das bedeutet, dass für den Empfänger bei Erteilung der Einwilligung eindeutig und

¹⁰ Zur vollständigen Checkliste s. Kapitel 1.2.4.

unmissverständlich erkennbar sein muss, zu was er seine Einwilligung erteilt. Das schließt insbesondere ein, dass der Empfänger wissen muss, worauf sich seine Einwilligung bezieht. Also beim E-Mail-Versand z.B. auch welche Inhalte in welcher Frequenz versendet werden. Zu den Anforderungen der Gerichte dazu s.a. Kapitel 1.2.5 Rechtsprechung.

Beispiel. Hier ein Formulierungsbeispiel:



»Der Newsletter informiert jeweils monatlich über unser Unternehmen und unsere Produkte. Die Angaben zu Ihrem Namen sind freiwillig. Wir verwenden Ihre Daten ausschließlich, um Sie namentlich anzusprechen. Wir geben Ihre Daten nicht an Dritte weiter. In jedem Newsletter bieten wir Ihnen die Möglichkeit, selbigen zu kündigen. Lesen Sie dazu auch unsere Datenschutzerklärung. Mit der oben beschriebenen Nutzung meiner Daten bin ich einverstanden.«

Umgang mit dem Double-Opt-in

Jede Einwilligung des Empfängers über ein Double-Opt-in muss präzise protokolliert werden, damit der Versender jederzeit nachweisen kann, dass er eine legitime Einwilligung vorliegen hat. Für eine rechtskonforme Einwilligung per Double-Opt-In müssen deshalb folgende Punkte erfüllt werden:

- Der Empfänger muss nach der Anmeldung eine Bestätigungs-E-Mail geschickt bekommen, in der er über einen Link erneut zur Bestätigung der Einwilligung aufgefordert wird.
- Die Bestätigungs-E-Mail darf keine kommerziellen Inhalte enthalten.
- Die Protokollierung muss Art und Umfang der Einwilligung (d.h., die konkrete Datennutzungserklärung, welcher der Empfänger zugestimmt hat) sowie Zeitpunkt der Einwilligung, IP-Adresse und erhobene Daten umfassen.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) zur Ungeeignetheit des Double-Opt-In-Verfahrens als rechtssicherer Nachweis betrifft ausdrücklich nicht das E-Mail Marketing, sondern das Telefonmarketing. Allerdings führt auch das Double-Opt-in nicht zu einer 100 %igen Rechtssicherheit, wie sich einem Urteil des BGH aus 2011 entnehmen lässt: Danach trägt zwar der Verbraucher die Darlegungslast dafür, wenn er nach Durchführung eines Double-opt-in-Verfahrens behauptet, er habe die Einwilligung nicht abgegeben. Kann der Verbraucher dies allerdings schlüssig darlegen, so bleibt die zugesandte E-Mail dennoch wettbewerbswidrig und der Versender haftet dafür (s. dazu auch Kapitel 1.2.5 Rechtsprechung).

Sonstige Anforderungen

1. Widerspruch und Abmeldung:

Das Widerspruchsrecht wird bei einem E-Mail-Versand regelmäßig über die E-Mail selbst ausgeübt. Dies ist möglich, weil gesetzlich vorgeschrieben ist, dass jede E-Mail, die Bestandteil einer mehr oder weniger regelmäßigen Zusendung ist, eine solche Abmeldefunktion (Widerspruchsmöglichkeit) enthalten muss.

Folgende Anforderungen sollten Sie hinsichtlich der Abmeldungen bzw. Widersprüche beachten:

- Jeder Newsletter muss eine eigene Abmeldemöglichkeit enthalten.
- Bereits bei der Anmeldung auf die Widerspruchsmöglichkeit hinweisen.
- Die Abmeldung sollte unkompliziert und einfach gehalten sein (z. B. nur einen Klick auf einen in der E-Mail enthaltenen Link). Komplizierte Abmeldevorgänge können schnell als Vereitelung des Widerspruchsrechts ausgelegt werden und sollten deshalb vermieden werden.
- Die Abmeldung soll eindeutig sein (z. B. bei mehreren Newslettern).
Wie mit einem Widerspruch umzugehen ist, regelt das Bundesdatenschutzgesetz. Das BDSG (§ 28 Abs. 4 BDSG) setzt fest, dass die Verarbeitung der Daten nach einem Widerspruch bei der verantwortlichen Stelle unzulässig wird. Das würde nach einer wortgetreuen Auslegung des Gesetzes bedeuten, dass auch die Speicherung unzulässig werden würde, da diese von der Verarbeitung mit umfasst ist. Diese Norm ist aber in Übereinstimmung mit den Aufsichtsbehörden dahingehend auszulegen, dass die Daten des Widersprechenden nicht gelöscht werden dürfen, sondern als gesperrte Daten weiter gespeichert bleiben, um eine Durchsetzung des Widerspruchs zu gewährleisten. Dies zeigt sich auch im Satz drei der Norm, der den Widerspruch bei einem Dritten regelt, bei dem die Daten dann gesperrt werden müssen.¹¹ Denn wenn das Unternehmen die Daten der Widersprechenden löschen würde, würde es nicht mehr wissen, wem es keine Werbung mehr zusenden darf.

2. Gültigkeitsdauer von Einwilligungen:

Zur Gültigkeitsdauer solcher Einwilligungen gibt es keine gesetzliche Regelung. Deshalb werden sich hier Fristen durch die Rechtsprechung bilden müssen: das Landgericht München I hat in 2010 entschieden, dass eine Versandpause von 17 Monaten zum Verfall der Einwilligung führt.

¹¹ Ähnlich auch Simitis, BDSG, 7.A. 2011, § 28, Rn. 279, B/W/H, BDSG, 41. EL, 04/2010 § 28, Rn. 470.

