

Neue Ansätze für die Verarbeitung von Kundendaten im E-Mail-Marketing

Die Verarbeitung von Kundendaten für Werbezwecke unterliegt weitreichenden rechtlichen Anforderungen. So sind nicht nur die Regelungen der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), sondern in den meisten Fällen auch des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu beachten. Aufgrund der Vielschichtigkeit der Vorschriften und diverser Publikationen, Meinungen und Statements zu dem Thema bestehen bei vielen Unternehmen Unsicherheiten, wie Kundendaten zu Werbezwecken genutzt werden können, welche Rechtsgrundlagen einschlägig sind und in welchen Fällen es wirklich einer Einwilligung bedarf.

Denn der rechtliche Rahmen der DSGVO (und des UWG) ist weiter gefasst als oftmals bekannt und nicht jeder werbliche Kontakt erfordert eine Einwilligung seitens des Kunden, wie dieses Paper verdeutlichen soll.

1. Wie können Unternehmen im Zusammenhang mit Marketing-Kampagnen Kundendaten ohne Einwilligung nutzen?

Bezüglich der Nutzung von Kundendaten im Rahmen von E-Mail-Marketing ergeben sich aus der DSGVO und dem UWG auch Möglichkeiten der Verwendung ohne eine ausdrückliche Einwilligung.

1.1 Einwilligungserfordernis im E-Mail-Marketing nach der DSGVO

Die DSGVO knüpft als Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt die Verarbeitung von personenbezogenen Daten an eine nach Art.6 DSGVO einschlägige Rechtsgrundlage.. Relevanz für die Nutzung von Kundendaten im Zusammenhang mit E-Mail-Marketing-Kampagnen hat dabei neben der Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DSGVO das Vorliegen eines berechtigten Interesses nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO. Soweit im Rahmen von E-Mail-Marketing-Kampagnen personenbezogene Daten, wie z.B. Name oder E-Mail-Adresse genutzt werden, fällt diese Nutzung eindeutig in den Regelungsbereich der DSGVO und damit in das Erfordernis einer Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung.

Der ursprüngliche Vorschlag der Europäischen Kommission für die DSGVO sah vor, dass im Bereich des E-Mail-Marketings stets ein Einwilligungserfordernis bestehen sollte. Dieses wurde in der endgültigen Gesetzesfassung jedoch gestrichen (Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDGS, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 6 Rn. 17), so dass auch die weiteren Rechtsgrundlagen des Art.6. Abs.1 DSGVO in Betracht kommen.. Allen voran das berechnete Interesse.

So sieht Erwägungsgrund 47 Satz 7 zur DSGVO E-Mail-Marketing bereits als ein berechtigtes Interesse an. Die klare Aussage im Erwägungsgrund sollte jedoch nicht als Freifahrtschein angesehen werden. Denn es sind sowohl die subjektiven Erwartungen des einzelnen Kunden als auch das, was vernünftigerweise erwartet werden darf (Erwägungsgrund 47 zur DSGVO) einschränkend zu berücksichtigen.

In jedem Einzelfall bedarf es daher einer gesonderten Abwägung der Interessen des Verantwortlichen und der betroffenen Person. Bezugspunkt muss stets das konkrete Werbevorhaben sein. Nur dann kann Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO als Rechtsgrundlage herangezogen werden. Wenn im Nachgang einer Bestellung Kunden (ohne Selektion) oder selektiert in unterschiedliche Interessengruppen Werbung zum Kauf weiterer Produkte zugesendet wird, wird die Interessenabwägung in der Regel zugunsten des Verantwortlichen ausfallen (vgl. DSK, Orientierungshilfe zur Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der DSGVO, S. 5 2022).

Etwas anderes gilt, soweit automatisierte Selektionsverfahren zur Erstellung detaillierter Profile oder Verhaltensprognosen genutzt werden. In diesen Fällen kann ein sog. Profiling vorliegen, welches ggfs. nicht mehr von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO umfasst ist.

