THOMAS HOEREN

Direktmarketing – neue Regeln im Datenschutz- und Werberecht

Einführung und Hinweispflichten

Die Regeln für Direktmarketing sind im letzten Jahr grundlegend geändert worden. Neu ist vor allem § 28 Abs. 4 Satz 2 des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG). Darin findet sich eine sehr offen formulierte Hinweispflicht, die für die Werbung weitreichende Konsequenzen nach sich zieht. Hiernach ist der Betroffene schon bei der Begründung eines Vertrages auf ein Widerspruchsrecht gegen die Verwendung seiner Adressdaten zu Werbezwecken hinzuweisen. Die Hinweispflicht gilt für jede Vertragssituation, z. B. auch Bewerbergespräche oder Verträge, die gerade keinen Werbebezug haben. Die Hinweispflicht ist bußgeldbewehrt; ihre Nichteinhaltung kann von jedem Konkurrenten abgemahnt werden.

§ 28 Abs. 3 BDSG und die Einwilligung

Die wichtigsten Änderungen finden sich in § 28 Abs. 3 BDSG. Dieser enthält eine Reihe verschiedenster Erlaubnistatbestände für die Verwendung von Daten zu Marketingzwecken.

Der erste Erlaubnistatbestand ist die schriftliche Einwilligungserklärung des Betroffenen (§ 28 Abs. 3 Satz 1). Wichtig ist die freie Entscheidung des Betroffenen über die Gewährung der Einverständniserklärung. Eine Einwilligung ist schon bei »faktischem Zwang« nicht mehr gegeben; es gilt bereits als faktischer Zwang, wenn die Marktsituation es einem Anbieter erlaubt, einen Vertragsabschluss von der Einwilligung des Betroffenen abhängig zu machen, z.B. von einer »freiwilligen« Offenlegung bestimmter persönlicher Verhältnisse.[1] Die Einwilligung setzt ferner voraus, dass die einwilligende Person über den Gegenstand der Einwilligung informiert ist und die Tragweite der Entscheidung überblicken kann.

Eine gesonderte Unterschrift oder ein Kreuzchen ist dagegen – anders als im insoweit strengeren Werberecht (s.u. die Ausführungen zum UWG) – nicht erforderlich. Nach Auffassung des BGH in Sachen HappyDigits[2] gilt die Möglichkeit eines Opt-out (Möglichkeit zur Abwahl durch Ankreuzen) auch nach Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes. Der BGH geht davon aus, dass die neue Regelung des § 28 Abs. 3 BDSG den Anforderungen entspricht, die der BGH schon in der Payback-Entscheidung an die Hervorhebung der Einwilligungserklärung gestellt hat. Insofern sei auch nach der Neufassung des BDSG eine »Opt-out-Regelung« zur Erteilung der Einwilligung in die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten und für Zwecke der Werbung per Post zulässig.

Die Einwilligung in die Speicherung, Verarbeitung und Nutzung von Daten kann nach Auffassung des BGH[3] zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, sofern sie besonders hervorgehoben wird. Dass die Möglichkeit besteht, zu ihrer Abwahl der Zustimmung ein zusätzliches Kästchen anzukreuzen, sei nicht nötig, wenn fettgedruckt auf die Möglichkeit zur Streichung der Klausel hingewiesen wird.

Das Listenprivileg und Eigenwerbung

In § 28 Abs. 3 Satz 2 BDSG finden sich die Regelungen für das sogenannte Listenprivileg. Als eigener Ermächtigungstatbestand ist die Verwendung spezieller Listen von Daten bei Eigenwerbung der verarbeitenden Stelle zulässig. Die Listendaten sind enumerativ aufgelistet. Dazu gehören die Zugehörigkeit des Betroffenen zu dieser Personengruppe, seine Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung, seine Namen, Titel, akademischer Grad, seine Anschrift und sein Geburtsjahr (nicht Geburtsdatum!). Zu den ohne Vorliegen eines besonderen berechtigten Interesses zu über-

PROF. DR. THOMAS HOEREN
Jahrgang 1961.
1980 bis 1987 Studium der Theologie und Rechtswissenschaften in Münster, Tübingen und London.
1986 Erwerb des Grades eines kirchlichen Lizentiaten der Theologie. 1989 Promotion und 1994 Habilitation an der Universität Münster.
1995 bis 1997 Universitätsprofessor an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine Universität Düsseldorf. Seit April 1996 Richter am OLG Düsseldorf. Seit April 1997 Universitätsprofessor an der Juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster; Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM).
Seit 1998 Mitherausgeber der Zeitschrift *MultiMedia und Recht* sowie Mitglied des Beirats der DENIC Genossenschaft.
E-Mail:
hoeren@uni-muenster.de

mittelnden sog. »freien« Daten gehören – mit Ausnahme des Geburtsjahrs und ggf. der Zuordnung zu der Personengruppe selbst – Daten, die weitgehend auch aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen werden könnten.

