

# DATENSCHUTZ- BERATER

» Ihr zuverlässiger Partner für Datenschutz und Datensicherheit

**Chefredakteur: Dr. Carlo Piltz**

**Schriftleitung: Prof. Dr. Alexander Golland, Tilman Herbrich, Philipp Quiel, Laurenz Strassemeyer**

## Editorial

---

Alexander Golland

**Auf ein Word...**

Seite 85

## Stichwort des Monats

---

Dr. Olaf Koglin

**EuGH zu IAB Europe: Gemeinsame Verantwortung, Zukunft der Onlinewerbung, Grundsatzurteil zum Personenbezug?**

Seite 86

## Datenschutz im Fokus

---

Markus Schröder

**Hat die Einwilligung nach Art. 49 Abs. 1 Satz 1 lit. a DSGVO ausgedient?**

Seite 92

Markus Zechel und Viktoria Fot

**Die Notwendigkeit mehrerer Einwilligungen beim Newsletter-Tracking**

Seite 95

## Rechtsprechung

---

Dr. Dominik Sorber

**ChatGPT für alle Mitarbeiter – und das ohne Betriebsrat?**

**Ja – sagt das Arbeitsgericht Hamburg**

Seite 99

Sebastian Laoutoumai

**Europol schuldet 2.000 Euro immateriellen Schaden für die Weitergabe von Dokumenten mit intimer Kommunikation**

Seite 101

Timon Mertens

**OLG Stuttgart: Direktwerbung und Adresshandel können berechtigte Interessen darstellen**

Seite 104

▪ Nachrichten Seite 90 ▪ Service Seite 108

Markus Zechel und Viktoria Fot

# Die Notwendigkeit mehrerer Einwilligungen beim Newsletter-Tracking

Im beruflichen Alltag ergeben sich viele Fragen zum Umgang mit Newslettern, auch im Datenschutzkontext. Besonders intensiv und herausfordernd ist die Beschäftigung mit der Frage nach der Notwendigkeit von Einwilligungen, die bei den betroffenen Nutzern einzuholen sind. Der folgende Aufsatz zeigt einen Lösungsvorschlag auf und das Thema des Trackings wird dabei ausdrücklich beachtet.

## Die Einwilligung für Werbung

### Definition von Werbung

Beginnen wir die Reise, mit einem Blick in die Grundlagen: Vorab ist es hilfreich, sich die Definition von Werbung ins Gedächtnis zu rufen. Nach Art. 2 Nr. 1 der Europäischen Richtlinie 84/450/EG bzw. Art. 2 lit a) der kodifizierten RL 2006/114/EG „über irreführende und vergleichende Werbung“, ist Werbung „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern“.

Diese Definition ist unter anderem vom EuGH im Verfahren C-112/99 vom 25. Oktober 2001 und vom BGH im Urteil vom 24. Januar 2019, I ZR 200/17, bestätigt worden. Der BGH hat im Übrigen den Begriff der Werbung sehr weit gefasst und in der Entscheidung VI ZR 134/15 vom 25. Dezember 2015 definiert, dass außer der unmittelbar produktbezogenen Werbung auch die mittelbare Absatzförderung – beispielsweise in Form der Imagewerbung oder des Sponsorings – von dem Begriff erfasst ist.

### Rechtliche Grundlagen für die Einwilligung

Bei der Frage, ob eine Einwilligung in den Empfang von Newslettern erforderlich ist, könnte auf den ErwGr. 47 Satz 7 zur DSGVO abgestellt werden. Danach ist für Direktwerbung keine Einwilligung erforderlich. Vielmehr kann man auf die Rechtsgrundlage des berechtigten Interesses nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO abstellen. Allerdings werden bei dieser Rechtsgrundlage im Rahmen einer Güterrechtsabwägung sowohl die berechtigten Interessen des Verantwortlichen und eines Dritten als auch die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person beachtet.

An dieser Stelle kommt das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb ins Spiel.

### Newsletter als Werbemaßnahmen bzw. als Werbung

Das UWG hat 2004 eine Anpassung auf Grundlage der Richtlinie 2002/58/EG erfahren. Die Richtlinie fordert in

Art. 13 Abs. 1, dass die Verwendung von elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer gestattet werden kann. Die Begründung dafür, liefert die Richtlinie in ErwGr. 40. Es sollen Maßnahmen getroffen werden, um Teilnehmer gegen die Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten, z. B. per E-Mail für Zwecke der Direktwerbung, zu schützen. Diese Formen von unerbetenen Werbenachrichten können nach Aussage des europäischen Gesetzgebers zum einen leicht und preiswert versendet werden und zum anderen eine Belastung und/oder einen Kostenaufwand für den Empfänger bedeuten. Ebenso kann ihr Umfang auch Schwierigkeiten für die elektronischen Kommunikationsnetze und die Endgeräte verursachen. Diese Anforderung hat der deutsche Gesetzgeber im UWG in § 7 umgesetzt und spricht in diesem Zusammenhang von unzumutbaren Belästigungen.