Werden automatisierte Selektionsverfahren zur Erstellung detaillierter Profile oder Verhaltensprognosen bzw. Analysen verwendet und / oder findet dies unter Verwendung externer Datenquellen für Zwecke der Direktwerbung statt (sog. Profiling), kann die Datenverarbeitung unter Umständen nicht mehr auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO gestützt werden (vgl. DSK, Orientierungshilfe zur Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der DSGVO, S. 5 2022). Es ist daher stets eine einzelfallabhängige Interessenabwägung zwischen den Interessen des werbenden Unternehmens und der betroffenen Person notwendig. Nur wenn diese für den Werbetreibenden im Ergebnis negativ ausfällt, ist Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO im Einzelfall keine taugliche Rechtsgrundlage. Dann ist für das betreffende Profiling die Einwilligung der betroffenen Person erforderlich.

Soweit die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO vorliegen, bedarf es jedenfalls aus datenschutzrechtlicher Sicht keiner Einwilligung. Voraussetzung hierfür ist das Überwiegen der berechtigten Interessen des Verantwortlichen und eine transparente Information über den Zweck der Direktwerbung gemäß Art. 13 Abs. 1 lit. c) DSGVO. Weiter sind für die konkrete Ansprache der Kunden – je nach verwendetem Kommunikationskanal – wettbewerbsrechtliche Anforderungen zu erfüllen, die ggfs. eine Einwilligung erfordern.

1.2. Vorgaben des UWG hinsichtlich des Einwilligungserfordernisses

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist für die Ansprache von Kunden § 7 Abs. 2 Nr. 3, 4 und Abs. 3 UWG zu beachten.

Jede Ansprache des Kunden, welche dem Absatz von Waren dient, stellt grundsätzlich Werbung i.S.d. § 7 UWG dar (Köhler/Bornkamm/Feddersen § 7 UWG Rn. 129). Auf Grundlage der dazu ergangenen Rechtsprechung wird der Begriff der Werbung weit ausgelegt (vgl. ua. BGH v. 15.12.2015– VI ZR 134/15, BGH GRUR 2008, 923).

Grundsätzlich sieht das Wettbewerbsrecht ein Einwilligungserfordernis für Werbung per Telefon, Fax oder elektronischer Post vor, § 7 Abs. 1 und 2 UWG.

Soweit E-Mail-Werbung ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung erfolgt, stellt dies nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG eine unzumutbare Belästigung des Empfängers dar. Ohne ausdrückliche Einwilligung kann Werbung per E-Mail daher nicht vorgenommen werden, außer es liegt die Ausnahme der sogenannten Bestandskundenwerbung aus § 7 Abs. 3 UWG vor. Die Vorschrift geht davon aus, dass der Durchschnittskunde die Werbung eines Unternehmens für ähnliche Produkte und Dienstleistungen wie die kurz vorher gekauften in der Regel nicht als Belästigung empfindet; vielmehr könnten sich daraus nützliche Informationen ergeben. Unter den dort bestimmten Voraussetzungen kann E-Mail-Werbung auch ohne ausdrückliche Einwilligung an Bestandskunden versendet werden (vgl. u. a. BeckRS 2016,371 LG Duisburg zur Rechtmäßigkeit von After-Sales-Newslettern).

Die unten dargestellten, in § 7 Abs. 3 UWG genannten Voraussetzungen müssen nebeneinander (kumulativ) vorliegen. Die Ausnahme ist nicht rückwirkend abbildbar, sondern kann nach korrekter Ausgestaltung nur für die Zukunft gelten.

1.2.1. Erlangung der Adresse durch den Unternehmer

Der Unternehmer muss die elektronische Postadresse „im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder einer Dienstleistung“ vom betroffenen Kunden selbst erhalten haben. Hierfür muss ein Vertrag tatsächlich zustande gekommen sein und der Unternehmer muss die Adresse in diesem Zusammenhang vom Kunden selbst z.B. unmittelbar im Rahmen einer Online-Bestellung oder einer Bestellung per E-Mail erhalten haben. Unter „Verkauf“ i.S.d. § 7 Abs. 3 UWG fällt zudem nicht nur der Abschluss von Kaufverträgen i.S.d. § 433 BGB, vielmehr fällt jeder Austauschvertrag darunter (z. B. auch Dienstvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag usw.).

Soweit der Kunde allein Informationen über Produkte eingeholt hat oder diese nur in den Warenkorb gelegt hat, liegt die für § 7 Abs. 3 UWG erforderliche Geschäftsbeziehung nicht vor (jurisPK-UWG/Koch Rn. 392; Harte/Henning/Schröder Rn. 353; Ohly/Sosnitzer/Ohly Rn. 72); die Vorschrift dient gerade dem Zweck der Privilegierung von Werbung gegenüber Bestandskunden.