Erlaubt ist die Verwendung der Listendaten für die Eigenwerbung, das heißt, die Werbung für eigene Angebote der verarbeitenden Stelle. Darunter fällt also nicht die Weitergabe der Daten oder die Werbung durch die verarbeitende Stelle für Dritte. Schwierig ist dabei die Einordnung von Konzernwerbung und Werbung im Auftrag anderer. Des Weiteren wird der Bereich der Eigenwerbung durch § 28 Abs. 3 Satz 5 auch auf Fremdwerbung erweitert (siehe unten). Unklar ist, ob der Begriff der Werbung für »Angebote« auch allgemeine Image-Werbung umfasst, in der sich noch keine konkreten Angebote finden.

Erstaunlich ist außerdem § 28 Abs. 3 Satz 3, wonach bei Eigenwerbung die verantwortliche Stelle »zu den dort genannten Daten weitere Daten hinzuspeichern« darf. Diese Formulierung verweist darauf, dass diese Datenpools ohne Beschränkungen aufbereitet werden können. Die verantwortliche Stelle darf Daten hinzuspeichern, um eine Selektion der Listendaten und damit eine gezielte Kundenansprache zu ermöglichen. Das Merkmal »darf« verweist darauf, dass auch § 28 Abs. 3 Satz 3 als Ermächtigungsgrundlage anzusehen ist. Die Gesetzesbegründung verweist allerdings beschränkend auf den Begriff des »Hinzuspeicherns«. Dadurch sei klargestellt, »dass die verantwortliche Stelle die weiteren Daten gestützt auf eine andere Befugnis rechtmäßig erhoben, z.B. nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, oder rechtmäßig übermittelt bekommen haben muss«.[4] Insofern spricht die Gesetzesbegründung ausdrücklich davon, dass Abs. 3 Satz 3 keine eigene Erhebungs- oder Übermittlungsbefugnis beinhalte. Es solle vielmehr ermöglicht werden, einen eigenen Datenbestand, der direkt beim Betroffenen erhoben wurde, für Zwecke der Eigenwerbung oder der eigenen Markt- und Meinungsforschung zu selektieren, um die bestehenden Kunden gezielter ansprechen zu können.

Listenprivileg und Werbung mit erkennbarer Herkunft

Das Listenprivileg wird im Übrigen auch auf weitere Werbezwecke bezogen. § 28 Abs. 3 Satz 4 bestimmt, dass diese Daten auch dann für Zwecke der Werbung übermittelt werden können, wenn die Stelle, die die Daten erstmals erhoben hat, aus der Werbung eindeutig hervorgeht. Im Übrigen wird sogar die Werbung für Fremdangebote zugelassen, wenn für den Betroffenen bei der Ansprache zum Zwecke der Werbung die für die Nutzung der Daten verantwortliche Stelle eindeutig erkennbar ist (§ 28 Abs. 3 Satz 5). Eine solche Ermächtigung setzt eine Identifizierung in Klartext voraus; pseudonymisierte Angaben sind unzureichend.[5]

Beispiele sind die Beipackwerbung und die offene Empfehlungswerbung. Das werbende Unternehmen darf sowohl seinen eigenen Werbesendungen z.B. einen Flyer seines Kooperationspartners beifügen (Beipackwerbung) als auch den Flyer isoliert versenden (Empfehlungswerbung). § 28 Abs. 3 Satz 5 BDSG umfasst auch das gängige Lettershop-Modell. Hierbei bekommt der Lettershop von der verantwortlichen Stelle die Daten und vom Werbenden den Werbe-Content. Der Lettershop nutzt die überlassenen Daten im Auftrag der verantwortlichen Stelle nach § 11 BDSG zur Herstellung der Werbesendung. Nicht mehr nutzbar sind Listbroker-Verfahren, bei denen die verantwortliche Stelle Daten im eigenen Namen an Werbende verpachtet; die damit verbundene Unklarheit über die Datenherrschaft verstößt gegen das Identifizierungsgebot des § 28 Abs. 3 Satz 5 BDSG.

