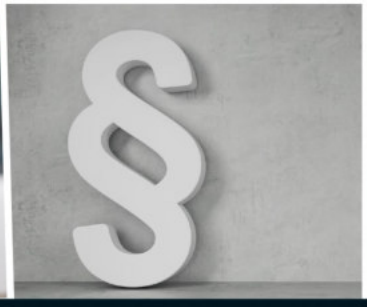
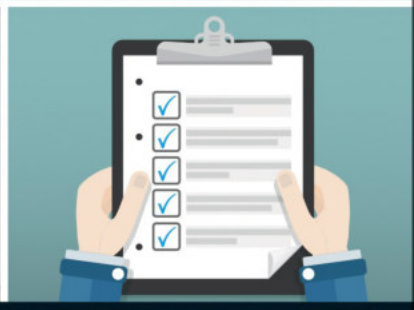
Christian Solmecke
Sibel Kocatepe

Für Blogger, Agenturen und Online-Shops

DSGVO
für Website-Betreiber

Ihr Leitfaden für die sichere Umsetzung der EU-Datenschutz-Grundverordnung

Inkl. Checklisten und Musterverträge

Rheinwerk Computing

Achtung!

Auch nach Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung könnten sich im Hinblick auf die praktische Umsetzung des Widerspruchsrechts noch Änderungen aus der derzeit noch verhandelten europäischen e-Privacy-Verordnung ergeben, die aufgrund spezifischerer Regelungen Vorrang vor der Datenschutz-Grundverordnung hat. Hier sind Änderungen geplant, die Sie im Blick behalten sollten! Abonnieren Sie dazu unseren Newsletter (*www.wbs-law.de*): Auf unserer Kanzlei-Website finden Sie täglich neue Artikel und Meldungen aus der Welt des Datenschutzrechts. Dort können Sie auch unseren wöchentlichen Newsletter abonnieren und bekommen so alle aktuellen Themen per E-Mail geliefert – auch zur e-Privacy-Verordnung!

3.2 Newsletter-Versand: Double Opt-In und Abbestell-Link

Ein Newsletter ist ein beliebtes Werbemittel für Unternehmen und Dienstleister und findet sich inzwischen auf nahezu jeder Website. Doch wenn Sie einen Newsletter versenden möchten, benötigen Sie dazu eine E-Mail-Adresse und der Inhaber der E-Mail-Adresse muss in den Erhalt der Nachrichten einwilligen. Sie müssen daher im Zweifel einerseits nachweisen können, dass Sie die E-Mail-Adresse von dem Betroffenen selbst erhalten haben und dass dieser auch in den Erhalt der Nachrichten eingewilligt hat – dies ist die eine Seite der Medaille. Die andere Seite der Medaille sieht die Widerrufsmöglichkeit vor. Denn der Betroffene hat gemäß Art. 21 Abs. 2 DSGVO jederzeit das Recht, auch nach erteilter Einwilligung der weiteren Datenverwendung zu widersprechen.

Nachdem wir Ihnen bereits in Abschnitt 2.3.3 erläutert haben, welche Anforderungen der Gesetzgeber an eine Einwilligung stellt, unterziehen wir diese theoretischen Erläuterungen nun dem Praxischeck und helfen Ihnen dabei, die Grundsätze auf den Newsletter-Versand anzuwenden.

3.2.1 Die Einwilligung einholen: Double Opt-In

Sollten Sie Ihre Kunden per Newsletter informieren wollen, so können wir Ihnen eine klare Empfehlung dazu geben, wie Sie die Einwilligung einholen sollten: Die rechtlich sicherste Variante ist das sogenannte *Double-Opt-In-Verfahren*. Darunter versteht man ein zweistufiges Anmeldeverfahren, bei dem in einem ersten Schritt der Interessent seine E-Mail-Adresse in ein Anmeldeformular einträgt und das Formular absendet. Ein solches Formular können Sie beispielsweise fest auf der eigenen Unternehmens-Homepage platzieren (siehe Abbildung 3.6).

Abbildung 3.6 Auch der Händler »Tchibo« hält einen Newsletter für seine Kunden bereit.

An dieser Stelle sollte der Betroffene neben den allgemeinen Informationen zur Datenverarbeitung insbesondere über folgende Aspekte informiert werden:

- Was beinhaltet der Newsletter?
- In welchen Zeitabständen soll der Newsletter versendet werden?
- Wer genau versendet den Newsletter?
- Welche Daten sind für den Versand des Newsletters nötig?
- Welche Daten werden darüber hinaus zu welchem Zweck verarbeitet?
- Wie kann der Newsletter wieder abbestellt werden?

Nachdem der Interessent seine E-Mail-Adresse in das Formular eingetragen und auf ANMELDEN geklickt hat, verschickt das System des Unternehmens unmittelbar danach eine Bestätigungs-E-Mail an die von dem Interessenten angegebene E-Mail-Adresse. In dieser Bestätigungs-E-Mail wird der Empfänger dann gebeten, durch einen Klick auf den Bestätigungs-Link ein zweites Mal zu erklären, dass er zukünftig Werbe-E-Mails erhalten möchte. Erst nachdem der Interessent auf den Bestätigungs-Links geklickt hat, wird seine E-Mail-Adresse in das Adressbuch des Unternehmers eingetragen (siehe Abbildung 3.7).

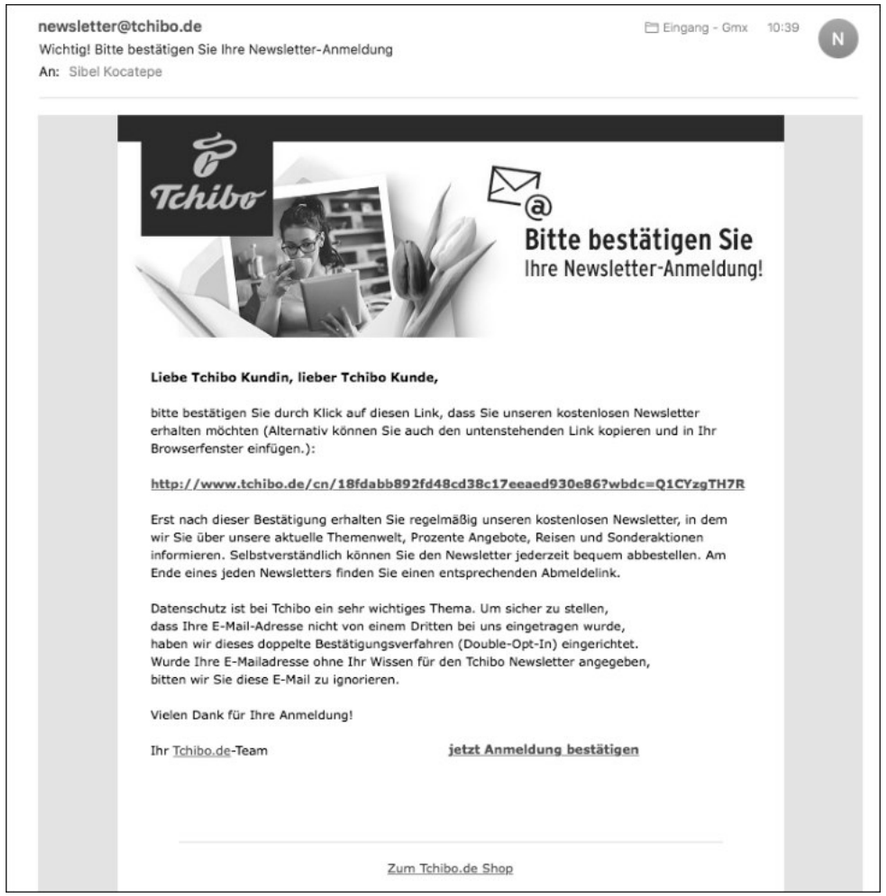


Abbildung 3.7 »Tchibo« versendet nach der Anmeldung zum Newsletter eine Bestätigungs-E-Mail.