Wichtig ist in dieser Hinsicht, dass die Zusendung möglichst regelmäßig stattfindet und möglichst auch so angekündigt wird: Ist von vorneherein bekannt, dass der Newsletter-Versand nur zweimal jährlich erfolgt, sind längere Pausen somit bereits vorausgesetzt.

3. Koppelungsverbot

Das Koppelungsverbot des § 28 Abs. 3b BDSG besagt, dass von der Einwilligung in die Werbung keine Leistungen abhängig gemacht werden dürfen, die der Betroffene sonst am Markt nicht oder nur schwer erhalten kann. Dies ist insbesondere bei Gewinnspielen problematisch, da diese regelmäßig in ihrer konkreten Ausprägung nicht am Markt erhältlich sein werden. Eine Werbe-Einwilligung deshalb als Voraussetzung für die Teilnahme zu machen, wird somit regelmäßig wegen des Koppelungsverbotes unzulässig sein.

1.2.3 Tipps

- Die Beweislast für die Einwilligung liegt im Streit auf Seiten des Versenders:
Der Versender einer Werbe-E-Mail muss beweisen können, dass die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung für E-Mail-Werbung im Rahmen bestehender Kundenbeziehungen gegeben waren (nach § 7 Abs. 3 UWG). Um sich erfolgreich auf diese Ausnahmeregelung berufen zu können, muss der Versender also unter anderem beweisen können, dass der Inhaber der E-Mail-Adresse, an die er eine Werbe-E-Mail versendet hat, tatsächlich sein Kunde war, und dass der Inhaber dieser E-Mail-Adresse auch auf sein Widerspruchsrecht gegen die Zusendung von E-Mail-Werbung hingewiesen wurde. Dies setzt eine organisierte Verwaltung und Speicherung dieser Vorgänge voraus.
- Einholung weiterer Einwilligungen ohne Double-Opt-in
Besteht bereits ein per Double-Opt-In verifiziertes Newsletter-Abonnement bzw. eine entsprechende E-Mail-Authentifizierung (z.B. Anmeldung in einem per Login geschützten Bereich, für den das Passwort per E-Mail zugestellt wurde), so können weitere Einwilligungen von dieser E-Mail ohne Double-Opt-In erfolgen – z.B. über einen entsprechenden Anmeldelink aus einer E-Mail oder das Ankreuzen von verschiedenen Newslettern in einem Profil-Formular. Die Pflicht zur Angabe von Zweck und Datenschutzbelehrung bleiben jedoch entsprechend bestehen.
- Einmaliges Anschreiben, um nach Erlaubnis zu fragen, ist unzulässig!
Immer wieder wird gefragt, ob die Kunden nicht einmalig per E-Mail angeschrieben werden dürfen, um sie um Erlaubnis für die weitere Zusendung von Newslettern zu bitten. Dies ist zu verneinen. Bereits

diese »**Erlaubnis-E-Mail**« wird als unzumutbare und damit unzulässige Belästigung angesehen und ist damit wettbewerbswidrig. Deshalb sollte auch eine Bestätigungs-E-Mail im Rahmen eines Double-Opt-in grundsätzlich sachlich und frei von allen Werbeinhalten gehalten sein, damit nicht auch diese bereits in den Verdacht der unzulässigen Werbung gerät.

- Nutzerdaten nur pseudonymisiert auswerten:
Sollten Tools zur Auswertung des Nutzerverhaltens zur Anwendung kommen, die Statistiken und Profile über die Effektivität und Wirkung der eigenen Newsletter erstellen, so sind diese Profile grundsätzlich und ausschließlich unter Pseudonym zugelassen – eine Zuordnung zu konkreten Personendaten ist also immer unzulässig, auch wenn dies möglich wäre. Die Nutzer sind auf die Erstellung solcher Profile unter Pseudonym und ihr Recht zum Widerspruch hinzuweisen, §§ 15 Abs. 3, 13 Abs. 1 Telemediengesetz (TMG).

1.2.4 Checkliste zur Einwilligung für E-Mail-Werbung

- Hinweispflicht auf das Widerspruchsrecht VOR der Einwilligung zum Newslettersend bekannt geben (§ 13 Abs. 3 TMG).
- Nachweismöglichkeit der Einwilligung sicherstellen.
- Koppelungsverbot beachten: die Einwilligung in die Werbung darf nicht zur Bedingung für eine andere Leistung gemacht werden, wenn der Einwilligende diese nicht oder nicht in zumutbarer Weise auf anderem Wege erreichen kann, § 28 Abs. 3b BDSG.
- Kann der Nachweis in Bezug auf den späteren Empfänger geführt werden?
- Einwilligungsverfahren über Double-Opt-in organisieren: zwar rechtlich nicht vorgeschrieben, erhöht aber Transparenz und Nachweisbarkeit im Streitfall.
- Double-Opt-In: Ist die Zustimmung zwei Mal erklärt worden?
- Double-Opt-In: Ist die Anfrage der zweiten Zustimmung rein sachlich gehalten und enthält nur die Anfrage aber keine Werbung?
- Double-Opt-In: Konnte die zweite Zustimmung – die Bestätigung – eindeutig nur von dem späteren Empfänger erklärt werden?
- Double-Opt-In: Enthält die zweite Zustimmung – die Bestätigung – alle für die Einwilligung erforderlichen Informationen, Hinweise und Erklärungen?
- Die Einwilligung darf nicht in AGB versteckt werden, sondern muss separat erfolgen.
- Jede E-Mail muss ein vollständiges Impressum mit den Pflichtangaben nach § 5 TMG enthalten (s. dazu »Checkliste Impressumspflicht« im Anhang).