Übergangsvorschriften

Nach § 47 BDSG gelten für die neuen Regelungen besondere Übergangsvorschriften. Sofern Daten vor dem 1. September 2009 erhoben oder gespeichert wurden, gilt der alte § 28 BDSG für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung bis zum 31. August 2010 und für Zwecke der Werbung bis zum 31. August 2012. Die Übergangsvorschrift stellt nur auf die Frage der Erhebung und Speicherung ab. Für die Frage der Zulässigkeit der Übermittlung von Daten gilt schon ab dem 1. September 2009 die Neuregelung des § 28 BDSG

ohne Übergangsvorschrift. Jeder neue Speicherungsvorgang nach dem 1. September 2009 löst seinerseits die Anwendung des neuen Rechts aus. So darf ein Unternehmen zwar die alten Datenpools nach altem Recht weiterverwenden mit Stichtag 1. September 2009. Werden Daten aber aus dem alten Datenpool an einen Dritten gegeben und damit übermittelt, muss dieser die Daten seinerseits wieder speichern. Dieser neue Speicherungsvorgang findet aber nach dem 1. September 2009 statt. Insofern gilt für die Verwendung dieser Daten wiederum das neue Recht.

Und zusätzlich: UWG

Für eine Direktmarketingaktion reicht es nicht aus, nur das BDSG im Blick zu haben. Man muss zusätzlich noch das Werberecht, geregelt im Gesetz zum Schutz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG), prüfen. Im Kern braucht man zwei Einwilligungen für die Verwendung personenbezogener Daten im Marketingbereich, einmal nach dem BDSG (Wieso darf ich die Daten überhaupt speichern?) und nach dem UWG (Wieso darf ich die Daten für eine Telefonaktion nutzen?)

Mit § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG besteht eine eindeutige Regelung, demzufolge unverlangte Mail-Werbesendungen an Marktteilnehmer wettbewerbswidrig sind (Opt-in). Dies gilt jetzt auch für B2B-Werbung; eine mutmaßliche Einwilligung reicht hier nicht aus. Es bedarf vielmehr einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung des Adressaten. In dem Payback-Urteil hat der BGH nun klargestellt, dass er in Bezug auf die Werbung per E-Mail und SMS § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG a. F. dahingehend auslegt, dass auf jeden Fall eine ausdrückliche vorherige Einwilligung des Verbrauchers in den Erhalt der Werbung erforderlich ist.[6] Nach Ansicht des BGH setzt eine Einwilligung für Werbung per E-Mail und SMS ferner voraus, dass die Einwilligung mittels einer gesonderten Erklärung erteilt wird.

Verboten sind nach den vorgenannten Grundsätzen auch Produktempfehlungen mit Zusatzwerbung.[7] Als Beispiel kann der Fall »Quelle« angeführt werden. Hier war Reklame in die Produktempfehlungs-E-Mails integriert worden, die jedoch vom Absender beim Abschicken der Mail nicht gesehen werden konnte, sondern erst beim Empfänger sichtbar wurde. Die Spamverbote gelten jedoch nicht, da der Absender um Dienstleistungen des Empfängers wirbt, für die er ein Entgelt zu entrichten bereit ist.[8]

Das Spamming-Verbot gilt auch für Gewerkschaften. Da Arbeitnehmer bei nicht erlaubter Privatnutzung des dienstlichen E-Mail-Account eingehende Mails auf deren Relevanz für ihren Job prüfen und somit Arbeitszeit aufwenden müssen, stellt die Zusendung von E-Mails durch eine Gewerkschaft ohne Einverständnis des Arbeitgebers unerlaubtes Spamming dar und begründet einen Unterlassungsanspruch.[9]

Das Erfordernis des Opt-in gilt grundsätzlich auch für die Versendung elektronischer Newsletter. Hier bedarf es regelmäßig auch eines Double-Opt-in in Form einer Bestätigungs-Mail.[10] Nur durch die Rücksendung/Aktivierung der Bestätigungs-Mail kann der Versender des Newsletter den ihm obliegenden Beweis der datenschutzrechtlichen Einwilligung erbringen. Allerdings wird immer noch darüber gestritten, ob nicht schon die Bestätigungs-Mail unzulässige Werbung darstellt.[11]