Hinweis

Auf diese Weise können Sie sicherstellen, dass Dritte das System nicht missbrauchen und andere Personen mit deren E-Mail-Adresse für zahlreiche Newsletter anmelden, die diese gar nicht wünschen. Denn reagiert der potenzielle Interessent nicht binnen weniger Tage, so erhält er von Ihnen keine weiteren E-Mails.

Der Grund, warum wir Ihnen das Double-Opt-In-Verfahren empfehlen, wird bei einem Vergleich mit dem sogenannten *Single-Opt-In-Verfahren* deutlich. Dabei trägt sich der Interessent auf der Unternehmens-Website für den Newsletter ein, woraufhin ihm nur auf der Website eine Bestätigung seiner Anmeldung angezeigt wird, er jedoch keine weitere Bestätigungs-E-Mail erhält. Grundsätzlich würde dieses Verfahren zum Erhalt der Einwilligung ausreichen, wenn diese von dem tatsächlich Berechtigten abgegeben wurde. Doch genau dort liegt auch die Stolperfalle, aufgrund derer dieses Verfahren nicht zu empfehlen ist.

Achtung!

Sollten Sie sich für das Single-Opt-In-Verfahren entscheiden, könnten Sie im Streitfall nicht nachweisen, dass sich tatsächlich der Berechtigte selbst angemeldet hat, und müssten daher mit rechtlichen Konsequenzen rechnen!

Ein weiterer Vorteil des Double-Opt-In-Verfahrens ist zudem die Möglichkeit, nachzuweisen, dass Sie keinen sogenannten *E-Mail-Adressen-Harvester* genutzt haben. Dabei handelt es sich um Programme, die das Internet gezielt nach E-Mail-Adressen absuchen, um Werbung an diese zu verschicken. Hauptsächlich werden solche Programme auf Websites von Unternehmen fündig, insbesondere im Impressum. In der Folge verkaufen die Unternehmen, die Harvester verwenden, dann die Adressen an Dritte oder nutzen sie selbst für die Verbreitung von Spam.

Achtung!

Die Dokumentation ist eine der wichtigen Pflichten der Datenschutz-Grundverordnung – dies gilt auch im Rahmen des Newsletter-Versands. Was allgemein zu dokumentieren ist, haben wir Ihnen bereits in Abschnitt 2.3.3 erläutert. An dieser Stelle möchten wir noch einmal betonen, welche Daten Sie im Rahmen des Double-Opt-In-Verfahrens dokumentieren müssen:

- Versandzeitpunkt der Einladungs-E-Mail
- Inhalt der Einladungs-E-Mail
- Inhalt der Bestätigungs-E-Mail

- Zeitpunkt der Bestätigung der Einwilligung
- IP-Adresse des Einwilligenden zum Zeitpunkt der Bestätigung

Nur so können Sie wirklich sichergehen, dass der Betroffene selbst die Einwilligung abgegeben hat und Sie damit auch dem Gebot der Direkterhebung nachgekommen sind. Technisch könnte die Protokollierung etwa so erfolgen, dass Sie sich in Kopie all dieser E-Mails setzen und dann die Kopien entsprechend aufbewahren.

3.2.2 Der rechtskonforme Widerruf: Die Abbestellmöglichkeit

Ein weiterer wichtiger Aspekt der Newsletter-Gestaltung ist die Abbestellmöglichkeit. Denn die Datenschutz-Grundverordnung räumt dem Betroffenen, der in den Erhalt von Direktwerbung einwilligt, gemäß Art. 21 Abs. 2 DSGVO das Recht ein, jederzeit Widerspruch einzulegen.

Hinweis

Grundsätzlich empfehlen wir Ihnen, bereits beim ersten Kontakt – also schon bevor Ihnen der Kunde die Einwilligung erteilt hat – auf die einfache und bequeme Möglichkeit der Abbestellung hinzuweisen. Durch einen solchen Hinweis schaffen Sie Vertrauen beim Empfänger und nehmen ihm die Angst, in Zukunft dauerhaft mit Werbung »überschüttet« zu werden.

In der Folge muss dann jede E-Mail mit Werbecharakter und jeder Newsletter erneut den Hinweis auf die Abbestellmöglichkeit enthalten.

Formulierung der Abbestellmöglichkeit

Bei der konkreten Formulierung der Abbestellmöglichkeit sollten Sie darauf achten, dass diese klar, verständlich und simpel ist. Ergänzen Sie hierzu einfach wie im folgenden Beispiel die vorformulierte Einwilligung um den entsprechenden Hinweis.

Beispiel: Formulierung der Abbestellmöglichkeit

»Ja, bitte senden Sie mir kostenfrei ca. alle 4 Wochen wertvolle Tipps und Informationen zu Ihrem Produkt XY. Eine Abbestellmöglichkeit finde ich in jeder neuen Ausgabe.«

In den weiteren E-Mails kann auf die Abbestellmöglichkeit am Ende der Nachricht hingewiesen werden. Dabei kann dieser Hinweis mit und ohne Abbestell-Link versehen werden.

Beispiel: So integrieren Sie den Abbestell-Link

- »Sollten Sie unsere E-Mails nicht mehr erhalten wollen, können Sie sich HIER jederzeit aus dem Newsletter austragen.«
- »Wenn Sie unseren Newsletter nicht mehr erhalten möchten, klicken Sie einfach hier: NEWSLETTER ABBESTELLEN.«
- »Dieser Newsletter wurde versendet an max.mustermann@yahoo.de, weil Sie sich mit dieser E-Mail-Adresse zu unserem kostenlosen Newsletter-Service angemeldet haben. Wenn Sie diesen Newsletter in Zukunft nicht mehr erhalten möchten, klicken Sie bitte hier: NEWSLETTER ABBESTELLEN.«
- Sie können ebenfalls am Ende der E-Mail einen Button mit NEWSLETTER ABBESTELLEN platzieren, der dann auf der Seite, die sich anschließend öffnet, eine Austragungsmöglichkeit gibt.

Sollten Sie sich gegen einen Abbestell-Link entscheiden, können Sie mit Formulierungen wie »Sie können den Newsletter abbestellen, Ihre E-Mail-Adresse oder das Newsletter-Format ändern, indem Sie bitte IHRE NEWSLETTER-EINSTELLUNGEN ANPASSEN« auch eine Weiterleitung zu den Newsletter-Einstellungen vornehmen. Von dort aus muss die Abbestellung dann aber unkompliziert umsetzbar sein (siehe Abbildung 3.8).