In § 7 UWG sind die konkreten Fälle von unzumutbaren Belästigungen aufgelistet, welche in Folge von Werbung erfolgen. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist stets von einer unzulässigen Belästigung auszugehen, bei Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgeräts oder elektronischer Post, ohne vorheriger ausdrücklicher Einwilligung. Auffallend ist, dass stets eine ausdrückliche vorherige Einwilligung erforderlich ist. Der Versand eines Newsletters ist unter § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu subsumieren, welcher unter Verwendung der elektronischen Post, ohne eine ausdrückliche Einwilligung, eine unzumutbare Belästigung darstellt. Unter der hilfsweisen Annahme, dass die Nutzung von E-Mails zu Werbezwecken unter den Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zu subsumieren sei, wird nach hier vertretener Auffassung deutlich, dass im Rahmen einer notwendigen Interessenabwägung das Pendel zu Gunsten der betroffenen Person ausschlagen wird. Eine durch den Gesetzgeber angenommene unzumutbare Belästigung ist mehr als ein starkes Indiz für die überwiegenden Interessen oder Grundrechte und -freiheiten der betroffenen Person. Es wird somit nach hier vertretener Auffassung sowohl aus der DSGVO als auch aus der UWG auf die Notwendigkeit einer Einwilligung abgestellt.

Hierbei ist zu beachten, dass jedwede Belästigung unzu-

lässig ist und nur in Ausnahmefällen zulässig sein kann. Der § 7 Abs. 3 UWG enthält die Ausnahme, bei deren Anwendbarkeit die Werbung unter Verwendung der elektronischen Post keine unzumutbare Belästigung ist. Wenn ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat (Nr. 1), der Unternehmer die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet (Nr. 2), der Kunde der Verwendung nicht widersprochen (Nr. 3) und der Kunde bei Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann [...] (Nr. 4) ist die unzumutbare Belästigung nicht anzunehmen. Diese Ausnahme kann unter anderem bei dem Newsletter-Versand an Bestandskunden greifen. Allerdings ist deutlich darauf hinzuweisen, dass alle Bedingungen des § 7 Abs. 3 UWG erfüllt sein müssen. Die Anforderungen sind kumulativ zu verstehen.

### Newsletter-Tracking in a nutshell

Nachdem wir dargelegt haben, dass eine Einwilligung für den Versand von Newslettern eingeholt werden muss, möchten wir uns mit einem weiteren Aspekt im Rahmen von Newslettern beschäftigen. Der Kampagnen-, Erfolgsmessung oder kurz dem Tracking. Dazu fassen wir das Thema des „Newsletter-Tracking“ kurz und bündig („in a nutshell“) zusammen.

Newsletter werden bereits seit vielen Jahren von Unternehmen zu Werbe- und Marketingzwecken eingesetzt – sowohl um neue Kunden anzuwerben als auch bestehende Kunden auf den neusten Stand hinsichtlich der angebotenen Produkte und Dienstleistungen zu halten. Um die Wirksamkeit dieser Maßnahmen auszuwerten, enthalten Newsletter oftmals sog. „web beacons“ (auch Web-Bugs oder Tracking-Pixel genannt). Diese 1x1 großen Pixel (oder Clear-Gifs) werden auf dem Newsletter platziert, z. B. um eine individuelle Auswertung des Klickverhaltens des Adressaten vornehmen zu können. Durch das Anklicken der URL im Newsletter, wird man auf die gewünschte Webseite weitergeleitet. Der Bug erfasst dies und ermöglicht dadurch, Unternehmen eine Analyse im Hinblick auf die Gesamtzahl der Klicks oder die Häufigkeit durchzuführen. Welche Informationen genau der Bug erhält, hängt von der Art des Pixels, seiner Implementierung und den zugrunde liegenden Datenquellen ab. Unter anderem können folgende Informationen gesammelt werden: Geräteinformationen, Verhaltensdaten, E-Mail-Öffnungen, Cookies und Tracking-Codes, Conversion-Tracking, Klickverfolgung und Referrer-Informationen.