Der Absender trägt die Beweislast für das Bestehen eines für die Zulässigkeit der Zusendung erforderlichen Einverständnisses.[12] Die Tatsache, dass ein Nutzer seine E-Mail-Adresse freiwillig in ein für jedermann zugängliches E-Mail-Verzeichnis hat eintragen lassen, führt auf keinen Fall zu der Vermutung, er sei mit der Zusendung von Werbung per E-Mail einverstanden. Schwierig wird es, wenn die E-Mail-Werbung mit unbedenklichen Diensten verquickt wird. So gibt es bereits Konstellationen, in denen eine Privatperson beim Versenden einer privaten E-Mail Werbung als Attachment oder am Ende der Mail mitverschickt.[13] Dies erfolgt meist, um einen kostenlosen E-Mail-Dienst zu nutzen oder Webmiles zu bekommen. In einem solchen Fall besteht gegen den Versender wohl kaum eine Handhabe. Das Werbeunternehmen kann aber weiterhin aus §§ 3, 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG in Anspruch genommen werden. Nicht ausreichend ist es im Übrigen, die Einwilligungserklärung in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu integrieren, wenn sich die Einwilligung abstrakt auf »interessante Angebote« beziehen soll.[14]

Telefonwerbung

Für die Frage der Telefonwerbung gelten die Vorgaben des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG. Verboten ist hiernach Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung. Das Erfordernis der Einwilligung ist zumindest im B2C-Bereich genauso auszulegen wie bei E-Mail-Werbung.[15] Als unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 2 UWG ist auch eine Telefonaktion von Marktforschungsinstituten anzusehen. Denn häufig dienen solche Umfragen mittelbar der Absatzförderung, insbesondere weil Verbrauchergewohnheiten im Zusammenhang mit Produkten und Dienstleistungen des Auftraggebers erfragt werden; dann liegt darin eine unlautere Verbraucherumfrage.[16] Für die Umfrage kommt allenfalls ausnahmsweise eine Legitimation in Betracht, wenn ein genuines wissenschaftliches, also auf die systematische Ansammlung von Wissen zu übergeordneten Zwecken gerichtetes Erkenntnisinteresse vorliegt.[17]

Wenn sich der Inhaber eines Telefonanschlusses mit Werbeanrufen eines Unternehmens einverstanden erklärt, so sind solche Werbeanrufe auch dann zulässig, wenn den Anruf später ein Dritter entgegennimmt. Der Anrufer, der sich auf ein Einverständnis stützen kann, kann nicht wissen, ob der Anschlussinhaber, der die Einwilligung erteilt hat, oder ein Dritter (etwa der Ehe- oder Lebenspartner, ein im Haushalt lebendes Kind oder sogar ein Besucher) den Anruf entgegennehmen wird. Insofern kann man nicht das Einverständnis der jeweils erreichten Person voraussetzen. Dies würde nämlich bedeuten, dass trotz des Einverständnisses des Anschlussinhabers ein Werbeanruf unter dessen Rufnummer nur dann erfolgen dürfte, wenn dieser selbst auch das Gespräch entgegennimmt. Der Anrufende muss vielmehr immer damit rechnen, anstelle des Anschlussinhabers eine andere Person zu erreichen, die ihrerseits mit Werbeanrufen nicht einverstanden war.

Eine Einwilligung in AGB ist problematisch, da sie zu unbestimmt (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) ist. Es verstößt gegen das Transparenzgebot, wenn eine Einverständniserklärung an versteckter Stelle mitten in einem vorformulierten Text untergebracht ist. Die Zusendung von inhaltlich unrichtigen Bestätigungen an eigene Kunden über in Wirklichkeit nicht erteilte Einverständniserklärungen die Übermittlung künftiger Werbeangebote betreffend, stellt eine unzumutbare Belästigung von Marktteilnehmern im Sinne von §§ 3, 7 Abs. 1 UWG dar.[18] Gibt ein Kunde auf einem Bestell- oder Vertragsformular seine Telefonnummer an, so bezieht sich sein Einverständnis mangels besonderer Anhaltspunkte lediglich auf Anrufe, die das konkrete Vertragsverhältnis betreffen, nicht aber auf Anrufe zu weitergehenden Zwecken, wie etwa dem Zweck einer Vertragsverlängerung oder Vertragserweiterung, einer Wiederaufnahme der Vertragsbeziehungen oder einer weiteren Bestellung. Dementsprechend ist auch das so genannte Nachbearbeiten von Kunden, die etwa von einem Widerrufsrecht Gebrauch gemacht haben und nach den Gründen für den Widerruf befragt werden, nicht von dem ursprünglichen Einverständnis gedeckt.[19] Gleiches gilt für die Bitte um schriftliches Informationsmaterial[20] oder das Schweigen auf eine schriftliche Ankündigung, demnächst anrufen zu wollen.[21] In einem obiter dictum hat der BGH einmal erklärt, dass eine konkludente Einwilligung nur dann vorliege, wenn die Telefonnummer in der Erkenntnis mitgeteilt wird, der Unternehmer nutze diese zur Fortführung des geschäftlichen Kontakts.[22]