Abbildung 3.8 Beispiel für das Abbestellen eines Newsletters in der Newsletter-Verwaltung von »Tchibo«

Wenn Sie gar keinen Link setzen möchten, dann kann die Abbestellung auch einfach per E-Mail erfolgen. Der Newsletter-Empfänger muss dann in einer E-Mail erklären, dass er keinen weiteren Newsletter mehr wünscht.

Beispiel: So können Sie formulieren

- »Um unseren Newsletter abzubestellen, antworten Sie auf diese E-Mail und schreiben ›Abbestellung‹ in die Betreffzeile.«
- »Wenn Sie keine weiteren E-Mails von uns erhalten möchten, senden Sie bitte eine leere E-Mail an newsletter@wbs-law.de.«

Ein Abbestell-Link ist jedoch besonders nutzerfreundlich und daher zu empfehlen, sofern das verwendete E-Mail-Marketing-System eine solche Funktion bereithält. Weil die rechtskonforme Abbestellfunktion dem Schutz des Empfängers dient, kommt es vor allem darauf an, den Vorgang möglichst einfach zu gestalten. Aus diesem Grund sollten Sie von Versuchen Abstand nehmen, den Abmeldeprozess zu erschweren, um den Empfänger so von einer Abmeldung abzuhalten. Bisher kam in diesem Zusammenhang das Double-Opt-Out-Verfahren zur Anwendung, das jedoch nicht zu empfehlen ist. Dabei erhält der Abmeldende in einem ersten Schritt nach der Abmeldung eine E-Mail, in der er aufgefordert wird, in einem zweiten Schritt die Abmeldung per Klick auf einen Link zu bestätigen.

Hinweis

Sie müssen den Widerruf ebenso einfach gestalten wie die Erteilung der Einwilligung. Erfolgte also die Einwilligung per E-Mail, dann muss auch die Abbestellung per E-Mail möglich sein. Den Betroffenen stattdessen auf den Postweg zu verweisen, wäre ein unzulässiges Erschwernis und daher rechtswidrig.

Darüber hinaus sollten Sie beachten, dass Systeme, die ein Einloggen erforderlich machen, die Abbestellung unnötig erschweren. So kommt es in der Praxis durchaus häufiger vor, dass der Empfänger seinen Benutzernamen und/oder sein Passwort schon wieder vergessen hat und diese, um sich abzumelden, dann erst wieder anfordern müsste.

Negativ-Beispiel: Erschwertes Abbestellen durch Login-Zwang

»Wenn Sie unseren Newsletter künftig nicht mehr erhalten möchten, dann loggen Sie sich bitte mit Ihrem Benutzernamen und Passwort im Mitgliederbereich auf unserer Homepage ein und entfernen Sie in der Rubrik Newsletter das Häkchen bei Newsletter erhalten.«

Bestätigung der Abmeldung

Nachdem der Newsletter-Empfänger den Link zum Abbestellen des Newsletters angeklickt hat, sollten Sie ihm die Austragung aus dem Verteiler bestätigen. Dabei ist es ausreichend, wenn sich nach dem Betätigen des Links eine weitere Seite öffnet, die diese Information enthält.

Achtung!

Eine weitere Bestätigung per E-Mail ist einerseits nicht erforderlich und andererseits auch nicht unbedingt empfehlenswert, da der Empfänger kurz zuvor erklärt hat, dass er gerade keine weiteren E-Mails mehr wünscht. Ihm jetzt noch eine Mail zu schicken, kann daher zu teuren Abmahnungen führen!

In diesem Rahmen kann der Empfänger auch darum gebeten werden, auf freiwilliger Basis anzugeben, warum er den Newsletter nicht mehr erhalten möchte (siehe Abbildung 3.9). Die Freiwilligkeit und der Umstand, dass die Angabe nicht Voraussetzung für die Abbestellung ist, sollten aus der Art und Weise der Formulierung klar hervorgehen.

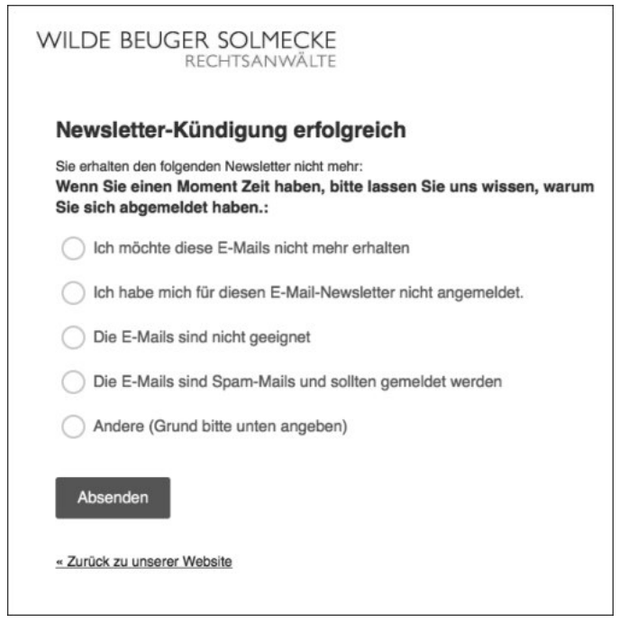


Abbildung 3.9 In diesem Beispiel wird klar, dass die Kündigung des Newsletters bereits erfolgt ist und die Abfrage des Grundes eine reine Bitte darstellt.

Den Empfänger aus dem Verteiler streichen

Wenn ein Empfänger Ihren Newsletter abbestellt, müssen Sie diesen Umstand unverzüglich beachten. Das bedeutet, dass jede weitere Verarbeitung oder Nutzung seiner

Daten für diese Zwecke unzulässig ist und rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann. Dies gilt auch für weitere E-Mail-Adressen des Empfängers, wenn diese bei Ihnen gespeichert sind und der Empfänger ausdrücklich erklärt hat, in Zukunft gar keine Werbung mehr erhalten zu wollen (Kammergericht Berlin, Urteil vom 31.01.2017, Az. 5 U 63/17).

Sofern Sie die E-Mail-Adresse nur für den E-Mail-Newsletter erhalten haben und sonst keinerlei Verbindung zu der betroffenen Person besteht, dann müssen Sie die E-Mail-Adresse im Anschluss an die Abbestellung auch löschen. Dies gilt nur dann nicht, wenn Sie beispielsweise aufgrund eines Online-Shops noch in vertraglichen Beziehungen zu der Person stehen und die Daten in diesem Zusammenhang noch benötigen.

Achtung: Bei Nichtbeachtung drohen Bußgelder!

Wer entgegen eines einmal erklärten Widerspruchs die Daten dennoch verarbeitet oder nutzt, der begeht eine Ordnungswidrigkeit und muss nach der Datenschutz-Grundverordnung mit einem Bußgeld von bis zu 20.000.000 € oder 4 % des jährlich weltweiten Unternehmensumsatzes rechnen. Auch können sich Unternehmen nicht damit herausreden, aufgrund mangelnder personeller Kapazität die Umsetzung noch nicht realisiert zu haben. Vielmehr muss das Unternehmen, das die Vorteile eines Newsletters nutzen möchte, auch solche Nachteile tragen können oder andernfalls auf einen Newsletter verzichten.