1.2.5 Rechtsprechung

1. Das Landgericht Berlin hat sich zu den inhaltlichen Anforderungen solcher Werbe-Einwilligungen ausführlich geäußert (LG Berlin: Beschluss vom 14.06.2010 – 15 O 762/04, Zf. II b.):
»Das Transparenzgebot erfordert es, dass der Verwender einer Klausel die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners im Rahmen des Möglichen möglichst klar und durchschaubar darstellt, damit sich der aufmerksame und sorgfältige Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr vor seiner Entscheidung hinreichend über die Tragweite seiner Erklärung klar werden kann. Dazu muss der Verbraucher nicht nur erkennen können, wem er es erlaubt, ihn auf bestimmten Wegen zum Zwecke der Werbung anzusprechen. Es muss darüber hinaus auch der Gegenstand der Werbung hinreichend bestimmt sein, d. h. die Einwilligungsklausel muss unmissverständlich erkennen lassen, für welche Produkte, Dienstleistungen oder Themen Werbung zu erwarten ist. Erst dann ist der Verbraucher für seine Entscheidung, ob er in bestimmte Werbeansprachen einwilligen möchte, ausreichend informiert und frei, sich für oder gegen diese Werbung zu entscheiden.¹²«
2. Ebenso stellt das OLG Hamburg strenge Anforderungen an eine Einwilligung zu E-Mail-Werbung: Neben der konkreten Angabe einer IP-Adresse, unter der die Einwilligung versandt bzw. in das System des Werbenden eingetragen worden sei, fordert das Gericht insgesamt sehr konkrete Tatsachen, um das Vorliegen einer Einwilligung zu beweisen. Im amtlichen Leitsatz heißt es: »Die Beweislast für den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung trägt der Werbende. Er hat geeignete Vorkehrungen zu treffen, jederzeit das Vorliegen einer Einwilligung beweisen zu können.« (OLG Hamburg: Urteil vom 29.11.2006 – 5 U 79/06).
3. Ein Urteil des LG München I besagt, dass eine Einwilligung in den Newsletterversand nach längerer Nicht-Nutzung ungültig wird, im vorliegenden Fall nach 17 Monaten (Urteil v. 8.4.2010, 17 HK O 138/10).
4. Der BGH hat zum Double-opt-in-Verfahren in diesem Jahr zwei interessante Grundsatzentscheidungen getroffen: Und zwar trägt der Verbraucher die Darlegungslast dafür, wenn er nach Durchführung eines Double-opt-in-Verfahrens behauptet, er habe die Einwilligung nicht abgegeben. Kann der Verbraucher dies allerdings schlüssig darlegen, so bleibt die zugesandte E-Mail dennoch wettbewerbswidrig (BGH, Urteil vom 10.2.2011, Az. I ZR 164/09). Der Versender erhält also auch durch das Double-opt-in keinen 100 %ige Rechtssicherheit. Allerdings dürfte diese Konstellation eher eine Ausnahme sein.

¹² vgl. OLG Hamburg – 5 U 260/08 –, Urteil vom 4. März 2009; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Auflage, § 7, Rn. 141.

5. OLG Düsseldorf: Bei der Verwendung von »eingekauften« Adressen muss der Käufer die Erteilung der Einwilligung überprüfen und haftet selbst für mangelhafte Einwilligungen (Urteil vom 24.11.2009 – 20 U 137/09).

1.3 E-Mail-Adressen kaufen und nutzen

Regelmäßig werden von Werbenden Adressen bei Adress-Brokern eingekauft, um sie für Werbung einmalig oder dauerhaft zu nutzen. Der Adresshandel ist durch die Regelungen der BDSG-Novelle II von 2009 erheblich kompliziert worden. Die gesetzliche Regelung hierzu findet sich in § 29 BDSG.

Allerdings ist der Einkauf von Adressdaten **inklusive wirksamer Einwilligungen** zum Newsletterversand im Grunde **ausgeschlossen**: Auch wenn dies immer wieder von Adresshändlern angeboten wird, ist der Aufwand, der für die Einholung einer wirksamen Einwilligung zum Newsletterversand durch den Adresshändler notwendig wäre, so groß, dass hierbei regelmäßig vor unseriösen Angeboten gewarnt werden muss. Der Adresshändler müsste für eine zulässige Einwilligung unter Angabe des Unternehmensnamens, Werbezwecks und -umfangs die Einwilligungen für seine **späteren** Kunden generiert und gespeichert haben. Dies ist ohne konkrete, vorherige Auftragserteilung hierzu wohl quasi ausgeschlossen.

Die einzige Möglichkeit, eingekaufte E-Mail-Adressen zu nutzen, ist, vorab eine Einwilligung per Briefpost von den Betroffenen einzuholen. Das wäre z.B. denkbar, wenn den Betroffenen in der Briefpost ein entsprechend interessantes Angebot unterbreitet würde, in dessen Rahmen er auch weiteren Nutzungen zustimmt (aber Koppelungsverbot beachten!).

Grundsätzlich muss bei eingekauften Adressen die **Herkunftsspeicherung** beachtet werden (§§ 28 Abs. 3 Satz 4, 34 Abs. 1a BDSG). Danach muss die werbende Stelle die Herkunft der Daten für 2 Jahre speichern. Die werbende Stelle muss also für 2 Jahre speichern, von wem sie die Adressen eingekauft hat (der Adress-Verkäufer übrigens ebenfalls). Außerdem muss aus der versandten Werbung (regelmäßig Briefwerbung) die Herkunft der Adresse (also des Adress-Verkäufers) im Klartext hervorgehen. Klartext bedeutet die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift der übermittelnden Stelle.

E-Mail-Adressen
– kaufen und nutzen

2 Adressen für Werbung per Briefpost nutzen

2.1 Werben ohne Einwilligung

2.1.1 Rechtliche Möglichkeiten

Die möglichen Formen der Briefwerbung richten sich maßgeblich nach den Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes. Das UWG hat zur Briefwerbung keine spezielle Regelung und greift deswegen nur ein, wenn eine Briefwerbung erkennbar unerwünscht ist und deswegen als unzumutbare Belästigung nach § 7 Abs. 1 UWG gilt.