Neben einem sachlichen Zusammenhang zwischen Verkauf und Erlangung der elektronischen Postadresse muss auch ein zeitlicher Zusammenhang bestehen, da angenommen werden kann, dass das mutmaßliche Interesse des Kunden an einer „Follow-up-Werbung“ im Laufe der Zeit schwindet. Es sollte vermieden werden, dass der Unternehmer die E-Mail-Adresse zu lange nach Abschluss des Austauschvertrages für nicht einwilligungsbasierte Werbung verwendet.

Hierbei gilt keine starre Frist, es kommt stets auf die Umstände des Einzelfalls an (Köhler/Bornkamm/Feddersen § 7 Rn. 204b). So kann z.B. im Fall eines Autokaufs eine Zeitspanne von 5–8 Jahren angemessen sein, bei Essensbestellungen dürfte diese aber deutlich kürzer zu bemessen sein. Die Nutzungsdauer der E-Mail-Adresse im Einzelfall hängt dabei davon ab, ob die in Frage stehende Nutzung zur werblichen Ansprache noch als „erforderlich“ gesehen werden kann. Zu berücksichtigen sind hier zum einen die Art des Grundgeschäfts, aber auch der Zeitablauf seit dem letzten aktiven Kontakt zwischen Unternehmer und Kunde.

1.2.2. Verwendung von Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen

Nur soweit eigene Waren und Dienstleistungen beworben werden, die dem bereits erworbenen Produkt ähnlich sind, kann die zweite Voraussetzung des § 7 Abs. 3 UWG bejaht werden. Um auch hinsichtlich dieser Voraussetzung dem Ausnahmecharakter des § 7 Abs. 3 UWG gerecht zu werden, müssen an die Ähnlichkeit der Produkte in Umsetzung der Rechtsprechung strenge Voraussetzungen gestellt werden. Auch darf keine Weiterleitung der E-Mail-Adresse an Unternehmen erfolgen, die mit dem werbenden Unternehmen konzernmäßig verbunden sind.

Die beworbene Ware muss dem gleichen oder einem erkennbar ähnlichen Verwendungszweck oder Bedarf des beworbenen Kunden entsprechen (u. a. OLG München WRP 2018, 877 Rn.14).

Dabei kann auch Werbung für funktionell zusammengehörige Zubehör- und Ergänzungswaren zulässig sein. Nach den Kriterien der Rechtsprechung kann z.B. im Falle des Erwerbes eines Laptops bei der Werbung für Produkte wie Tastatur oder Maus von einer Ähnlichkeit der Produkte ausgegangen werden.

Die Werbung für das gesamte Sortiment, bei dem die Produkte keine Ähnlichkeit zum erworbenen Produkt aufweisen, ist hingegen nicht von § 7 Abs. 3 UWG umfasst.

1.2.3. Widerspruch als Ausschlussgrund

Sofern der Kunde der Bestandskundenwerbung widersprochen hat, ist diese (zukünftig) zu unterlassen. Kunden können der auf § 7 Abs. 3 UWG basierenden Werbung über alle Kommunikationsmittel und sogar mündlich widersprechen.

1.2.4. Informationen über die Möglichkeit des Widerspruchs

Wird Werbung auf Grundlage des § 7 Abs. 3 UWG ausgespielt, müssen werbende Unternehmen nicht nur bei jeder Verwendung, sondern auch schon bei der Erhebung der elektronischen Postadresse klar und deutlich darauf hinweisen, dass der Kunde der Verwendung dieser jederzeit kostenlos widersprechen kann. Dabei muss dem Kunden eine Kontaktadresse benannt werden, die sonstigen Informationen müssen inhaltlich verständlich und hinreichend bestimmt sein.

Am einfachsten und praxisgerechtesten lässt sich die Gewährleistung der jederzeitigen Widerspruchsmöglichkeit durch Bereitstellen eines gut sichtbaren Abmeldelinks in den auf § 7 Abs. 3 UWG gestützten Werbenachrichten umsetzen, welcher bei Betätigung ohne weitere Zwischenschritte ein „Blacklisting“ der betreffenden E-Mail-Adresse bewirkt. Es empfiehlt sich eine ergänzende Verlinkung der Datenschutzerklärung. Nicht ausreichend ist insbesondere eine nachträgliche oder auch versteckte Information über den Einsatz von Bestandskundenwerbung in den AGB bzw. der Datenschutzerklärung des werbenden Unternehmens.