Um rechtlichen Konsequenzen vorzubeugen, empfehlen wir Ihnen, bei Verwendung des Abbestell-Links in eine gute E-Mail-Marketing-Software zu investieren, da diese in der Regel eine Funktion bietet, die sicherstellt, dass jeder Nutzer, der auf diesen Link klickt, automatisch keine weiteren E-Mails mehr erhält. Aber auch wenn Sie sich für eine Abbestellung per E-Mail entscheiden, können Sie zur Erleichterung eine E-Mail-Marketing-Software nutzen, da diese die eingehenden E-Mails analysiert und die Abbesteller aus dem Verteiler streicht.

3.2.3 Der Einsatz von Newsletter-Dienstleistern aus Drittstaaten

Selten versenden Unternehmen ihre Newsletter selbst. Immer öfter nutzen Werbetreibende beauftragte Dienstleister, die den Versand von Newslettern koordinieren und durchführen. Es handelt sich dabei um den klassischen Fall der Auftragsverarbeitung, dessen Grundzüge wir Ihnen bereits in Abschnitt 2.6 erläutert haben. Der Einsatz beauftragter Dienstleister ist aus datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten nicht unproblematisch, da diese regelmäßig Zugriff auf personenbezogene Daten erhalten. Abhängig davon, wo ein beauftragtes Unternehmen personenbezogene Daten verarbeitet

bzw. in welches Land diese dazu übermittelt werden, existieren verschiedene Zulässigkeitsvoraussetzungen.

Während man innerhalb der Europäischen Union mit der Datenschutz-Grundverordnung ein einheitliches Datenschutzniveau hat und daher bei der Inanspruchnahme europäischer Anbieter nur auf die allgemeinen Anforderungen der Auftragsverarbeitung achten muss, bestehen erhöhte Anforderungen bei der Inanspruchnahme von Dienstleistern aus Drittstaaten wie den USA.

Praxisbeispiel

Weltweit besonders beliebt ist der US-amerikanische Anbieter MailChimp (*https://mailchimp.com/*, siehe Abbildung 3.10). Dieser hat die Wichtigkeit der Datenschutz-Grundverordnung jedoch erkannt und die nötigen Informationen im Zusammenhang mit der Nutzung seines Dienstes in einem Dokument zusammengefasst. Es trägt den Titel »The General Data Protection Regulation (GDPR) – What it is, what we are doing, and what you can do«, und Sie finden es unter: *https://kb.mailchimp.com/binaries/content/assets/mailchimpkb/us/en/pdfs/mailchimp_gdpr_sept2017.pdf*

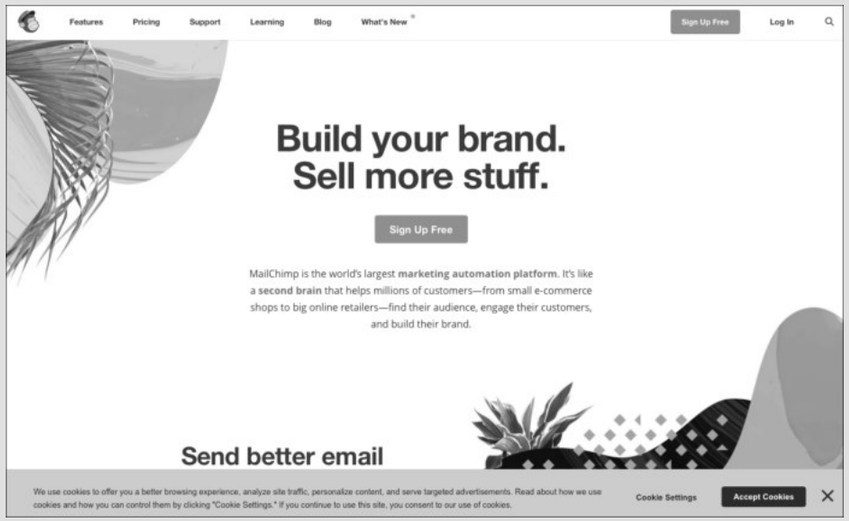


Abbildung 3.10 Die Website des Newsletter-Dienstleisters »MailChimp«

Im Folgenden möchten wir Ihnen nun am Beispiel des US-amerikanischen Newsletter-Versenders MailChimp erläutern, was Sie konkret beim Einsatz von Newsletter-Dienstleistern aus Drittstaaten beachten müssen.

Wann ist der Einsatz von Newsletter-Dienstleistern rechtmäßig?

Ein Datentransfer in die Vereinigten Staaten wie im Falle von MailChimp ist auf der ersten Stufe schon nur dann zulässig, wenn ganz grundsätzlich für die Datenverarbeitung eine ausdrückliche Einwilligung des betroffenen Nutzers in den Versand des Newsletters vorliegt. Wie bereits erläutert, müssen Sie also per Double-Opt-In-Verfahren zunächst eine rechtssichere Einwilligung des Newsletter-Empfängers einholen (siehe Abschnitt 3.2.1).

Bei der Wahl des Newsletter-Anbieters müssen Sie dann gemäß Art. 28 Abs. 1 DSGVO einen Auftragsverarbeiter engagieren, der gewährleistet, dass seine Tätigkeiten mit den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung in Einklang stehen. Als Nachweis dafür bietet sich bei US-amerikanischen Unternehmen eine Zertifizierung über das Privacy-Shield-Abkommen an. Die Übermittlung personenbezogener Daten in die USA kann demnach auf Basis dieses Abkommens legitimiert werden, wenn sich das US-Unternehmen entsprechend hat zertifizieren lassen. Die Zertifizierung bestätigt dem registrierten Unternehmen, dass es ein Schutzniveau einhält, das den europäischen Standards entspricht.

Der Newsletter-Anbieter MailChimp hat sich den Regelungen des Privacy-Shield-Abkommens unterworfen und ist aktuell im Besitz einer entsprechenden Zertifizierung (siehe Abbildung 3.11).