Adressen
– für Werbung per Briefpost

Das Bundesdatenschutzgesetz erlaubt die Werbung laut Gesetzestext zwar grundsätzlich nur mit Einwilligung, macht aber im selben Absatz (§ 28 Abs. 3 BDSG) so viele Ausnahmen von diesem Grundsatz, dass den Unternehmen unter Verwendung der Postadresse umfangreiche Möglichkeiten der Werbung ohne Einwilligung verbleiben.

Die Postadresse als Bestandteil der sogenannten **Listendaten** darf somit in folgenden Fällen uneingeschränkt für Werbung genutzt werden:

Listendaten
– Werben ohne Einwilligung

1. Für Werbung für eigene Angebote bei eigenen Kunden (maßgeblich für den Kundenbegriff ist ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis, also z.B. auch eine Gewinnspielteilnahme)
2. Für Werbung an Personen, deren Daten »aus allgemein zugänglichen Adress-, Rufnummern-Branchen- oder vergleichbaren Verzeichnissen« erhoben wurde. Hier sollte beachtet werden, dass damit nicht alle im Internet auffindbaren Daten gemeint sind, sondern tatsächlich nur die, die aus organisierten Verzeichnissen, wie z.B. die im Text erwähnten stammen. Ein Sammeln von Daten aus den Impressen von Webseiten ist damit zum Beispiel unzulässig.
3. Für Werbung unter Verwendung der beruflichen Anschrift des Betroffenen (sogenannte B2B-Werbung)
4. Für Werbung für nach dem Einkommensteuergesetz begünstigte Spenden.

Ebenfalls möglich ist die Nutzung sogenannter »**Beipackwerbung**«. Versendet ein Unternehmen Werbung an eigene Kunden, so kann auch Werbung für ein drittes Unternehmen »beigelegt« werden. Allerdings darf das Unternehmen, für das Werbung beigelegt wird, die Adressen niemals selbst erhalten und aus der Werbung muss der Versender der Werbung (also der Eigner der Adressen) eindeutig im Klartext hervorgehen. Klartext bedeutet auch hier die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift.

Die letzte zu nennende Ausnahme, bei der Brief-Werbung ohne Einwilligung möglich ist, ist die **Überlassung von Post-Adressdaten durch einen Dritten** zum Zwecke der Werbung (§ 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG). Danach kann ein Unternehmen A also z.B. eine Liste seiner Kunden (beschränkt auf die Listendaten nach Satz 2 des Absatzes) an ein Unternehmen B für Zwecke der Werbung weitergeben. Dieses kann dann Werbung treiben, und zwar sowohl für das Unternehmen A wie auch für B. Hier gilt aber jeweils die Voraussetzung, dass bei den Werbemaßnahmen immer darauf hingewiesen wird, woher die Daten stammen – nämlich vom Unternehmen A. Sowohl das Unternehmen A wie auch B muss die Übermittlung der Daten zwischen den Unternehmen nach § 34 Abs. 1a BDSG speichern (sog. Herkunftsspeicherung).

2.1.2 Nutzung von Alt-Adressbeständen von vor dem 1.9.2009

Die Übergangsregelung des § 47 BDSG für die Nutzung von vor dem 1.9.2009 erhobenen Daten zum Zwecke der Werbung läuft am 31.8.2012 aus. Sollen vor dem 1. September 2009 erhobene und gespeicherte Daten verarbeitet oder genutzt werden, gilt das bisherige Recht noch bis zu diesem Datum weiter. Das bedeutet im Einzelnen insbesondere folgendes:

- Für die mit Zustimmung des Betroffenen erhobenen Daten gelten die erschwerten Regelungen der differenzierten Einwilligungsformen des § 28 Abs. 3a BDSG und das Koppelungsverbot des Absatzes 3b nicht.
- Für die nach dem Listenprivileg erhobenen Daten (§ 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BDSG alte Fassung) ist die Übermittlung ohne die Herkunftsspeicherung (§ 34 Abs. 1a BDSG) zulässig. Die erstmalig speichernde Stelle muss bei einer Beauskunftung nicht angegeben werden.

Bei einer Aktualisierung einzelner Datensätze ist es vertretbar, weiterhin die Geltung der Übergangsregelung anzunehmen (trotz der Aktualisierung). Wird allerdings der gesamte Datenbestand regulär durch einen Abgleich aktualisiert, unterliegt er der Übergangsregelung nicht mehr. Weiterhin ist es notwendig, um die Übergangsregelung anwenden zu können, dass die im Unternehmen vorhandenen Datenbestände logisch nach alten und neuen Daten getrennt gehalten werden. Ein Einkauf »alter« Daten führt übrigens zu einer neuen Speicherung der Daten und damit zur Nicht-Anwendbarkeit der Übergangsregelung. Im Übrigen wird

vertreten, dass die Übergangsregelung auf die Adressbestände von Adresshändlern nicht anwendbar sei, da § 47 BDSG nicht auf die §§ 29 bzw. 30 a BDSG verweise.¹³

2.1.3 Listendaten

Die oben unter Punkt 2.1.1 genannten Möglichkeiten, Daten für Werbung zu nutzen, sind nicht auf die Postadresse des Beworbenen beschränkt, sondern auf die sogenannten Listendaten. Früher sprach man vom »**Listenprivileg**«¹⁴, dass es so in seiner markanten Alleinstellung durch die komplizierte Regelung des § 28 Abs. 3 BDSG nun nicht mehr gibt. Deswegen sei hier kurz erläutert, was Listendaten sind.

Listenprivileg

Listendaten sind:

- die Zugehörigkeit des Betroffenen zu einer definierten Personengruppe
- seine Berufs-, Branchen-, oder Geschäftsbezeichnung,
- seinen Namen, Titel, akademischen Grad,
- seine Anschrift und
- sein Geburtsjahr

Nicht zu diesen Listendaten gehören insbesondere Telefon- und Faxnummern, E-Mail-Adresse oder das vollständige Geburtsdatum.