1.2.5. Inhaltliche Ausgestaltung von Bestandskundenwerbung nach dem UWG

Bestandskundenwerbung muss wie sonstige Werbung auch inhaltlich rechtskonform ausgestaltet werden. Insbesondere muss die Identität des Absenders auf Anhieb erkennbar sein (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG). Zudem muss der Betreff der E-Mail den Inhalt der Nachricht richtig wiedergeben und erkennen lassen, dass es sich um eine werbliche E-Mail handelt. Auch gilt die Impressumspflicht.

1.3. Umsetzungsmöglichkeiten für konkrete Einzelfälle

Die Ausnahme des § 7 Abs. 3 UWG stellt aufgrund der einzuhaltenden Voraussetzungen eine hohe Hürde auf, um in zulässiger Weise Bestandskunden nicht einwilligungsbasierte Werbung zuzusenden.

Das kumulative Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG kann auch etwa nicht durch formularmäßige AGB-Klauseln ersetzt werden (vgl. MMR 2013, 300, OLG Düsseldorf). Aus der auch europarechtlich verbürgten Vertragsfreiheit besteht jedoch gerade ein erhöhtes Bedürfnis für einen gewissen Spielraum für vertragliche Gestaltungen hinsichtlich der Werbung ohne Einwilligung.

Beispielhaft kann hierzu der Fall angeführt werden, dass ein Vertrag geschlossen wird, der explizit als Hauptleistung die Teilnahme an Marktforschungsumfragen zur Absatzförderung (= Werbung i.S.d. § 7 UWG) gegen Geld, Coupons oder Ähnliches vorsieht. Herausfordernd ist hier, dass der beschriebene Vertrag quasi den Versand von Werbung voraussetzt – und daher – zumindest aus wettbewerbsrechtlicher Sicht auch eine Einwilligung in die E-Mail-Werbung. Aus datenschutzrechtlicher Sicht kann hier der Vertrag als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung genutzt werden. Da die Werbung aber Hauptvertragsbestandteil ist, ist es zumindest aus wettbewerbsrechtlicher Sicht erforderlich, mit dem Vertragsschluss eine entsprechende Einwilligung einzuholen.

Dies führt zu einer grundsätzlich datenschutzrechtlich verbotenen Koppelung von Einwilligung und Vertragsschluss. Für den oben beschriebenen Fall wird diese jedoch ausnahmsweise als zulässig erachtet, da der Versand von Werbung an den jeweiligen „Kunden“ die Hauptleistung des Vertrages darstellt. Daher ist in diesem konkreten Fall eine solch gekoppelte Einwilligung möglich. Voraussetzung hierfür ist, dass die Verarbeitung zur Erfüllung des Vertrages erforderlich ist (Klabunde, in Ehrmann/Selmayr Art. 4 Rn. 51).

Insgesamt haben sich weder die Aufsichtsbehörden noch die Gerichte abschließend zu einzelfallbezogenen Spielräumen geäußert, so dass solche Lösungen stets nur nach einer sorgfältigen Risikoabwägung gewählt werden sollten.

2. Wie können wir Kunden in E-Mails ohne Werbe-Einwilligung auf unsere Kommunikationskanäle oder die Möglichkeit zur Newsletter-Einwilligung hinweisen?

Regelmäßig weisen Unternehmen in etwa Bestellbestätigungen auf ihre sonstigen Kommunikationskanäle oder auf die Möglichkeit zur Anmeldung zu einem Newsletter hin. Während etwaige Hinweise auf der eigenen Website natürlich auch ohne Einwilligung grundsätzlich zulässig sind, könnten sie bei Versand per E-Mail als Werbung gelten, da der Werbungsbe-griff aus § 7 UWG unter Berücksichtigung des Art. 2 lit a) RL 2006/114/EG grundsätzlich sehr weit verstanden wird. Bereits eine Zufriedenheitsbefragung per Mail (BGH, Urteil vom 10.7.2018 – VI ZR 225/1; OLG Köln GRUR-RR 2014, 80,82) oder Meinungsumfragen (vgl. OLG Köln GRUR-RR 2009, 240) stellen in den Augen der Gerichte eine (unzulässige) Werbung i.S.d. UWG dar. Zudem werden nach ständiger Rechtsprechung auch Mischformen werblicher und vertraglicher Kommunikation als Werbung eingestuft. Die Einstufung als Werbung verändert sich auch nicht, wenn die Zusendung der E-Mail, in welche der werbende Inhalt eingebettet ist, rechtlich verpflichtend ist wie etwa im Falle einer Bestellbestätigung.