Wird der Tracking-Bug mit dem Newsletter verknüpft, erhält dieser die IP-Adresse des Nutzers und kann diese auch auswerten.

### Rechtsgrundlage bei Tracking-Bugs

Die bereits erwähnte Richtlinie 2002/58/EG formuliert in ErwGr. 24, dass Endgeräte und die auf diesen Endgeräten gespeicherten Informationen Teil der Privatsphäre der Nutzer sind. Art. 5 Abs. 3 RL 2002/58/EG fordert, dass ein Zugriff auf diese Informationen nur erfolgen darf, wenn Nutzer klare und umfassende Informationen insbesondere über die Zwecke der Verarbeitung erhält und durch den Verantwortlichen auf das Recht hingewiesen wurde, diese Verarbeitung zu verweigern. Der EuGH hat in seiner Entscheidung C-673/17 vom 1. Oktober 2019 deutlich gemacht, dass gemäß dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 RL 2002/58 eine Einwilligung zu erteilen ist und diese Einwilligung der betroffenen Person „ohne jeden Zweifel“ erteilt werden muss. Diesem Erfordernis kann nur ein aktives Verhalten genügen, mit dem die betroffene Person ihre Einwilligung bekundet. Der Gerichtshof schließt, mit Hinweis auf ErwGr. 32 zur DSGVO, ausdrücklich aus, dass durch „Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit“ eine Einwilligung erteilt werden kann.

Web-Bugs sind aus datenschutzrechtlicher Sicht mit Tracking-Cookies zu vergleichen, bei denen es für den Einsatz ebenfalls einer Rechtsgrundlage bedarf.

Der deutsche Gesetzgeber hat die Anforderungen aus Art. 5 Abs. 3 RL 2002/58 im § 25 TTDSG umgesetzt. Wenn bei einem Newsletter-Tracking auf Informationen zugegriffen wird, die bereits in der Endeinrichtung des Endnutzers gespeichert sind, greifen die Voraussetzungen des § 25 TTDSG. Sinn und Zweck des § 25 TTDSG ist es, den Endnutzer davor zu schützen, dass Dritte unbefugt Informationen auf dessen Endeinrichtung speichern oder auslesen und dadurch dessen Privatsphäre verletzen. Demnach ist nach § 25 Abs. 1 TTDSG im Grundsatz eine Einwilligung von dem Betroffenen einzuholen.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um personenbezogene Daten handelt oder nicht. Dazu hatte der EuGH auf die Frage des BGH, ob es bei der Anwendung des Art. 5 Abs. 3 RL 2002/58 einen Unterschied macht, ob es sich bei den gespeicherten oder abgerufenen Informationen um personenbezogene Daten handelt, eine Entscheidung getroffen. Der Gerichtshof hatte ausgeführt, dass Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58 Art. 4 Nr. 11 und Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO nicht unterschiedlich auszulegen sind. Es macht keinen Unterschied, ob es sich bei den im Endgerät des Nutzers einer Website gespeicherten oder abgerufenen Informationen um personenbezogene Daten im Sinne der Richtlinie 95/46 oder der DSGVO handelt oder nicht.

Allerdings hatte der EuGH im Urteil vom 19. Oktober 2016 (C-582/14) den Begriff in Bezug auf die IP-Adresse dahingehend ausgelegt, „dass eine dynamische IP-Adresse, die von einem Anbieter von Online-Mediendiensten beim Zu-

griff einer Person auf eine Website, die dieser Anbieter allgemein zugänglich macht, gespeichert wird, für den Anbieter ein personenbezogenes Datum im Sinne der genannten Bestimmung darstellt.“ Dazu ist es laut dem Gerichtshof ausreichend, wenn der Anbieter „über rechtliche Mittel verfügt, die es ihm erlauben, die betreffende Person anhand der Zusatzinformationen, über die der Internetzugangsanbieter dieser Person verfügt, bestimmen zu lassen“.

Sollte also z. B. die IP-Adresse bei dem Newsletter-Tracking erfasst werden, dann gelten die Anforderungen aus Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten. Die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung wird sich dann nach hier vertretener Auffassung nur über eine Einwilligung nach Art. 7 i. V. m. ErwGr. 32 zur DSGVO ergeben.

