

Datenschutz im Dialogmarketing: personalisierte Werbung per Post im Vergleich zu anderen Direktmarketingformen

Rechtsanwalt Markus Giese

Wie kann ich eine bestehende Kundenbeziehung ausbauen, wie gewinne ich Neukunden? Die Innovationsbreite im Dialogmarketing scheint grenzenlos. Der rechtliche Rahmen u.a. aus Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und Telemediengesetz (TMG) zeigt jedoch manchen Innovationen schnell seine Grenzen auf.

□ Keywords: Datenschutz, Direktmarketing, Einwilligungserklärung, Werbeformen

Nachfolgend wird ein kurzer Überblick über die verschiedenen Direktmarketingformen und deren rechtliche Zulässigkeit vermittelt. Im Fokus steht hierbei auch ein Vergleich der „klassischen“ personalisierten Werbung per Post mit anderen Direktmarketingformen wie Telefon, Telefax, E-Mail und Online-Marketing.

Werbung und die Bestimmungen des UWG

Neben den datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Zulässigkeit der werblichen Ansprache ist auch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu beachten, um einen Verstoß gegen § 7 UWG (unzumutbare Belästigung) zu vermeiden. Je nach Werbeform ist hierbei folgendes zu beachten (s. Tabelle):

Aus dieser Übersicht wird deutlich, dass für viele Direktmarketingformen eine vorherige Einwilligung des Betroffenen erforderlich ist. Die Einholung von Einwilligungserklärungen ist häufig kostenintensiv und immer von der Frage überschattet, ob die Einwilligungserklärung einer späteren gerichtlichen Überprüfung Stand hält. Die Anforderungen an die Wirksamkeit einer Einwilligung im werblichen Bereich (Transparenz- und Bestimmtheitsgebot) werden hierbei von den Gerichten immer höher gelegt und erfordern spätestens seit dem Payback-Urteil des BGH (Urteil vom 16.07.2008 – Az.: VIII ZR 348/06) zusätzlich eine Differenzierung zwischen den Werbeformen. Große Unsicherheit im E-Mail-Marketing ist durch das Urteil des OLG München vom 27.09.2012 (29 U

1682/12) entstanden, wonach die bloße Rückbestätigungsmail im sog. Double-opt-in-Verfahren als unzumutbare Belästigung eingestuft wurde.

Online-Werbung und die Bestimmungen des TMG

Für Online-Werbung unter Verwendung sog. Cookies (z. B. für Targeting-Verfahren) sind auch die Bestimmungen des Telemediengesetzes zu beachten. Diese erlauben derzeit noch die Bildung von Nutzerprofilen für Zwecke der Werbung unter Verwendung von Pseudonymen und räumen dem Nutzer lediglich eine Widerspruchsmöglichkeit ein. Eine restriktive Umsetzung der E-Privacy-Richtlinie (EU-Richtlinie 009/136/EG) in das deutsche TMG könnte aber wie u.a. in Frankreich bereits geschehen dazu führen, dass Cookies zukünftig bis auf wenige Ausnahmen nur noch nach vorheriger Einwilligung des Nutzers gesetzt werden dürfen. Der in der Praxis für diesen Fall bereits angedachte Wechsel von Cookies auf den Browser-Fingerprint dürfte dann aber ebenfalls ohne Einwilligung unzulässig sein.

Personalisierte Werbung per Post und die Bestimmungen des BDSG

Die am 01.09.2009 in Kraft getretene Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes für die Bereiche Werbung und Adresshandel führt auf Verbraucher- und auf Unternehmensseite bis heute zu vielen Missverständnissen. Zutreffend ist, dass mit der Novelle in § 28 Abs.3 Satz 1 BDSG ein sog. Einwilligungsvorbehalt normiert wurde.

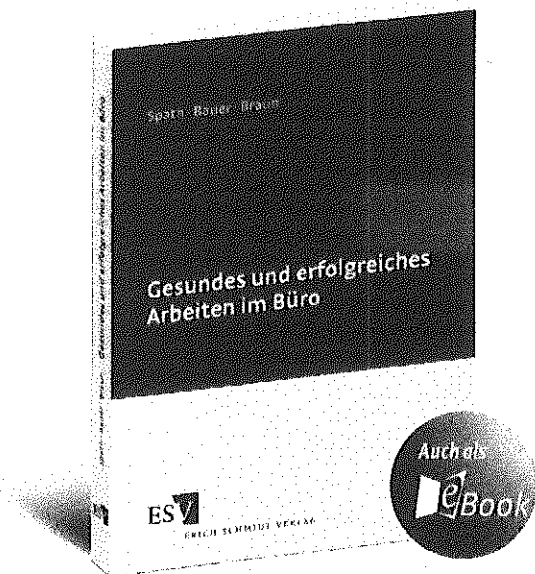
Aber in § 28 Abs.3 Satz 2-5 BDSG hat der Gesetzgeber Ausnahmen von dem Einwilligungsvorbehalt festgelegt, auf die nachfolgend eingegangen wird.