Eine Zulässigkeit von Hinweisen auf eigene Kommunikationskanäle oder die Möglichkeit der Newsletter-Anmeldung hängt also im Kern von deren Einstufung als Werbung i.S.d. UWG ab. So kann argumentiert werden, dass bloße dahingehende Hinweise nur eine Möglichkeit des Kunden begründen, mehr über das Unternehmen zu erfahren. Dem kann allerdings entgegengebracht werden, dass es darauf bei der Einordnung als Werbung im Ergebnis nicht ankommt. Der Begriff fordert die „Förderung des Absatzes einer Ware oder der Erbringung einer Dienstleistung“, vgl. Art. 2 lit. a) RL 2006/114/EG; für die Einstufung als Werbung reicht sogar schon eine mittelbare Absatzförderung (vgl. BGH MMR 2016, 240, Rn. 16). Bereits die Einbettung des Firmenlogos oder auch der Hinweis auf Kontaktmöglichkeiten bei Fragen zum Newsletter in einer Bestätigungs-E-Mail im Double-Opt-In-Verfahren könnte so als Werbung i.S.d. § 7 Abs. 1 UWG gewertet werden (vgl. LG Stendal GRUR-RS 2021, 37034). Dies würde allerdings eine sehr weitgehende Auslegung des Begriffs der Werbung bedeuten. Insbesondere die tatsächliche Absatzförderung kann hier bezweifelt werden. Anders ist dies aber wohl bei Hinweisen auf den Newsletter in etwa Bestellbestätigungen, entsprechende Hinweise dienen zumindest mittelbar der Absatzförderung und sind somit wohl als Werbung i.S.d. § 7 Abs. 1 UWG einzustufen. Soweit etwaige Informationen oder Hinweise im Ergebnis Werbung i.S.d. § 7 UWG darstellen, können sie ohne Einwilligung nur im Rahmen der Bestandskundenwerbung, sprich unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG erfolgen.

Disclaimer

Diese Publikation ist lediglich ein Hintergrundpapier des Bundesverbands Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V. Sie gibt einen Einblick bezüglich der Verarbeitung von Daten zu Werbezwecken, außerhalb der Einwilligung. Die Inhalte wurden mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt und diese haben nicht den Anspruch auf Vollständigkeit. Die Informationen dienen lediglich Informationszwecken und stellen keine Rechtsberatung dar. Die Informationen können keine individuelle rechtliche Beratung ersetzen, welche den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung trägt.

Autor:innen

BVDW Fokusgruppe E-Mail in Zusammenarbeit mit

Kathrin Schürmann,

Rechtsanwältin für Datenschutz-, IT- und Wettbewerbsrecht, Schürmann Rosenthal Dreyer Rechtsanwälte

Kontakt

Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V., Schumannstraße 2, 10117 Berlin, www.bvdw.org

Ansprechpartnerin für Medien

Irina Schmitz, Programm-Managerin Digital Business, Tel.: +49 30 2062186-12, schmitz@bvdw.org

Über den BVDW

Der Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V. ist die Interessenvertretung für Unternehmen, die digitale Geschäftsmodelle betreiben oder deren Wertschöpfung auf dem Einsatz digitaler Technologien beruht. Als Impulsgeber, Wegweiser und Beschleuniger digitaler Geschäftsmodelle vertritt der BVDW die Interessen der Digitalen Wirtschaft gegenüber Politik und Gesellschaft und setzt sich für die Schaffung von Markttransparenz und innovationsfreundlichen Rahmenbedingungen ein. Sein Netzwerk von Experten liefert mit Zahlen, Daten und Fakten Orientierung zu einem zentralen Zukunftsfeld. Neben der DMEXCO und dem Deutschen Digital Award richtet der BVDW eine Vielzahl von Fachveranstaltungen aus. Mit Mitgliedern aus verschiedensten Branchen ist der BVDW die Stimme der Digitalen Wirtschaft.