### Ausnahmen von der Einwilligung bei News- lettern

Nach § 25 Abs. 2 TTDSG gibt es zwei Ausnahmen, wann eine Einwilligung in die Speicherung von Informationen und der Zugriff auf Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers nicht notwendig ist:

1. „Wenn der alleinige Zweck der Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder der alleinige Zweck des Zugriffs auf bereits in der Endeinrichtung des Endnutzers gespeicherte Informationen die Durchführung der Übertragung einer Nachricht über ein öffentliches Telekommunikationsnetz ist oder
2. wenn die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder der Zugriff auf bereits in der Endeinrichtung des Endnutzers gespeicherte Informationen unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Telemediendienstes einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen kann.“

Besonders § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG ist im Hinblick auf das Kernthema dieses Aufsatzes interessant. Demnach müsste die Speicherung und der Zugriff auf die Informationen vom Nutzer ausdrücklich gewünscht und unbedingt erforderlich sein, um den Telemediendienst zur Verfügung zu stellen. Bei dem Versand eines Newsletters ist auf Basis der Bestandskundenausnahme in der Regel nicht vom Vorliegen der obigen Voraussetzung auszugehen (vgl. § 7 Abs. 3 UWG).

Die Ausnahme nach Abs. 2 Nr. 1 fällt aufgrund einer fehlenden Notwendigkeit weg. Die Trackingmaßnahme hat nicht den Zweck der Speicherung von Informationen und dient auch nicht der Durchführung der Übertragung von Nachrichten über ein öffentliches Telekommunikationsnetz. Es bliebe noch eine Ausnahme nach Abs. 2 Nr. 2, wonach der Zugriff unbedingt erforderlich und vom Nutzer ausdrücklich gewünscht ist. Wie bereits oben beschrieben, bieten

Trackingmaßnahmen eine Analysemöglichkeit für Verarbeiter. Eine solche Analyse ist aus der Sicht eines Betroffenen jedoch weder erforderlich, noch ist davon auszugehen, dass diese von jedem erwünscht ist.

### Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der Tracking-Daten

Doch wie sieht es mit der Verarbeitung der Tracking-Daten aus? Wie oben erläutert, bedarf es für das Setzen des Newsletter-Trackings einer Einwilligung. Diese Einwilligung ist jedoch nur auf das Setzen des Trackings selbst im Anwendungsbereich des TTDSG gerichtet und umfasst nicht die Verarbeitung der durch das Tracking erworbenen Daten unter der DSGVO. Folglich ist auch für die Verarbeitung der Daten eine Rechtsgrundlage notwendig. Eine Stützung auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO ist auch hier problematisch. Dies ergibt sich insbesondere aus dem ErwGr. 47 Satz 4 zur DSGVO, da die betroffene Person vernünftigerweise nicht mit einer Verarbeitung rechnen muss und somit nach hier vertretener Ansicht die Interessen und Grundrechte der betroffenen Person das Interesse des Verantwortlichen überwiegen. Somit ist auch hier eine Einwilligung unerlässlich, um die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung sicherzustellen.

### Praxisnahe Umsetzung der Einwilligung- einholung

Das Ergebnis der oberen Abschnitte lautet, dass sowohl für den Versand des Newsletters als auch für Trackingmaßnahmen (Setzen des Tracking-Bugs und die Verarbeitung der Daten) je eine Einwilligung von der betroffenen Person einzuholen ist, sodass in der Summe drei Einwilligungen erforderlich sind. In der Praxis stellt sich an dieser Stelle oftmals die Frage, wie man dies am besten umsetzen kann.

Die Einholung der Einwilligung für den Newsletter und für die Trackingmaßnahme kann „gebündelt“ erfolgen, sozusagen durch dieselbe Handlung erteilt werden. Es kann allerdings problematisch sein, wenn der betroffenen Person der konkrete Zweck der unterschiedlichen Verarbeitungen nicht eindeutig klar ist: Versand des Newsletters, Speichern der Trackinginformationen auf dem Benutzergerät sowie das Auslesen der Trackinginformationen und Analyse dieser. Da es sich beim Empfang und dem anschließenden Tracking der Nutzer um unterschiedliche Zwecke handelt, ist daher, mit Verweis auf ErwGr. 32 Satz 5 zur DSGVO, für alle Zwecke jeweils eine Einwilligung einzuholen. ErwGr. 43 Satz 2 zur DSGVO macht deutlich, dass hier für verschiedene Verarbeitungsvorgänge gesonderte Einwilligungen eingeholt werden sollen, da es ansonsten an der Freiwilligkeit der Einwilligung mangelt. Die Aufsichtsbehörden betonen, dass bei der Erteilung der Einwilligung für die betroffene Person eindeutig erkennbar sein muss, dass mit einer einzelnen Handlung mehrere Einwilligungen erteilt werden. Werden Nutzer aufgefordert eine Einwilli-

gung in den Einsatz von Cookies oder anderen Technologien zu erteilen, ohne dass ausdrücklich auch die weiteren Verarbeitungen personenbezogener Daten angesprochen werden, so handelt es sich nicht um eine gebündelte Einwilligung nach TTDSG und DSGVO, sondern lediglich um eine Einwilligung nach dem TTDSG. Die Einwilligungen innerhalb des Trackings und der daraus folgenden Nutzung der Daten können durchaus gebündelt werden, wenn die Informiertheit der Einwilligung gegeben ist.