Personalisierte Werbung per Post für eigene Angebote

Ohne Vorliegen einer Einwilligung dürfen gem. § 28 Abs.3 Satz 2, Nr. 1, 1. Alt. BDSG eigene Angebote gegenüber Bestandskunden und Interessenten beworben werden. Vorausset-

Werbeform	Verbraucher (B2C)	Unternehmer (B2B)
Prospektwerbung adressierte Post- werbung	falls kein Briefkastenaufkleber „Bitte kein Werbung“ o. ä. vorhanden ist; falls kein Werbewiderspruch vorliegt	falls kein Briefkastenaufkleber „Bitte kein Werbung“ o. ä. vorhanden ist; falls kein Werbewiderspruch vorliegt
Telefonwerbung	vorherige, ausdrückliche Einwilligung erforderlich	zumindest vermutetes Einverständnis (mutmaßliche Einwilligung) erforderlich; Werbung nur mit beruflichem Bezug
Faxwerbung	vorherige, ausdrückliche Einwilligung erforderlich	vorherige, ausdrückliche Einwilligung erforderlich
E-Mail-/ SMS-Werbung	vorherige, ausdrückliche Einwilligung erforderlich	vorherige, ausdrückliche Einwilligung erforderlich
E-Mail-Werbung an Kunden für eigene ähnliche Waren/Dienst- leistungen	erlaubt, wenn Adresse im Zusammen- hang mit dem Verkauf von Waren/ Dienstleistungen erhalten und der Kunde bei Erhebung und jeder Ver- wendung auf Widerspruchsmöglich- keit hingewiesen wird	erlaubt, wenn Adresse im Zusammen- hang mit dem Verkauf von Waren/ Dienstleistungen erhalten und der Kunde bei Erhebung und jeder Ver- wendung auf Widerspruchsmöglich- keit hingewiesen wird

Ist der Mitarbeiter gesund, freut sich auch der Chef



Gesundes und erfolgreiches Arbeiten im Büro

Von Univ.-Prof. Dr.-Ing. Dr.-Ing. E. h.
Dieter Spath, Dr.-Ing. Wilhelm Bauer
und Dr.-Ing. Martin Braun

2011, VIII, 214 Seiten, € (D) 39,80
ISBN 978-3-503-13015-3

Kostenfrei aus dem deutschen Festnetz
bestellen: 0800 25 00 850


Die Gesundheit der Mitarbeiter – Ihr Garant für nachhaltigen, unternehmerischen Erfolg und wichtiger Treiber für die betriebliche Wandlungs- und Innovationsfähigkeit.

Das vorliegende Buch möchte die Einsicht in die Nutzenpotenziale einer menschengerechten Gestaltung der Wissensarbeit fördern, um Unternehmen und Einzelpersonen zu einer gesunden, nachhaltig produktiven Arbeitsweise zu motivieren. Es beruht auf aktuellen arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen sowie auf umfangreichen praktischen Erfahrungen bei der Gestaltung von Büro- und Wissensarbeit am Fraunhofer-Institut für Arbeitswissenschaft und Organisation IAO.

Dem Leser stellt es ausgewählte Forschungsergebnisse sowie praktische Hinweise zur Gestaltung einer gesunden, erfolgreichen Büroarbeit vor.

Auch als eBook erhältlich: Profitieren Sie von systematischer und schneller Navigation durch komplett verlinkte Inhalts- und Stichwortverzeichnisse.

Weitere Informationen:

 www.ESV.info/978-3-503-13015-3

ESV

ERICH SCHMIDT VERLAG
Auf Wissen vertrauen

Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG · Genthiner Str. 30 G · 10785 Berlin · Tel. (030) 25 00 85-265 · Fax (030) 25 00 85-275 · ESV@ESVmedien.de · www.ESV.info

zung ist, dass die Daten bei dem Betroffenen selbst erhoben wurden und der Betroffene bereits im Zeitpunkt der Datenerhebung auf die geplante werbliche Nutzung sowie das hiergegen bestehende Widerspruchsrecht hingewiesen wurde. Zu den Kundendaten dürfen weitere Daten (z. B. Selektionskriterien) hinzugespeichert werden.

Eine weitere Ausnahme für die Neukundengewinnung enthält § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 2. Alt. BDSG. Hiernach ist die Bewerbung mit eigenen Angeboten ohne Vorliegen einer Einwil-

ligung und ohne Bestehen einer Kunden-/Interessentenbeziehung zulässig, wenn die Daten des Betroffenen aus allgemein zugänglichen Verzeichnissen wie Adress-, Rufnummern- oder auch Branchenverzeichnisse entnommen werden können. Hierbei sind ggf. Urheberrechte des Herausgebers zu beachten. Der Begriff „allgemein zugängliches Verzeichnis“ ist enger auszulegen als eine „Quelle“ i. S. d. § 29 BDSG. So ist z. B. ein einzelner Eintrag im Internet zwar öffentlich zugänglich, aber noch kein Verzeichnis.