Das Merkmal der »Personengruppe« ist das Merkmal, das die Liste für den Werbenden interessant macht, da eine beliebige Zusammenstellung von Personen für eine gezielte Werbung untauglich wäre. Ein solches Merkmal kann z.B. sein »Mitglied eines Musikvereins«, »im Vorstand einer AG« oder »Porsche-Fahrer«. Allerdings ist zum Schutz der Privatsphäre von einer restriktiven Anwendung dieses Merkmals auszugehen. Eine komplexe Datenbank-Selektion, z. B. nach »Mitglieder des Musikvereins ABC, verheiratet, einen Porsche fahrend und ein Einkommen über 100.000 EUR« wäre nicht mehr die Nutzung *eines* Merkmals, sondern von 4 Merkmalen. Zulässig ist aber nur ein Merkmal.

Für die in Kapitel 2.1.1 genannten Möglichkeiten der Werbung auf dem Postweg dürfen demnach also diese Listendaten verwendet werden.

¹³ Die Anwendung der §-47-Regelung auf nur einzeln veränderte Datensätze und auf die Anwendung auf Adress-Bestände bei Händlern ist juristisch umstritten. Die hier vertretene Meinung findet sich so in Bergmann/Möhrle/Herb, BDSG, 40. EL, Nov. 2009, § 47; z.T. a.A. Simitis BDSG, in 7.A., 2011, *Ehmann* § 47.

¹⁴ das Listenprivileg fand sich bereits in § 24 BDSG 77 und § 28 BDSG 90.

2.1.4 Hinzugespeicherte Daten

Da die obige Regelung für die Listendaten bei strenger Anwendung jedoch Unternehmen die Nutzung ihres vollständigen Kundendatensatzes, der regelmäßig mehr als die Listendaten enthalten dürfte, untersagen würde, wurde in der BDSG-Novelle II ein weiterer Ausnahmetatbestand zur Datennutzung für Werbung geschaffen, den es bisher so nicht gegeben hat: Wenn man Listendaten nutzt, um Werbung an eigene Kunden für eigene Angebote zu schicken, darf man »weitere Daten hinzuspeichern« (§ 28 Abs. 3 Satz 3 BDSG). Dadurch bleibt Unternehmen die Möglichkeit, alle über ihre Kunden vorhandenen (!) Daten für eine Selektion zu nutzen.

Wichtig ist, dass das Hinzuspeichern keine Erlaubnis zum Erheben *neuer* Daten darstellt! Das Hinzuspeichern legitimiert lediglich die Nutzung bereits vorhandener Daten. Diese Daten müssen zuvor rechtmäßig auf Basis einer anderen Rechtsgrundlage erhoben worden sein. Dies könnten beispielsweise »allgemein zugängliche Daten«¹⁵ nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG gewesen sein.

Bei der Zusammenführung von Daten muss jedoch folgende Ausnahme beachtet werden: Wurden die (Kunden-)daten im Rahmen eines Telemediendienstes (Besuch einer Website, Onlineshop, Newsletter-Nutzung) erhoben, so dürfen sie nicht mit bereits an anderer Stelle oder aus anderen Quellen erhobenen Daten des Betroffenen zusammengeführt werden, wenn dieser nicht darin eingewilligt hat. Diese Sonderregelung wird im Telemediengesetz getroffen und gilt vorrangig vor den Regelungen des BDSG (§§ 15 Abs. 2, 13 Abs. 4 Nr. 5 TMG). Um diese komplizierende Regelung zu umgehen, kann der Nutzer eines Telemediendienstes im Rahmen eines Einkaufs oder der Newsletteranmeldung bereits in diese Zusammenführung seiner Daten wirksam einwilligen, wenn er klar und verständlich darüber aufgeklärt wird. Mit einer wirksam erhobenen Einwilligung ist dann die uneingeschränkte Zusammenführung der Daten möglich.

¹⁵ es sei darauf hingewiesen, dass die Erhebung von »allgemein zugänglichen Daten« nach Absatz 1 nicht auf Verzeichnisse oder organisierte Datenbanken beschränkt ist, wie in Absatz 3.

2.2 Werben per Briefpost mit Einwilligung

2.2.1 Einwilligungsformen

Ähnlich wie bei der Werbung via E-Mail sind verschiedene Formen der Einwilligung möglich. Es sind drei Möglichkeiten der Einwilligung zu unterscheiden: die mündliche, die schriftliche und die elektronische Einwilligung. Sie alle haben im Detail andere Wirksamkeits-Voraussetzungen.

Allen Einwilligungsformen jedoch gemein ist, dass

- sie vom Betroffenen frei und ohne Zwang getroffen werden müssen (Koppelungsverbot),
- der Zweck der konkreten Datenverarbeitung angegeben sein muss,
- an die Form der Einwilligung besondere Anforderungen gestellt werden (s. Details bei den einzelnen Formen der Einwilligung) und
- auf die Verarbeitung besonders sensibler Daten (nach § Abs. 9 BDSG) explizit hingewiesen werden muss.

Mündliche Einwilligung

Wird die Einwilligung mündlich – also z. B. am Telefon – erteilt, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein, damit diese wirksam wird:

- Aufklärung des Betroffenen über Zweck und Umfang der Einwilligung.
- Schriftliche Bestätigung übersenden: die mündliche Einwilligung muss schriftlich bestätigt werden (per E-Mail in der ersten Werbung zulässig¹⁶), z. B. durch einen Text wie »Wir bedanken uns für die Anforderung des Infomaterials auf dem E-Mail-Wege« oder »wie von Ihnen telefonisch angefordert, übersenden wir ...«.
- Koppelungsverbot: insbesondere bei Gewinnspielteilnahmen darf die Teilnahme nicht von der Einwilligung in die Werbezusendung abhängig gemacht werden.
- Widerrufsrecht: Den Einwilligenden in der schriftlichen Bestätigung auf sein Widerrufsrecht hinweisen und wie er dieses ausüben kann.