Die Freiwilligkeit der Einwilligungen muss im Licht von Art. 7 Abs. 4 und ErwGr. 43 Satz 2 zur DSGVO betrachtet werden. Die Trackingmaßnahme hat keinen Förderungseffekt auf den Versand des Newsletters. Sie dient größtenteils dem Analyseinteresse des Verarbeiters. Dies muss deutlich für die betroffene Person hervorgehen. Durch das sog. Kopplungsverbot muss der betroffenen Person auch eine tatsächliche Wahl haben. Demnach darf kein unbilliger emotionaler oder wirtschaftlicher Druck auf den Betroffenen ausgeübt werden, um ihn zu einer Einwilligung zu bewegen und Daten zur Verfügung zu stellen, obwohl die Datenverarbeitung nicht für den Newsletter-Empfang erforderlich sind.

Technisch sollte die Einholung der Einwilligungen im Rahmen des sogenannten Double-Opt-In-Verfahrens erfolgen. Die Zulässigkeit einer Einwilligungseinholung in einer solcher Weise wurde unter anderem auch in einem Urteil vom OLG Düsseldorf bestätigt (Urt. v. 17.3.16, I-15 U 64/15). So kann auch die notwendige Dokumentation der Einwilligung nach Art. 7 Abs. 1 DSGVO erfolgen.

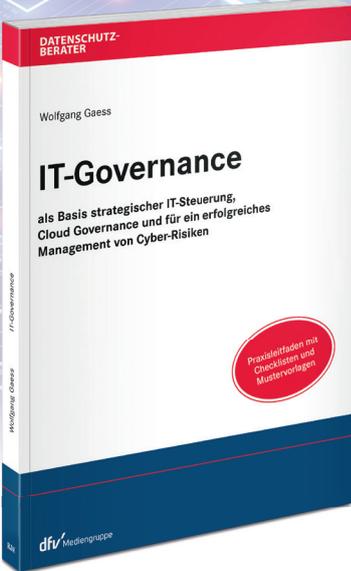
**Autoren:** Markus Zechel ist seit 2004 Berater für Datenschutz und Informationssicherheit. Er ist seit 2011 Mitarbeiter der migosens GmbH und unterstützt in seiner Rolle als Consultant Unternehmen als externer DSB und als Mitarbeiter in Projekten.



Viktoria Fot ist Studentin der Rechtswissenschaft und DEKRA zert. Fachkraft für Datenschutz. Sie berät Unternehmen in allen Datenschutzbelangen und wirkt in Projekten mit (z. B. Implementierung Datenschutzmanagementsystem, Betreuung Enzyklopädie).



# IT-Organisation in der digitalen Transformation



**Dieser Praxisleitfaden liefert**

- den Themenüberblick einer IT-Governance
- strategische Entwicklungen der IT-Organisation und des IT-Betriebs
- Grundlagen einer Cloud Governance
- einen Überblick über das Zusammenspiel IT-Governance mit IT-Risikomanagement und IKS
- einen Implementierungsstrahl mit Checklisten und Musterbeispielen

Wolfgang Gaess  
**IT-Governance**  
als Basis strategischer IT-Steuerung, Cloud Governance und dem erfolgreichen Management von Cyber Risiken

1. Auflage 2023 | Datenschutz-Berater Schriftenreihe | 192 Seiten | Broschur | € 49,-  
ISBN: 978-3-8005-1851-7

**Weitere Informationen**

[shop.ruw.de/18517](https://shop.ruw.de/18517)

**Auch als E-Book**

**dfv** Mediengruppe

www.shop.ruw.de | Deutscher Fachverlag GmbH | Frankfurt am Main  
Tel 08581 9605-0 | Fax 08581 754 | E-Mail [info@suedost-service.de](mailto:info@suedost-service.de)

**R&W**  
Fachmedien Recht und Wirtschaft