Gegenüber Geschäftsleuten genügt es, wenn statt einer ausdrücklichen oder konkludenten Einwilligung bereits ein mutmaßliches Einverständnis vorliegt, wenn also ein solches Einverständnis in die konkrete Werbeform aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände zu vermuten gewesen wäre.[23] Erforderlich ist, dass ein ausreichend großes Interesse des anzurufenden Gewerbetreibenden die Annahme rechtfertigt, er werde den Anruf erwarten oder ihm zumindest positiv gegenüberstehen.[24] Dies kann insbesondere dann gegeben sein, wenn die telefonische Werbemaßnahme im Zusammenhang mit einer bereits bestehenden Geschäftsverbindung steht. Das mutmaßliche Einverständnis des Angerufenen muss sich nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf die Art der Werbung beziehen (also konkret

per Telefon). Eine mutmaßliche Einwilligung wird von der Rechtsprechung jedoch insgesamt nur sehr restriktiv angenommen. Das Angebot von Büromaterial – das jeder Unternehmer benötigt – gehört nicht in die zulässigen Fälle.[25]

Nichts verstanden?

Ich auch nicht – die beschriebenen Regelungen sind kompliziert und auch für Juristen kaum verständlich. Dennoch muss man sie als Werbetreibender gut kennen. Denn die Sanktionen sind scharf. Es drohen Abmahnungen, Schadensersatz und Bußgeld bis hin zur Gewinnabschöpfung. Vom Reputationsschaden ganz zu schweigen. Man tut also gut daran, die bisherigen Konzepte zum Direktmarketing zu überprüfen.

1 Schaar, MMR 2001, 644.
2 BGH, Urteil vom 11. November 2009 – XIII ZR 12/08.
3 BGH, Urteil vom 11. November 2009 – VIII ZR 12/08.
4 BT-Drs. 16/12011, S. 32.
5 BT-Drs. 16/13657, S. 31.
6 BGH, MMR 2008, 731, 734.
7 OLG Nürnberg, CR 2006, 196.
8 OLG Düsseldorf, BeckRS 2006 05154.
9 Arbeitsgericht Frankfurt, Urteil vom 12. April 2007 – 11 Ga 60/07, DSB 2007, 19 mit Anm. Vahle.
10 AG Burgwedel, Urteil vom 7. Februar 2008 – 70 C 161/06; AG Berlin, Urteil vom 11. Juni 2008 – 21 C 43/08.
11 Für Zulässigkeit AG Hamburg, Urteil vom 11. Oktober 2006 – 6 C 404/06; LG Berlin, Urteil vom 23. Januar 2007 – 15 O 346/06.
12 KG, MMR 2002, 685. LG Berlin, CR 2002, 606; MMR 2004, 44.
13 Siehe in diesem Zusammenhang auch das Problem des Anhängens von Werbung an Free-SMS-Dienste dazu Remmetz, MMR 2003, 314 ff.
14 OLG Köln, Urteil vom 29. April 2009 – 6 U 218/08, MMR 2009, 470.
15 Streitig. Dazu von Nußbaum/Krienke, MMR 2009, 376.
16 AG Hamburg-Bergedorf, Urteil vom 6. April 2006 – 410 D C 30/06, RDV 2006, 213.
17 Ähnlich schon OLG Stuttgart, GRUR 2002, 457, 458.
18 LG Bonn, K&R 2007, 225 = CR 2007, 671.
19 OLG Stuttgart, Urteil vom 22. März 2007 – 2 U 159/06.
20 BGH, WRP 1990, 288 – Telefonwerbung III.
21 BGH, Urteil vom 8. Juni 1989 – I ZR 178/87 – GRUR 1989, 753 – Telefonwerbung II; BGH, WRP 2000, 722 – Telefonwerbung VI.
22 BGH, Urteil vom 8. Juni 1989 – I ZR 178/87 – GRUR 1989, 753 – Telefonwerbung II.
23 BGH, Urteil vom 5. Februar 2004 – I ZR 87/02, GRUR 2004, 520 – Telefonwerbung für Zusatzeintrag; BGH, Urteil vom 25. Januar 2001 – I ZR 53/99, GRUR 2001, 1181, 1182 – Telefonwerbung für Blindenwaren; BGH, Urteil vom 24. Januar 1991 – I ZR 133/89, GRUR 1991, 764, 765 – Telefonwerbung IV.
24 BGH, Urteil vom 5. Februar 2004 – I ZR 87/02, GRUR 2004, 520 – Telefonwerbung für Zusatzeintrag.
25 OLG Köln, WRP 1991, 836.