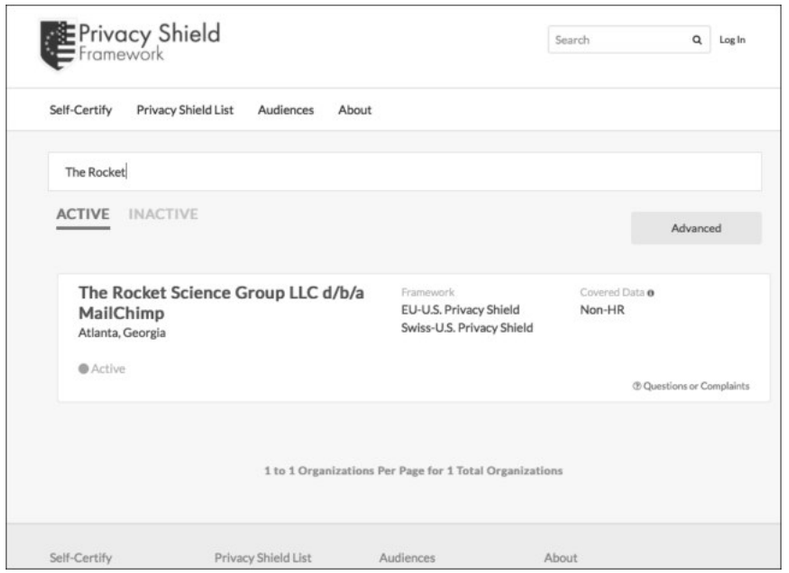


Abbildung 3.11 Auszug aus der Privacy-Shield-Liste

Hinweis

Zertifizierungen haben eine Gültigkeit von einem Jahr und müssen jährlich erneuert werden. Ob ein US-Unternehmen eine entsprechende Zertifizierung besitzt, ist aus einer öffentlichen Liste im Internet (*https://www.privacyshield.gov/list*) ersichtlich.

Vertragliche Vereinbarung

Weiterhin müssen Sie mit dem Newsletter-Dienstleister – zum Beispiel MailChimp – einen Auftragsverarbeitungsvertrag abschließen (siehe Abschnitt 2.6), wodurch dieser sich Ihnen gegenüber dazu verpflichtet, die Daten der Nutzer zu schützen und sich an die vereinbarten Datenverarbeitungsregeln zu halten. Dies betrifft insbesondere die Regel, die Daten der Nutzer zu keinem anderen als dem vertraglich vereinbarten Zweck zu verarbeiten.

Hinweis

Der Anbieter MailChimp bietet selbst eine solche Vereinbarung mit dem Titel »Data Processing Agreement« an, die Sie unter *https://mailchimp.com/legal/forms/data-processing-agreement/* einsehen können (siehe Abbildung 3.12). Dieser Vertrag ist an die Regelungen des EU-Standardvertrages angelehnt. MailChimp verpflichtet sich damit ausdrücklich zum Schutz der Nutzerdaten.

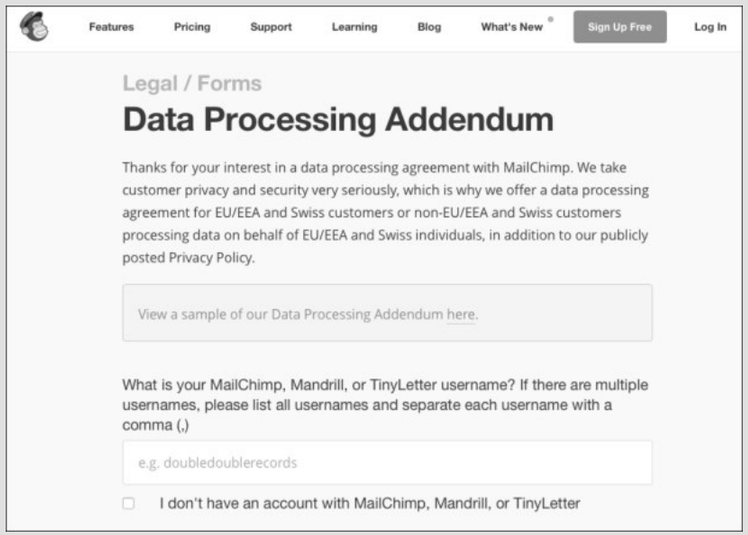


Abbildung 3.12 Das Formular von »MailChimp« zum Abschluss eines Vertrags

Anpassung der Datenschutzerklärung

Wenn Sie einen Newsletter-Dienstleister verwenden, dann müssen Sie die entsprechenden Informationen auch in der Datenschutzerklärung bereithalten (siehe Abbildung 3.13). Dies betrifft insbesondere:

- den Hinweis auf die Verwendung des Newsletter-Dienstleisters (im abgebildeten Beispiel ist das MailChimp)
- den Unternehmensnamen und die Adresse des Newsletter-Anbieters
- die Aufklärung über die Übermittlung personenbezogener Daten an US-amerikanische Server sowie die Speicherung und Verarbeitung durch den Newsletter-Dienstleister zum Zwecke des Newsletterversands
- eine Versicherung, dass der Newsletter-Dienstleister die Daten sonst zu keinem Zweck verwendet – mit Ausnahme von internen Prozessoptimierungszwecken – und die Daten auch nicht an Dritte weitergibt
- den Hinweis auf die Einhaltung des europäischen Datenschutzniveaus auf Grundlage der Privacy-Shield-Zertifizierung
- den Abschluss des Data-Processing-Agreements
- einen Link zu den Datenschutzbestimmungen des Newsletter-Dienstleisters


DR. SCHWENKE HOME KANZLEI LEISTUNGEN BLOG PUBLIKATIONEN PRESSEINFOS SERVICE

entspricht und uns ferner den Nachweis von Einwilligungen erlaubt.

Kündigung/Widerruf – Sie können den Empfang unseres Newsletters jederzeit kündigen, d.h. Ihre Einwilligungen widerrufen. Einen Link zur Kündigung des Newsletters finden Sie am Ende eines jeden Newsletters. Wir können die ausgetragenen E-Mailadressen bis zu drei Jahren auf Grundlage unserer berechtigten Interessen speichern bevor wir sie für Zwecke des Newsletterversandes löschen, um eine ehemals gegebene Einwilligung nachweisen zu können. Die Verarbeitung dieser Daten wird auf den Zweck einer möglichen Abwehr von Ansprüchen beschränkt. Ein individueller Löschungsantrag ist jederzeit möglich, sofern zugleich das ehemalige Bestehen einer Einwilligung bestätigt wird.

Newsletter – Versanddienstleister

Der Versand der Newsletter erfolgt mittels des Versanddienstleisters „MailChimp", einer Newsletterversandplattform des US-Anbieters Rocket Science Group, LLC, 675 Ponce De Leon Ave NE #5000, Atlanta, GA 30308, USA. Die Datenschutzbestimmungen des Versanddienstleisters können Sie hier einsehen: https://mailchimp.com/legal/privacy/. The Rocket Science Group LLC d/b/a MailChimp ist unter dem Privacy-Shield-Abkommen zertifiziert und bietet hierdurch eine Garantie, das europäisches Datenschutzniveau einzuhalten (https://www.privacyshield.gov/participant?id=a2zt0000000TO6hAAG&status=Active). Der Versanddienstleister wird auf Grundlage unserer berechtigten Interessen gem. Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO und eines Auftragsverarbeitungsvertrages gem. Art. 28 Abs. 3 S. 1 DSGVO eingesetzt.

Der Versanddienstleister kann die Daten der Empfänger in pseudonymer Form, d.h. ohne Zuordnung zu einem Nutzer, zur Optimierung oder Verbesserung der eigenen Services nutzen, z.B. zur technischen Optimierung des Versandes und der Darstellung der Newsletter oder für statistische Zwecke verwenden. Der Versanddienstleister nutzt die Daten unserer Newsletterempfänger jedoch nicht, um diese selbst anzuschreiben oder um die Daten an Dritte weiterzugeben.

