

DIREKTMARKETING UND DATENSCHUTZ

WAS BRINGT DIE NEUE EUROPÄISCHE DATENSCHUTZGRUNDVERORDNUNG?



Prof. Dr. Thomas Hoeren, Universität Münster, zur Zeit Stanford Law School (Kalifornien). Von 1980 bis 1987 Studium der Theologie und Rechtswissenschaften, 1989 Promotion und 1994 Habilitation an der Universität Münster. 1995 bis 1997 Universitätsprofessor an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Seit April 1997 Universitätsprofessor an der Juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster; Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM).
E-Mail: hoeren@uni-muenster.de

Die Europäische Datenschutzgrundverordnung¹ wird von vielen als fundamentales Neu-Epos des Informationsrechts betrachtet. In Kraft getreten ist sie am 25. Mai 2016, sodass sie nach einer zweijährigen Übergangszeit am 25. Mai 2018 für Unternehmen und Behörden verbindlich sein wird. Die Verordnung schafft einen einheitlichen Datenschutzraum innerhalb der EU² und wird gerade in Deutschland nachhaltig zu Änderungen im Bereich der noch geltenden Datenschutzgesetze führen. So tritt zum Beispiel das bisherige Bundesdatenschutzgesetz ebenso außer Kraft wie nationale Datenschutzgesetze auf Länderebene. Was bedeutet das für Unternehmen, die im Bereich Direktmarketing tätig sind?

BISHERIGE REGELUNGEN

Bislang mussten Unternehmen zwei Einwilligungen einholen, wenn sie Kunden per E-Mail oder telefonisch über neue Angebote informieren wollten. Die Versendung von Werbe-E-Mails war sowohl bei B2B als auch bei B2C an ein sehr starres Opt-in gebunden, sofern es um die Frage ging, wieso ein Kunde überhaupt eine solche Marketingmaßnahme dulden müsse. Für das »Wie« der Marketingmaßnahmen im Telefon- und E-Mail-Bereich galt § 7 UWG³, der sie streng von einer (vorherigen) Einwilligung des Kunden abhängig machte.⁴ Etwas lockerer war das UWG, wenn es um Telefonwerbung ging: Hier galt im Bereich B2B eine Art Opt-out. Konsumenten hingegen konnten gegen Telefonwerbung ohne vorherige Zustimmung opponieren. Hinzu kam die zweite Einwilligung, nämlich die nach dem BDSG: Jeder konnte und durfte die Frage stellen, woher die personenbezogenen Daten stammen, die im System eines Marketingunternehmens steckten, und wieso diese ohne Einwilligung zum Marketingzweck verarbeitet wur-

den. Ein Opt-in galt insofern auch für das »Woher« der Daten nach § 28 Abs. 3a BDSG.

EIN FREIBRIEF FÜR DAS DIREKTMARKETING

Doch nun sieht die Welt anders aus. Mit der Verordnung⁵ ist die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten nunmehr auf sechs verschiedene Säulen gestellt. Sie hängt zum einen nach Art. 6 Abs. 1 lit. a davon ab, ob der Betroffene seine Einwilligung vorab erteilt hat. Nach Art. 6 Abs. 1 lit. f, das heißt nach Maßgabe einer allgemeinen Güterabwägung⁶, besteht aber völlig unabhängig die Möglichkeit, personenbezogene Daten zu verarbeiten. Nach der genannten Regelung ist die Verarbeitung auch zulässig für die Wahrung legitimer Interessen, sofern diese nicht durch übergeordnete Interessen des Betroffenen zu vernachlässigen sind. Dabei ist die besondere Darlegungs- und Beweislast zu beachten. Die verarbeitende Stelle braucht nur noch ein legitimes Interesse nachzuweisen, während der Betroffene seinerseits dann nachzuweisen hat, dass dessen besondere Schutzinteressen das der verarbeitenden Stelle übersteigen.