Transparente Nutzung und transparente Übermittlung für Werbezwecke

Für den Bereich der werblichen Ansprache von Neukunden ohne Vorliegen einer Einwilligung des Betroffenen ergeben sich weitere Zulässigkeitstatbestände aus § 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG (sog. transparente Übermittlung) und aus § 28 Abs. 3 Satz 5 BDSG (sog. transparente Nutzung).

Im Rahmen der transparenten Übermittlung kann das Unternehmen A seine Kundendaten an das Unternehmen B

für werbliche Zwecke übermitteln. Beide Unternehmen müssen diese Übermittlung (Herkunft und Empfänger) für den Zeitraum von zwei Jahren speichern. Das Unternehmen B kann hiernach die Daten von Unternehmen A für die Werbung für eigene Angebote verwenden. In dem Werbeschreiben ist jedoch dann auf das Unternehmen A als „ersterhebende Stelle“ hinzuweisen.

Bei der transparenten Nutzung (auch Empfehlungswerbung genannt) findet hingegen keine Übermittlung der Daten zwischen den Unternehmen statt. Entweder weist Unternehmen A in seiner Werbung auf die Angebote von Unternehmen B hin oder die Daten von Unternehmen A und das Werbeschreiben von Unternehmen B werden z. B. bei einem Lettershop zusammengeführt. Das Unternehmen B erhält somit nur dann Kenntnis von den Daten des Betroffenen, wenn dieser sich auf das Werbeschreiben hin bei ihm meldet. In dem Werbeschreiben ist Unternehmen A aber als „verantwortliche Stelle“ zu benennen. Dieses Konstrukt kommt häufig auch bei der Anmietung von Adressbeständen von Adresshändlern zum Einsatz.

Weitere Ausnahmeregelungen
Eine weitere Ausnahme von dem Einwilligungsvorbehalt

besteht in der Geschäftskundenwerbung (B2B). Nach § 28 Abs.3 Satz 2 Nr. 2 BDSG ist diese ohne Einwilligung zulässig, wenn die Werbung im Hinblick auf die berufliche Tätigkeit des Betroffenen und unter seiner beruflichen Anschrift erfolgt. Auch die steuerbegünstigte Spendenwerbung ist gem. § 28 Abs.3 Satz 2 Nr.3 BDSG ohne Einwilligung zulässig.

Weitere tatbestandsübergreifende Voraussetzungen

Alle vorgenannten Ausnahmen von dem Einwilligungsvorbehalt unterliegen zusätzlich gem. § 28 Abs. 3 Satz 6 BDSG einer Interessensabwägung. Hiernach ist zusätzlich noch zu prüfen, ob der werblichen Nutzung der Daten schutzwürdige Interessen der Betroffenen entgegenstehen, was in der Regel und sofern es sich nicht z.B. um Spezialversender handelt nicht der Fall ist.

Neben dem Hinweis auf das Werbewiderspruchsrecht bereits im Zeitpunkt der Datenerhebung verlangt § 28 Abs. 4 BDSG ferner diesen Hinweis auch wiederkehrend in jedem einzelnen Werbeschreiben. Eine Missachtung dieser Vorschrift kann mit einem Bußgeld belegt werden. Fazit und Ausblick

Es wird deutlich, dass gerade für das „klassische“ postalische Mailing eine Vielzahl von Möglichkeiten der Nutzung von Daten

für werbliche Zwecke ohne Vorliegen einer Einwilligung des Betroffenen im Bereich Bestandskunden und Neukunden bestehen. Für eine Vielzahl anderer Direktmarketingformen ist hingegen die Einholung einer wirksamen Einwilligung der Betroffenen zwingend erforderlich und risikobehaftet.

Abzuwarten bleiben die weiteren Entwicklungen in der EU und dort insbesondere der von der EU-Kommission vorgelegte Entwurf der EU-Datenschutz-Grundverordnung (KOM(2012) 11 endgültig). Die am 17.12.2012 von dem federführenden LIBE-Ausschuss des Europäischen Parlaments vorgelegten Änderungsvorschläge (Draft Report, 2012/0011(COD)) sehen u. a. eine werbliche Nutzung von Daten ohne Einwilligung nur noch für die eingeschränkte Bewerbung eigener Produkte und Dienstleistungen, ein Verbot der Profilbildung und eine weitere Verschärfung der Vorgaben für datenschutzrechtliche Einwilligungserklärungen vor.

Rechtsanwalt Markus Giese, Bonn, hat sich seit 1999 auf Datenschutzrecht spezialisiert und ist u. a. als externer Datenschutzbeauftragter für verschiedene Direktmarketingunternehmen tätig.

Rechtsanwalt
Markus Giese
Postfach 31 01 02,
53201 Bonn
Heideweg 1, 53229 Bonn

E-Mail: Rechtsanwalt.
Giese@t-online.de
www.kanzlei-giese.de