Newsletter – Erfolgsmessung

Die Newsletter enthalten einen sog. „web-beacon", d.h. eine pixelgroße Datei, die beim Öffnen des Newsletters von unserem Server, bzw. sofern wir einen Versanddienstleister einsetzen, von dessen Server abgerufen wird. Im Rahmen dieses Abrufs werden zunächst technische Informationen, wie Informationen zum Browser und Ihrem System, als auch Ihre IP-Adresse und Zeitpunkt des Abrufs erhoben.

Abbildung 3.13 Rechtsanwalt Dr. Thomas Schwenke klärt in seiner Datenschutzerklärung über den Einsatz von »MailChimp« auf.

3.3 Online-Targeting, Retargeting und Remarketing: Der Einsatz von Cookies

Das *Online-Targeting* hat das Auffinden der richtigen Zielgruppe für den jeweiligen Online-Shop im Blick, um dieser Zielgruppe dann gezielt Werbung zusenden zu können. Das *Remarketing* bzw. *Retargeting* konzentriert sich hingegen auf die Zielgruppe, die den Weg zum Online-Shop zwar gefunden, diesen jedoch ohne Abschluss einer Bestellung wieder verlassen hat. Denn der Abbrecher soll mit passenden Anzeigen reaktiviert und wieder zurück in den Shop gelotst werden (siehe Abbildung 3.14). Alle Verfahren haben also gemeinsam, dass Sie den richtigen Kunden (wieder)finden möchten!

Abbildung 3.14 Ein Anbieter von Remarketing ist »Google AdWords«.

Wer diese Marketing-Instrumente noch nicht verwendet hat, fragt sich an dieser Stelle womöglich, wie das überhaupt geht. Das Zauberwort lautet: Cookies! Rechtlich sind Cookies nicht ganz unproblematisch, und das führt derzeit aufgrund der noch in Abstimmung befindlichen e-Privacy-Verordnung bei ihren Anwendern vielfach zu Verunsicherung. Was Cookies überhaupt sind, wie man sie rechtskonform zu Zwecken des Online-Targetings bzw. Remarketings einsetzen kann und was sich daran mit der e-Privacy-Verordnung ändern könnte, erläutern wir Ihnen in diesem Abschnitt.

3.3.1 Was sind Cookies?

Cookies stehen im Zentrum der rechtlichen Auseinandersetzung um die Zulässigkeit von Remarketing- bzw. Online-Targeting-Maßnahmen. Cookies sind kleine Datenpakete, die auf dem Rechner eines Nutzers installiert werden, wenn dieser eine bestimmte Website besucht. Beim nächsten Besuch derselben Seite übermittelt die Datei dem Anbieter der Website ungefragt die Daten, die mit dem Cookie gespeichert wurden. Dies können Anmeldedaten einer verschlüsselten Seite sein oder aber auch Informationen über das bisherige Nutzerverhalten.

Diese Datenpakete können entweder personenbezogen (also unter Angabe individueller Daten des Nutzers) sein oder aber anonym, wobei ein Nutzerprofil ohne identifizierende Angaben gebildet wird. Da Cookies regelmäßig Online-Kennungen enthalten, benötigen diejenigen, die Cookies einsetzen möchten, auch nach dem Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung entweder eine Einwilligung des Betroffenen oder eine andere gesetzliche Ausnahmevorschrift, die ihnen den Einsatz von Cookies auch ohne Betroffenen-Einwilligung erlaubt. Schließlich soll mit Cookies ja gerade eine Wiedererkennbarkeit hergestellt werden; und auf diese Weise werden personenbezogene Daten verarbeitet. Dass es sich dabei um Pseudonyme handelt, spielt im Rahmen der Datenschutz-Grundverordnung zunächst keine Rolle. Der Anwender kann die Cookies zwar grundsätzlich einsehen und löschen, wenn er dies jedoch nicht tut, hat er keinen Einfluss auf den Inhalt der Cookie-Daten oder den späteren Empfänger.

Die Gefahr von nicht gelöschten Cookies besteht eben in dieser ungefragten Übermittlung von privaten Daten, durch die Anbieter ihre Nutzer quasi »ausspähen« können. Interessant ist dies natürlich insbesondere für Unternehmen im Hinblick auf Marketingstrategien, da so Daten zum Beispiel über das Kaufverhalten eines Nutzers gesammelt werden können, um anschließend Werbung individualisierter zu gestalten. Jedoch können auch Drittanbieter individuelle Analysen der Nutzerdaten vornehmen, wodurch der Nutzer immer gläserner wird.

Praxisbeispiel

Besonders häufige Cookies sind:

- Warenkorb-Cookies
- Retargeting-Cookies
- Cookies, die der Sicherheit des Einloggens dienen
- Session-Cookies, die zum Beispiel die einzelnen Schritte während eines Bestellvorgangs speichern

- Flash-Cookies für das Abspielen von Video- oder Audiodateien
- Cookies, die die Eigenschaften des Nutzers speichern, wie zum Beispiel die Sprache oder Währung

Datenschutzrechtliche Relevanz erlangen die Cookies durch die Übermittlung personenbezogener Daten. Diese Daten können zwar direkt im Cookie gespeichert werden, müssen aber vom Nutzer zunächst selbst eingegeben werden. Personenbezogene Daten werden häufig der Dateneingabe bei Online-Bestellungen entnommen.

3.3.2 Der Einsatz von Cookies nach der Datenschutz-Grundverordnung

Hinweis: Alte Rechtslage

Der europäische Gesetzgeber sah in der unter dem Namen »Cookie-Richtlinie« bekannt gewordenen Richtlinie 2009/136/EG seit dem Jahr 2011 eine einheitliche Regelung vor, die noch im gleichen Jahr in nationales Recht umgesetzt werden sollte. Danach muss der Nutzer bei den meisten Cookies vorher seine Einwilligung geben. Dies gilt nicht nur für solche Cookies, die personenbezogene Daten sammeln, sondern auch für anonymisierte Daten.

Während viele EU-Staaten die Cookie-Richtlinie bereits in ihr nationales Gesetz übernommen haben, ist dies in Deutschland trotz Kritik vonseiten der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder nie geschehen. Nun ist eine Umsetzung auch nicht mehr erforderlich: Seit Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung entscheidet das europäische Gesetz über die Rechtmäßigkeit des Einsatzes von Cookies.

Cookies fallen grundsätzlich unter den weiten Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung. Denn Art. 4 Nr. 1 DSGVO greift ausdrücklich die »Kennnummer« und die »Online-Kennung« als personenbeziehbare Daten auf. Somit sind davon auch Cookies umfasst, die eine Identifizierung des Gerätes des Nutzers ermöglichen. Dies kann bereits ausreichen, um eine Zuordnung zu ermöglichen.