Diese Güterabwägung ist dem BDSG nicht ganz fremd. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG sah ebenfalls eine Güterabwägung vor,⁷ wobei die deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden den Rückgriff auf eine solche Güterabwägung im Falle des Direktmarketings immer mit Verweis auf die vorrangige Einwilligung des Betroffenen abgelehnt haben. Doch die Welt ist nun offener und europäischer.

Das besondere Wohlwollen der Kommission im Falle des Direktmarketings wird auch noch an einer anderen Stelle deutlich. Im Erwägungsgrund 47 der Verordnung wird darauf verwiesen, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten für Direktmarke-

tingzwecke als von einem legitimen Interesse abgedeckt gelten soll. Daraus ergibt sich ein Freibrief für Direktmarketingverbände bezüglich des Datenschutzes. Die Verwendung von personenbezogenen Daten für Telefon- und E-Mail-Werbung ist datenschutzrechtlich nicht mehr im Grundsatz zu beanstanden. Sie kann auch ohne Zustimmung des Betroffenen erfolgen und gilt als von einem legitimen Verarbeitungsinteresse der verarbeitenden Stelle gedeckt. Widerspricht der Betroffene dem Direktmarketing nach Art. 21 Abs. 3, dann dürfen die personenbezogenen Daten nicht weiter verwendet werden. Ergänzt wird diese harte Regelung durch Art. 14 Abs. 1 lit. c, der das verarbeitende Unternehmen verpflichtet, den Betroffenen über die Zwecke der Verarbeitung von Daten zu informieren.⁸ Ferner gilt Art. 14 Abs. 2 lit. b, wonach sich die Informationspflicht auch auf das legitime Interesse der verarbeitenden Stelle an den zu verarbeitenden Daten bezieht.

UND DAS GESETZ GEGEN DEN UNLAUTEREN WETTBEWERB?

Die nun streitige Frage ist, wie sich diese neue Situation auf das UWG auswirkt. Denn das Datenschutzrecht wird künftig vom Opt-out beim Direktmarketing ausgehen müssen. Man kann den Betroffenen solange mit Direktmarketingmaßnahmen überziehen, bis er widerspricht. Das UWG hingegen geht weiterhin vom Erfordernis einer vorherigen Einwilligung aus. Das passt nicht zusammen. Nun nimmt die Verordnung für sich grundsätzlich in Anspruch, eine Maximalharmonisierung zu sein und alle nationalen Regeln, die der Verordnung widersprechen, auszuhebeln. Dann würde man die Regelungen in der Verordnung auch auf das UWG beziehen müssen. Dafür spricht, dass es keinen Sinn ergibt, im Datenschutzrecht das Zustimmungserfordernis aufzuheben, um es dann wieder über das UWG in das Alltagsgeschäft des Direktmarketingunternehmens einzuführen. Art. 13 der Datenschutzrichtlinie über elektronische Kommunikation von 2002 verpflichtet die Mitgliedstaaten zum Verbot unaufgeforderter E-Mail-Werbung. Allerdings lässt es den Mitgliedstaaten Wahlmöglichkeiten bei der Telefonwerbung. Ferner verbietet die EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken Belästigungen, die zu einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit führen. Umstritten war aber immer schon, ob § 7 UWG nicht eine Art Fremdkörper im UWG sei. Wie Köhler schon betont

hat, wäre die Regelung generell wohl besser im Datenschutzrecht aufgehoben, was die Zwecke des Unionsrechts besser erfüllt hätte.⁹

Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG erlaubt ausdrücklich mitgliedstaatliche Regelungen, nach denen Telefonwerbung ohne Einwilligung des Betroffenen nicht gestattet ist. Von dieser Regelerhöhungsmöglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG Gebrauch gemacht.¹⁰ Nach Nummer 26 des Anhangs 1 der UGP-Richtlinie (Richtlinie 2005/29/EG) ist allein das hartnäckige und unerwünschte Ansprechen von Kunden über Telefon, Fax, E-Mail und sonstige für den Fernabsatz geeignete Medien unter allen Umständen unlauter. Allerdings soll diese Regelung nur unbeschadet der Vorschriften in der Richtlinie zur elektronischen Kommunikation gelten (Satz 2). Insofern ergibt sich ein Kompatibilitätsproblem zwischen den EU-Richtlinien und der Verordnung. Wenn nach Art. 13 der Datenschutzrichtlinie die Verwendung von elektronischer Post nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer gedeckt ist, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von Richtlinie und Datenschutzverordnung. Nur für den Bereich der Telefonwerbung hat auch schon der alte Richtliniengeber nationalstaatliche Sondermöglichkeiten zur Regelung vorgesehen. Für den Bereich der E-Mail-Werbung ist das Erfordernis des Opt-in allerdings durch die Datenschutzrichtlinie zwingend vorgegeben.