Diese gesetzlichen Voraussetzungen finden sich in §§ 4a, 28 Abs. 3a, 3b und 4 BDSG (siehe Kapitel 4.1).

¹⁶ Das Wort »schriftlich« im Gesetzestext des § 28 Abs. 3a BDSG ist hier nicht als Schriftform im Sinne des BGB zu verstehen. Schutzzweck der Norm ist Kontrollmöglichkeit des Einwilligenden, dass seine Einwilligung auch korrekt dokumentiert wurde, die Textform (z. B. via E-Mail) ist deshalb ausreichend (so auch B/M/H, BDGS, 41. EL, 2010, § 28, Rn. 420).

Elektronische Einwilligung

Wird eine Einwilligung elektronisch erklärt, muss diese protokolliert werden und der Betroffene muss deren Inhalt jederzeit abrufen und mit Wirkung für die Zukunft widerrufen können. Details der Protokollierung sollten sein:

- Art u. *Umfang der Einwilligung*,
- *Identifikation des Einwilligenden*,
- *Zeitpunkt*,
- *erhobene Daten und ggf.*
- *IP-Adresse*.

Die elektronischen Einwilligungen müssen so gespeichert und archiviert werden, dass sie jederzeit wieder verfügbar sind und dass sie der Einwilligende jederzeit (online) abrufen kann, z. B. in seinem User-Account. Die Abrufbarkeit ist deshalb notwendig, da bei der elektronischen Einwilligung keinerlei Bestätigung erfolgen muss und der Einwilligende so deshalb besser kontrollieren kann, in was genau er eingewilligt hat. Dabei ist darauf zu achten, dass jeder Betroffene auch nur seine eigene Einwilligung abrufen kann und nicht die eines anderen.

Opt-in oder Double-Opt-in als Einwilligung

Um die Einwilligung des E-Mail-Empfängers rechtssicher nachzuweisen, sollte ein Spezialfall der elektronischen Einwilligung zum Einsatz kommen: das sogenannte Double-Opt-in. Es ist in seiner Form zwar so nicht vorgeschrieben, verschafft dem Versender im Rechtsstreitfall jedoch eine gute Ausgangsposition. Gesetzlich vorgeschrieben ist lediglich das »aktive«, einfache Opt-in im Gegensatz zum passiven »Opt-out«. Beim einfachen Opt-in muss der Betroffene selbst aktiv werden, also selbst etwas vornehmen (z. B. ein Häkchen im Internet setzen, um einzuwilligen). Beim unzulässigen »Opt-out« würde der Betroffene quasi automatisch einwilligen, wenn er nicht in irgendeiner Form aktiv werden würde (z. B. durch das Entfernen eines Häkchens im Internet). Letzteres ist als Einwilligung deshalb unzulässig.

Für eine wirksame und gute Einwilligung kann jedoch nur das heutzutage schon zum Standard gewordene Double-Opt-in empfohlen werden. Nur mit dem Double-Opt-in kann sichergestellt werden, dass auch wirklich derjenige seine Einwilligung abgibt, der über den angegebenen E-Mail Account verfügt. Es wird verhindert, dass ein Unbefugter den Empfänger – über ein frei zugängliches Formular – für den Newsletter einträgt. Zu den konkreten Anforderungen an ein Double-Opt-in siehe Kapitel 1.2.2.

Die schriftliche Einwilligung auf Papier

Eine schriftliche Einwilligung (z.B. auf dem Postweg) sollte sowohl die obigen allgemeinen Anforderungen erfüllen (vgl. Kapitel 2.2.1). Aber sie sollte ebenfalls archiviert und »wiederauffindbar« abgelegt werden, damit sie im Zweifelsfall nachgewiesen werden kann.

2.3 Adresskauf und -miete

Der Einkauf von Adressen bei Adress-Brokern, um sie für Werbung einmalig oder dauerhaft zu nutzen ist bei vielen Unternehmen üblich. Der Adresshandel ist durch die Regelungen der BDSG-Novelle II von 2009 erheblich kompliziert worden. Die gesetzliche Regelung hierzu findet sich in § 29 BDSG.

Grundsätzlich muss bei eingekauften Adressen die **Herkunftsspeicherung** beachtet werden (§§ 28 Abs. 3 Satz 4, 34 Abs. 1a BDSG). Danach muss die werbende Stelle die Herkunft der Daten für 2 Jahre speichern. Die werbende Stelle muss also für 2 Jahre speichern, von wem sie die Adressen eingekauft hat (der Adress-Verkäufer übrigens ebenfalls). Außerdem muss aus der versandten Werbung (regelmäßig Briefwerbung) die Herkunft der Adresse (also des Adress-Verkäufers) im Klartext hervorgehen. Klartext bedeutet die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift der übermittelnden Stelle.

Weiterhin ist aufgrund der komplizierten, gesetzlichen Regelung für den Adresshandel eine Übermittlung von anderen Daten als **Listendaten** (vgl. Kapitel 2.1.3) nur noch mit einer wirksamen Einwilligung des Betroffenen möglich. Beim Kauf (oder Miete) von Daten, die über Listendaten hinausgehen, sollte der Käufer sich vertraglich zusichern lassen, dass für die Übermittlung(!) der Nicht-Listendaten (E-Mail, Telefonnummer) eine Einwilligung zur Übermittlung dieser Daten vorliegt.

3 Adressen für Werbung per Fax nutzen

3.1 Faxwerbung ohne Einwilligung

3.1.1 Rechtliche Möglichkeiten

Die Möglichkeit mit einem Fax ohne vorherige Einwilligung des Betroffenen Werbung zu treiben, ist nach der derzeit geltenden Rechtslage ausgeschlossen.

