

Die Einwilligungserklärung im E-Mail-Marketing nach der DSGVO

Noch ist sie nicht da, aber es wird schon viel über sie geschrieben und gesprochen: Ab dem 25. Mai 2018 gilt europaweit die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO). Und mit ihr kommen viele Fragen. Eine Frage, die im Rahmen des E-Mail-Marketings eine sehr relevante Rolle spielt, ist, wie eine Einwilligungserklärung formuliert sein sollte, damit sie DSGVO-konform ist.

Was versteht die DSGVO unter einer Einwilligung?

Eine Einwilligung ist nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO „jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“.

Was bedeutet das nun genau?

Im Folgenden werden die einzelnen Punkte genauer erläutert:

1. **Unmissverständlich:** Die Einwilligung muss von dem Dateninhaber ausdrücklich, das heißt bewusst und aktiv erklärt werden. Dies kann schriftlich durch eine Unterschrift des Einwilligenden oder elektronisch durch das Anklicken einer Checkbox erfolgen. Eine vorangeklickte Checkbox erfüllt dieses Erfordernis somit nicht.
2. **Freiwilligkeit:** Die Einwilligung setzt eine freiwillige Entscheidung voraus, das bedeutet ohne jeden Druck oder Zwang. Nach der DSGVO kann eine Willensbekundung nur freiwillig sein, wenn die betroffene Person „eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden“.

3. **Koppelungsverbot:** Eng mit der Freiwilligkeit verbunden ist das sogenannte Kopplungsverbot. Die Einwilligung in die Verwendung von personenbezogenen Daten, vorliegend die werbliche Verwendung einer E-Mail-Adresse, darf nicht mit anderen Erklärungen verbunden werden. Der Einwilligende muss eine Wahlfreiheit haben, ob er beispielsweise neben der Abgabe einer auf den Abschluss eines Kaufvertrags gerichteten Willenserklärung auch eine Einwilligung zur Verarbeitung seiner Daten zu Werbezwecken erteilen möchte.
4. **Informiert:** Nutzer müssen immer verständlich VOR Abgabe ihrer Einwilligung darüber informiert werden, für welchen Zweck ihre Daten verarbeitet werden, also auf welche Art und in welchem Umfang, ob deren Daten an Dritte weitergegeben und wann sie gelöscht werden. Die Informationen müssen so konkret wie möglich dargestellt werden. Es würde mithin nicht ausreichen, den Einwilligungstext dergestalt zu formulieren: „Melden Sie sich für unseren Newsletter an, um Informationen über unsere Services zu erhalten.“
Der Einwilligende weiß nicht, was ihn nun erwartet und über welche Services er informiert wird.
5. **Einwilligungsfähigkeit:** Das Mindestalter für die Einwilligungsfähigkeit ist nach der aktuellen Rechtslage nicht eindeutig definiert. Dies wird sich mit der DSGVO ändern. Die DSGVO legt die Einwilligungsfähigkeit auf 16 Jahre fest. Die EU-Mitgliedsstaaten haben allerdings die Möglichkeit eine abweichende Regelung zu treffen und eine niedrigere Altersgrenze (mindestens 13 Jahre) festzulegen. Gemäß Art. 8 DSGVO gilt die vorbenannte Altersgrenze bei Angeboten von Diensten der Informationsgesellschaft, die einem Kind direkt gemacht werden. Ob das nun bedeutet, dass die Angebote gerade oder ausschließlich dem kindlichen Interesse dienen müssen¹ oder ob der Schutzzweck auch solche Angebote umfasst, die für Kinder/Jugendliche und Erwachsene gleichermaßen interessant sind², wird zu diesem Zeitpunkt noch von den Experten unterschiedlich ausgelegt. Mit Spannung zu erwarten ist, wie die Praxis und die Rechtsprechung sich hierzu entwickeln und welche Position mehrheitlich vertreten wird. Die CSA wird Sie auf dem Laufenden halten.
6. **Nachweispflicht:** Erfolgt eine Datenverarbeitung auf der Grundlage einer Einwilligung, so ist der Verantwortliche entsprechend der in der DSGVO

¹ DS-GVO Kommentar, Gola, 2017, Art. 8 Rdnr. 15

² BayLDA, EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) XV

enthaltenen Rechenschaftspflicht nachweispflichtig, dass die betroffene Person ihre Einwilligung zu dem Verarbeitungsvorgang gegeben hat.

Aufgrund der beim Verarbeiter liegenden Beweislast hinsichtlich der gegebenen Einwilligung ist bei einer elektronischen Einwilligung eine Protokollierung erforderlich. In dieser Protokollierung sollte neben dem Einwilligungstext und dem eindeutigen Identifizierungsmerkmal des Betroffenen (inkl. Art der verifizierten Authentifizierung, z.B. Double-Opt-In mit E-Mail-Adresse des Betroffenen) auch der Einwilligungszeitpunkt enthalten sein. Achtung: Die Double-Opt-In E-Mail muss werbefrei sein!

Fazit: Einwilligung ist also nicht gleich Einwilligung. In Deutschland werden sich die Anforderungen an eine rechtmäßige Einwilligung nicht wesentlich ändern. Dennoch ist spätestens ab Mai 2018 mehr Vorsicht denn je geboten, denn die DSGVO sieht bei Verstößen bis zu 20 Millionen Euro Bußgeld vor. eco hat in der „eco Richtlinie für zulässiges E-Mail-Marketing“ die wichtigsten Anforderungen an ein rechtswirksames E-Mail-Marketing zusammengefasst. Mehr zu der Richtlinie unter <https://certified-senders.eu/wp-content/uploads/2016/09/Marketing-Richtlinie.pdf>.

Autoren: Legal Team Certified Senders Alliance