Die Kommission hat versucht, dieses Problem in Erwägungsgrund 173 der Verordnung zu lösen. Dort wird darauf verwiesen, dass die Verordnung für alle datenschutzrechtlichen Belange gelten soll, sofern nicht besondere Regelungen mit dem gleichen Regelungsziel sich aus der Datenschutzrichtlinie 2002/58 ergeben. Im Übrigen lässt die Verordnung die Beziehung zur Richtlinie offen (Erwägungsgrund 173 zweiter Satz) und unterwirft die Klärung künftigen entsprechenden Anpassungen der entsprechenden Richtlinie. Insofern sind auch den europäischen Verordnungsgebern die Zusammenhänge zwischen der Datenschutzrichtlinie 2002/58 und der neuen Verordnung unklar.

ERGEBNIS

Alles spricht dafür, dass Telefonwerbung weiterhin nach der Richtlinie 2002/58 nur bei vorheriger Einwilligung des Betroffenen zulässig bleiben wird. Bei E-Mail-Werbung allerdings ist der deutsche Sonderweg des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht mehr zulässig.

E-Mail-Werbung wird spätestens ab Mitte 2018 auch ohne Einwilligung des Betroffenen zulässig sein, so lange die Regularien der Verordnung, insbesondere ihr Widerspruchsrecht, eingehalten werden.

- ¹ Die EU-Datenschutzgrundverordnung (EU-DSGVO) ist am 14.4.2016 durch das EU-Parlament beschlossen worden. Sie ist am 4.5.2016 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht worden und trat damit am 25.5.2016 in Kraft. Anwendbar ist sie damit ab dem 25.5.2018.
- ² Vgl. Sebastian Kraska, »Auswirkungen der EU-Datenschutzgrundverordnung«, ZD-Aktuell 2016, 04173.
- ³ Gesetz zum Schutz gegen unlauteren Wettbewerb; abrufbar unter: https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/uwg_2004/gesamt.pdf
- ⁴ Astrid Auer-Reinsdorff und Isabell Conrad (Hrsg.), »Handbuch IT- und Datenschutzrecht«, 2. Aufl. 2016, § 34 Rn. 410.
- ⁵ Abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/>

DE/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2016.119.01.0001.01.DEU&toc=OJ%3AII.%3A2016%3A119%3ATOC. Dazu auch Sibylle Gierschmann, »Was bringt deutschen Unternehmen die DS-GVO? Mehr Pflichten, aber die Rechtsunsicherheit bleibt«, ZD 2016, 51.

- ⁶ Vgl. Ulrich Dammann, »Erfolge und Defizite der EU-Datenschutzgrundverordnung – Erwarteter Fortschritt, Schwächen und überraschende Innovationen«, ZD 2016, 307, 314.
- ⁷ Vgl. Peter Gola und Rudolf Schomerus, »BDSG: Bundesdatenschutzgesetz«, § 28 Rn. 24.
- ⁸ Vgl. Tim Wybitul, »Was ändert sich mit dem neuen EU-Datenschutzrecht für Arbeitgeber und Betriebsräte? Anpassungsbedarf bei Beschäftigtendatenschutz und Betriebsvereinbarungen«, ZD 5/2016, 203, (204); Dammann, ZD 7/2016, 307, (311).
- ⁹ Vgl. Helmut Köhler, »Die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland – eine kritische Analyse«, GRUR 2012, 1073, 1079.
- ¹⁰ Vgl. ebd.