Adressen
– für Faxwerbung

Die Regelung im UWG fordert hierzu eine ausdrückliche Einwilligung und lässt auch nicht – wie bei Telefonanrufen – im B2B-Umfeld eine mutmaßlich vorliegende Einwilligung genügen, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen. Zwar fordert die zugrunde liegende EU-Richtlinie (2002/58/EG i.V.m. Art. 2 der allgemeinen Datenschutzrichtlinie (95/64/EG)) keine bestimmte Form für eine Einwilligung, so dass danach auch eine sogenannte »konkludente« Einwilligung genügt hätte. Allerdings ist der Gesetzgeber mit der Änderung der Rechtslage 2008 darüber hinausgegangen und lässt nun auch eine konkludent abgegebene Einwilligung nicht mehr gelten.¹⁷ Allerdings ist die Norm richtlinienkonform auszulegen, so der BGH in seinem Urteil vom 17.7.2008 (Aktenzeichen I ZR 75/06), sodass auch weiterhin wie nach der alten Rechtslage eine konkludente Einwilligung möglich sei. Der BGH versucht deshalb in dem Urteil eine Abgrenzung zu definieren, wozu eine in allgemeinen Verzeichnissen veröffentlichte Faxnummer genutzt werden darf und wozu nicht, wie weit also eine durch die Veröffentlichung der Faxnummer gegebene, konkludente Einwilligung reicht – oder eben nicht. Dies gelingt nur unzureichend. Das zeigt sich auch im fortgesetzten Rechtsprechungsstreit um die Details.

Der BGH schreibt zu der Abgrenzung: *»Ein Unternehmen erklärt durch die Installation eines Telefaxgeräts zwar nicht sein Einverständnis damit, von jedwedem Gewerbetreibenden mittels Telefax zu Werbezwecken angesprochen zu werden. Die Angabe der Telefaxnummer in einer Werbeanzeige bringt aber das konkludente Einverständnis des Unternehmens zum Ausdruck, Anfragen potenzieller Kunden auf diesem Gerät zu empfangen«,* so lange – wie im vorliegenden Fall – das Fax »bestimmungsgemäß« genutzt werde. Im dem Fall war das eine Kaufanfrage unter konkurrierenden Autohändlern. Nun könnte man zwar davon ausgehen, dass sich ein Händler über eingehende Kaufanfragen freut und dies durchaus der Bestimmung des Faxes entspricht. Daher hätte der BGH hier eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 1 UWG ablehnen können, um zum selben Ergebnis zu kommen.

Stattdessen aber sieht der BGH die Voraussetzungen einer richtlinienkonformen Einwilligung erfüllt: *»Wird die Anschlussnummer von dem Unternehmen in allgemein zugänglichen Verzeichnissen veröffentlicht, so erklärt es damit sein konkludentes Einverständnis, dass potenzielle Kunden seinen Telefaxanschluss bestimmungsgemäß nutzen [...] können. Diese Einwilligung genügt den Anforderungen des Art. EWG_RL_95_46 Artikel 2 lit. h) der RL 95/46/EG. Sie erfolgt freiwillig, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage. Es ist die freie Entscheidung eines Unternehmens,*

¹⁷ Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG 29. A. 2011, § 7 Rn 185.

ob es seine Telefaxnummer in allgemein zugänglichen Verzeichnissen veröffentlicht. Die Einwilligung bezieht sich konkret auf Anfragen zu dem üblichen Warenangebot des Unternehmens. Der Unternehmer weiß auch, dass seine Telefaxnummer von Kunden gefunden und für Anfragen genutzt werden kann. Danach ist vorliegend eine konkludente Einwilligung der Klägerin in die Zusendung der Kaufanfrage der Beklagten mittels Telefax anzunehmen.«

Dass dieses Urteil nicht für Rechtssicherheit gesorgt hat, zeigen folgende Fälle aus der Rechtsprechung, die keine Einwilligungen darstellen sollen und die meist nach dem BGH-Urteil ausgesprochen wurden: Eine Veröffentlichung der Fax-Nummer im Internet genügt nicht, es genügt auch nicht die Bekanntgabe der Faxnummer durch einen Mitarbeiter am Empfang gegenüber einem Anrufer; auch eine Geschäftsbeziehung (vertragliche Bindung) zum Beworbenen reicht nicht aus, nach einer Geschäftsübernahme durch ein anderes Unternehmen erlischt die zuvor gegebene Einwilligung unter Umständen.¹⁸

Achtung. Einwilligung einholen

Das Vorliegen einer konkludenten Einwilligung zum Faxversand ist danach äußerst streitig und muss regelmäßig anhand von Einzelfällen entschieden werden. Wer also rechtssicher handeln möchte, demjenigen kann nur empfohlen werden, vor der Versendung von Werbefaxen nachweislich eine Einwilligung einzuholen.



3.2 Faxwerbung mit Einwilligung

Folgende Anforderungen werden an eine wirksame Einwilligung für Faxwerbung gestellt. Diese ergeben sich aus den zugrunde liegenden EU-Richtlinien und haben sich aus der Rechtsprechung heraus gebildet:

1. Die Einwilligung muss ausdrücklich erklärt, »ohne Zwang« und »in Kenntnis der konkreten Sachlage« erteilt werden und kann nur gegenüber dem Werbenden bzw. einem seiner Mitarbeiter abgegeben werden. Eine »Mitnahme« von Einwilligungen bei einem Wechsel eines Arbeitnehmers zu einem anderen Arbeitgeber ist daher ausgeschlos-

¹⁸ LG Ulm U.v. 30.4.2009 – LGULM 30.04.2009 Aktenzeichen 10 O 39/09; LG Leipzig: Urteil vom 09.03.2007 – 05 O 4051/06, 5 O 4051/06, LG München Urteil vom 31.08.2006 – 4 HK O 8567/06; OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.12.2008 – I-20 U 48/08.