Dazu führte die *Artikel-29-Datenschutzgruppe* aus: »Die Person kann also ohne Kenntnis ihres Namens und ihrer Adresse anhand sozioökonomischer, psychologischer, philosophischer oder sonstiger Kriterien kategorisiert und mit bestimmten Entscheidungen in Zusammenhang gebracht werden, da der Kontaktpunkt der Person (Computer) die Offenlegung ihrer Identität im engeren Sinn nicht mehr zwingend erfordert. Mit anderen Worten setzt die Identifizierbarkeit einer Person nicht mehr die Kenntnis ihres

Namens voraus.« (Artikel 29 Datenschutzgruppe – Stellungnahme 4/2007 zum Begriff »personenbezogene Daten«, 01248/07/DE, WP 136, S. 16)

Zum rechtskonformen Einsatz von Cookies enthält die Datenschutz-Grundverordnung keinerlei spezielle Regelung. Als Rechtmäßigkeitsgrundlage für die Nutzung von Cookies kommen daher das berechtigte Interesse gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO und die (freiwillige) Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO in Betracht.

Der Einsatz von Cookies als berechtigtes Interesse

Im Rahmen des berechtigten Interesses ist eine Interessenabwägung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO durchzuführen. Ob Ihre berechtigten Interessen gegenüber denen der Betroffenen überwiegen, hängt maßgeblich von der Art des Cookies ab. Zu unterscheiden ist dabei zwischen *nutzerfreundlichen Cookies* und *webanalysierenden Cookies*, die zu Zwecken des Remarketings bzw. Retargetings eingesetzt werden.

Nutzerfreundliche Cookies dienen primär dem Zweck, die Website beispielsweise mit einem Warenkorb-Cookie anwendungsfreundlich zu gestalten, weshalb in diesem Fall die Interessen des Website-Betreibers die Schutzinteressen der Website-Besucher regelmäßig überwiegen werden. Anders kann dies hingegen bei einem Cookie zur Website-Analyse aussehen. Hierbei hängt die Interessenabwägung von der konkreten Ausgestaltung des Cookies ab und davon, ob der Betroffene diese Art der Datenverarbeitung erwarten konnte.

Achtung!

Eine Interessenabwägung wird bei aggressiven Cookies wie dem *Evercookie* nicht zugunsten des Website-Betreibers ausfallen. Denn ein Evercookie nutzt alle Speichermöglichkeiten und wird daher nicht bloß einfach, sondern mehrfach und in verschiedenen Formen abgespeichert. Löscht der Nutzer eine Form des Evercookies, erstellen die übrigen eine neue Kopie. Nur wenn alle Formen des spezifischen Evercookies gleichzeitig gelöscht werden, wird eine Reproduktion unterbunden. Damit muss der Besucher einer Website oder eines Online-Shops jedenfalls sicher nicht rechnen!

Auch bedarf es weiterhin keiner Einwilligung, wenn der Cookie technisch erforderlich ist, um den jeweiligen Dienst zu erbringen, und der Nutzer den Dienst ausdrücklich gewünscht hat (Session-Cookie, zum Beispiel bei einem Warenkorb) oder wenn der Betreiber der Website den Cookie nur benötigt, um eine Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz zu übertragen.

Achtung!

Voraussetzung für eine Ausnahme aufgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen ist jedoch, dass Sie die Interessenabwägung zu Ihren Gunsten entscheiden können. Im Hinblick auf diese Rechtmäßigkeitsgrundlagen sind insbesondere die Informationspflichten der Datenschutz-Grundverordnung zu beachten.

Der Einsatz von Cookies auf Basis einer Einwilligung

Der europäische Gesetzgeber macht keine Angaben dazu, wie in den Fällen, in denen keine gesetzliche Ausnahmevorschrift vorliegt und daher eine Einwilligung nötig ist, die Einholung der Einwilligung genau aussehen soll.

Die Annahme, dass ein Nutzer schon dadurch konkludent in die Verwendung von Cookies einwilligt, dass er in den Browser-Einstellungen Cookies zulässt, wird in Deutschland als nicht ausreichend erachtet, da die Browser zumeist so voreingestellt sind, dass Cookies standardmäßig zugelassen werden.

Auch die zusätzliche Einbindung eines Cookie-Banners lässt keine andere Beurteilung zu. Das Banner enthält lediglich eine Hinweisfunktion durch eine Schaltfläche mit der Beschriftung »OK« (siehe Abbildung 3.15), entfaltet zumeist jedoch keine technische Wirkung. Das heißt, die Schaltfläche hat in der Regel keinen Einfluss auf das tatsächliche Setzen von Cookies.

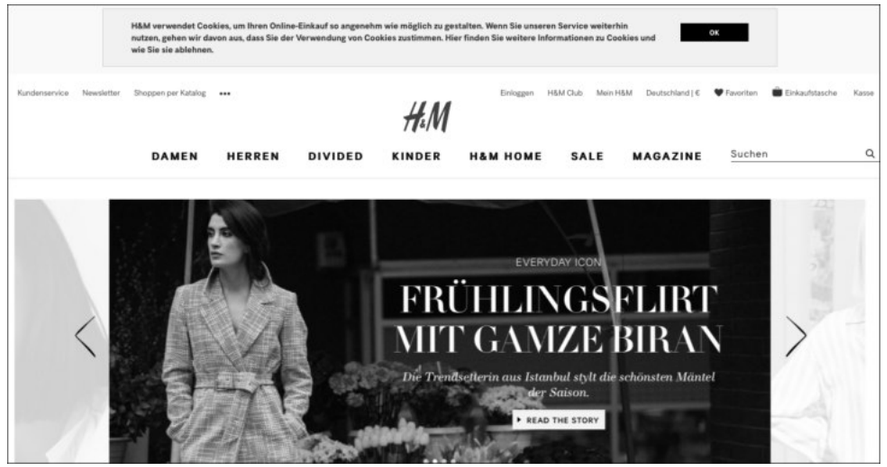


Abbildung 3.15 Wer mit der Verwendung von Cookies auf dieser Website einverstanden ist, klickt auf »OK«.

Ein Opt-Out-Verfahren (siehe Abbildung 3.16) ist daneben nur dann ausreichend, wenn Sie pseudonyme Nutzerprofile zu Werbezwecken, aus Gründen der Marktforschung oder der bedarfsgerechten Gestaltung der Seite gespeichert haben und zu Nutzungsprofilen zusammenführen. Es stellt sich jedoch die Frage, inwieweit eine Pseudonymisierung oder Anonymisierung der Daten sinnvoll ist, wenn das Ziel des Retargetings doch gerade die Identifizierung des Nutzers ist.

Abbildung 3.16 Hier sehen Sie ein Beispiel für ein Opt-Out-Verfahren auf der Website des Unternehmens »activeMind«.

Ebenfalls nicht den Anforderungen der Datenschutz-Grundverordnung gerecht werden Website-Betreiber, die davon ausgehen, dass ein Hinweis auf die Cookies ausreicht und der weitere Besuch der Website als konkludente Einwilligung zu verstehen ist (siehe Abbildung 3.17).

Das rechtssicherste Vorgehen ist die Einholung einer vollinformierten freiwilligen Einwilligung. Dabei muss der Betroffene beim erstmaligen Aufrufen einer Seite auf die Nutzung von Cookies hingewiesen werden. Zudem muss ein Hinweis auf die Datenschutzerklärung erfolgen, in der die Nutzung von Cookies und der damit verbundene Sinn und Zweck der Datenspeicherung und Datennutzung ausführlich beschrieben

wird. Im Sinne der Transparenz können auch noch weitere Informationen zu den genutzten Cookies erfolgen. Schließlich darf der Hinweis auf das Widerspruchsrecht nicht vergessen werden.