- sen. Auch ist es bereits als unzulässig angesehen worden, dass an eine Kundendatei eines übernommenen (aufgekauften) Unternehmens anschließend ohne weitere Einwilligung Werbefaxe versandt wurden.
2. Die Einwilligung muss vor Versand des Faxes erteilt werden. Nach einem längeren Zeitraum kann eine Einwilligung ihre Gültigkeit verlieren. Das Landgericht München I hat erst kürzlich entschieden, dass eine ungenutzte Einwilligung bei einer E-Mail-Werbung nach 17 Monaten ihre Gültigkeit verloren hat (vgl. dazu oben Punkt 1.2.5).
 3. Formvorschriften bestehen gesetzlich geregelt keine, allerdings trägt der Werbende die Beweislast dafür, dass die Einwilligung zum Zeitpunkt der Werbung vorgelegen hat, so dass auch bei dieser Werbeform eine gründliche Archivierung der Einwilligungen nur empfohlen werden kann.
 4. Grundsätzlich ist eine Einwilligung im Rahmen der AGB zulässig. Allerdings gelten die Regeln der §§ 305 ff. BGB: danach muss die Einwilligung transparent und deutlich bleiben, sowohl im Wortlaut wie auch in ihrer äußeren Form. Sie sollte deshalb im Internet nur über aktive Opt-in erfolgen und im Text der AGB drucktechnisch hervorgehoben sein (z.B. Fettdruck) und den obigen Anforderungen an eine klare Formulierung entsprechen. Die Einwilligung muss gesondert erteilt werden und darf nicht mit anderen Einwilligungen gekoppelt werden. So ist folgende Formulierung für unzulässig befunden worden: »Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich einverstanden, dass die von mir oben angegebenen Daten sowie die Rabattdaten (Waren/Dienstleistungen, Preis, Rabattbetrag, Ort und Datum des Vorgangs) für an mich gerichtete Werbung (z.B. Informationen über Sonderangebote, Rabattaktionen) per Post und mittels gegebenenfalls von mir beantragter Services (SMS oder E-Mail-Newsletter) sowie zu Zwecken der Marktforschung ausschließlich von der L-GmbH und den Partnerunternehmen gemäß Nr. 2 der beiliegenden Hinweise zum Datenschutz gespeichert und genutzt werden.« (BGH, Urteil vom 16.7.2008 – VIII ZR 348/06 (OLG München) (Payback)).

4 Anhang

4.1 Rechtsgrundlagen zur Einwilligung

Die folgende Übersicht enthält die Rechtsgrundlagen zur Einwilligung:

Einwilligung
– Rechtsgrundlagen

§ 7 Abs. 2 UWG	Einwilligung für Anrufe, Faxe und E-Mails (wettbewerbsrechtlich) (gilt vorrangig zu Regelungen des BDSG)
§ 4a BDSG	Allgemeine datenschutzrechtliche Einwilligung
§ 4a Abs. 3 BDSG	Qualifizierte Einwilligung für sensible Daten (z. B. Gesundheit)
§ 28 Abs. 3a BDSG	Anforderungen an elektronische und mündliche Einwilligungen (gilt parallel zu § 4a BDSG)
§ 13 Abs. 2 TMG	Anforderungen an eine elektronische Einwilligung bei der Nutzung von Telemedien (Anforderungen der Absätze 3 und 4 beachten!) (gilt vorrangig vor § 28 Abs. 3a BDSG)
§ 28 Abs. 3b u. 4 BDSG	Kopplungsverbot und Widerspruchsrecht

4.2 Checkliste Impressumspflicht

Die Impressumspflicht nach § 5 TMG dient der Erkennbarkeit des Versenders einer E-Mail bzw. des Bereitstellers der Informationen einer Webseite oder eines Webdienstes. Folgende Angaben müssen deshalb darin enthalten sein:

Impressumspflicht
– E-Mail-Werbung

- natürliche Personen: der ausgeschriebene Name
- juristische Personen: die Firma inkl. Rechtsform sowie der Name des Vertretungsberechtigten (bei Gesamtvertretung die Namen so vieler Vertreter, wie für die Vertretung erforderlich)
- die vollständige Anschrift des Absenders mit Straße, Postleitzahl, Hausnummer und Ort (Postfach nicht ausreichend)
- E-Mail-Adresse, grundsätzlich auch Telefonnummer, die Angabe einer Faxnummer steht frei
- Registerinformationen (das Handelsregister, Vereinsregister, Partnerschaftsregister oder Genossenschaftsregister, in das der Absender eingetragen ist, und die entsprechende Registernummer)
- bei Diensten, die behördlicher Zulassung bedürfen, Angaben zur zuständigen Aufsichtsbehörde

- berufsspezifische Informationen bei bestimmten Berufen, z. B. Rechtsanwälten oder Ärzten (die Kammerzugehörigkeit, die Berufsbezeichnung und deren Verleihungs-Staat, Bezeichnung der berufsrechtlichen Regelungen und wie diese zugänglich sind)
- soweit vorhanden, Umsatzsteueridentifikationsnummer nach § 27a des Umsatzsteuergesetzes oder die Wirtschafts- Identifikationsnummer nach § 139c der Abgabenordnung
- bei Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die sich in Abwicklung oder Liquidation befinden, die Angabe hierüber
- Das Impressum muss leicht auffindbar sein. Es sollte deshalb im Klartext innerhalb der eigentlichen E-Mail platziert und nicht hinter einem Link oder in anderen Texten – wie AGBs – versteckt werden. Ebenso sollte es in einer gut lesbaren Schriftgröße und Farbe verfasst sein.
- Das Impressum muss mit einer eindeutigen Bezeichnung wie »Impressum« oder »Kontakt« versehen werden.