Abbildung 3.17 Wer auf der Website der Bekleidungsmarke »Esprit« weitersurft, akzeptiert die Verwendung von Cookies.

Die Einholung einer Einwilligung dürfte jedoch auch das (technisch) aufwendigste Vorgehen darstellen, da sichergestellt sein muss, dass die betroffene Person vor dem Setzen eines Cookies einwilligt und dass dies protokolliert wird. Dies dürfte in der Regel nur durch eine vorgeschaltete Website möglich sein. Weiterhin muss eine Möglichkeit geschaffen werden, die es der betroffenen Person erlaubt, die erteilte Einwilligung jederzeit zu widerrufen.

Für die Übergangszeit bis zum Inkrafttreten der e-Privacy-Verordnung dürfte daher als Rechtmäßigkeitsgrundlage das berechtigte Interesse gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO am praktikabelsten sein.

3.3.3 Der Einfluss der e-Privacy-Verordnung auf das Setzen von Cookies

Wir haben bereits dargestellt, dass mit der Datenschutz-Grundverordnung durchaus Konstellationen denkbar sind, in denen das Setzen von Cookies zum Zwecke des Remarketings oder Online-Targetings auch ohne Einwilligung des Betroffenen zulässig sein könnte, wenn Sie ein berechtigtes Interesse belegen können und Rechte des Betroffe-

nen dem nicht entgegenstehen. Doch auch diese Rechtslage könnte sich schon bald wieder ändern: Der Grund dafür ist die bereits mehrfach angesprochene europäische e-Privacy-Verordnung!

Hinweis

Ursprünglich sollte die e-Privacy-Verordnung im Mai 2018 in Kraft treten – rechtzeitig zum Ablauf der Umsetzungsfrist der Datenschutz-Grundverordnung. Doch dieser Termin konnte nicht eingehalten werden und wird sich angesichts der noch ausstehenden sogenannten *Trilog-Verhandlungen* zwischen EU-Kommission, EU-Parlament und dem Rat der europäischen Union wahrscheinlich auf das Jahr 2019 verschieben. Erst im Rahmen dieser Verhandlungen wird die endgültige Fassung gefunden werden. Danach haben die Mitgliedstaaten auch die Möglichkeit, die einzelnen Regelungen der finalen Version der e-Privacy-Verordnung weiter zu präzisieren oder klarzustellen, um eine effektive Anwendung und Auslegung der Regelungen der Verordnung in ihrer eigenen Rechtsordnung zu gewährleisten.

Denn das Setzen von Cookies zu Werbezwecken, wozu Online-Targeting bzw. Remarketing eindeutig gehört, fällt in den Regelungsbereich der europäischen Verordnung, deren äußerst nutzerfreundlicher Entwurf im Oktober 2017 vom EU-Parlament verabschiedet wurde. Sollten die derzeit geplanten Regelungen tatsächlich in der Gestalt auch in Kraft treten, dann steht das Setzen von Cookies künftig generell unter einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Das bedeutet, dass Sie als Betreiber von Websites Cookies in Zukunft nur noch dann rechtskonform einsetzen können, wenn das Gesetz dies erlaubt oder der Nutzer darin ausdrücklich eingewilligt hat.

Hinweis

Die e-Privacy-Verordnung hat im Hinblick auf eine Einwilligungspflicht nur die Cookies im Blick, die zu Werbezwecken gesetzt werden. Von diesen möglichen Neuerungen nicht betroffen sind daher die in Unternehmen besonders relevanten *Session-Cookies*, mit denen beispielsweise die Online-Shop-Bestellungen des Kunden in einem Warenkorb zusammengestellt werden. Denn Cookies, die für den ausdrücklich gewünschten Dienst eindeutig erforderlich sind, sollen dem Entwurf entsprechend einwilligungsfrei sein.

Damit überlässt der Gesetzgeber diese Entscheidung dem Nutzer und macht seine Einwilligung zum Dreh- und Angelpunkt der Rechtskonformität von Remarketing- bzw. Retargeting-Maßnahmen. Praktisch hat dies zur Folge, dass Sie dann bereits beim ersten Aufrufen der Seite eine Einwilligung des Betroffenen per Opt-In-Verfahren einholen und ihn über seine jederzeitige Widerspruchsmöglichkeit informieren müssen – das bisher teilweise gängige Opt-Out-Verfahren ist dann nicht mehr zulässig. Bevor diese Einwilligung nicht erteilt wird, dürfen keine Cookies gesetzt und keine personenbezogenen Daten verarbeitet werden.

Einwilligen bedeutet dabei jedoch, eine ernsthafte Alternative haben zu müssen. Das klingt banal, hat aber einen ernsthaften Hintergrund. Denn der bisher in Cookie-Bannern verwendete Hinweis, wonach die Seite nur funktioniert, wenn der Nutzung von Cookies zugestimmt wird, gehört demnach dann der Vergangenheit an. Der Betroffene muss darüber aufgeklärt werden, dass er die Möglichkeit hat, die Browsereinstellungen derart zu verändern, dass keine Cookies mehr gespeichert werden.

Achtung!

Beachten Sie dabei, dass dazu vor der Erklärung der Zustimmung zur Cookie-Nutzung die Website frei von Cookies sein muss, um den Anforderungen der Datenschutz-Grundverordnung zu genügen – *Privacy by Default* heißt das Stichwort, über das wir bereits berichtet haben (siehe Abschnitt 2.4). Hier müssen Sie gegebenenfalls nachbessern!

Da Betreiber von Websites fürchten, dass Nutzer künftig keine Einwilligung mehr erteilen werden, wenn sie die Seite auch so vollständig nutzen können, fällt die Kritik an dem Verordnungsentwurf gerade von Branchen- und Wirtschaftsverbänden aus Deutschland sehr scharf aus.

Praxistipp

Bis die e-Privacy-Verordnung in Kraft tritt, sollten Sie als Anwender von Remarketing- und Online-Targeting-Technologien unbedingt die Entwicklungen mitverfolgen und auch die Reaktionen der Aufsichtsbehörden auf diese Änderung im Blick behalten, um entsprechend reagieren zu können.

Wir helfen Ihnen dabei, indem wir stets aktuelle Informationen für Sie auf der Kanzlei-Website zusammenstellen und über den Link *http://wbs.is/eprivacy* abrufbar halten.

Die Übergangszeit sollten Sie dazu nutzen, die erforderlichen neuen Prozesse rechtzeitig zu etablieren. Sobald dann auch die Übergangsfrist abgelaufen ist, muss Ihre Website in Einklang mit der e-Privacy-Verordnung stehen, wenn Sie rechtliche Konsequenzen vermeiden möchten. Denn auch bei Verstößen gegen die e-Privacy-Verordnung findet der erhöhte Bußgeldrahmen der Datenschutz-Grundverordnung Anwendung!

Auf einen Blick

Inhalt