

VII. Kundendatenschutz und Werbung unter der Regie der DS-GVO und des UWG

1. Vorbemerkungen
2. Nicht personalisierte Werbung
3. Personalisierte Direktwerbung
4. DS-GVO und Werbung

VII. Kundendatenschutz und Werbung unter der Regie der DS-GVO und des UWG

Von der Briefkastenwerbung zum Newsletter, Cold Call und Targeting

von Prof. Peter Gola

1. Vorbemerkungen

1.1 Die diversen Zwecke der Kundendatenverarbeitung

Datenschutz hat zur Aufgabe, Persönlichkeitsrechtsschutz zu gewährleisten; dies jedoch in einem ganz bestimmten, nämlich dem durch die Verarbeitung personenbezogener Daten geschaffenen Gefährdungsbereich. Datenschutzrechtliche Vorgaben sind im Kunden- und Marketingbereich

vgl. *Breinlinger, Datenschutz im Marketing, in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht (2002), S. 1186 ff.; Roßnagel/Jandt, MMR 2/2011, S. 86*

daher dann zu beachten, wenn zu diesem Zweck personenbezogene Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden sollen.

Zur Problematik insgesamt umfassend Gola/Reif, Kundendatenschutz, 3. Auflage 2011.

Erhoben werden Daten zunächst, um neue Kunden zu gewinnen. Dies geschieht zum einen, indem Adressdaten potenzieller Interessenten aus öffentlichen Quellen, von Adresshändlern, Drittfirmen oder bereits vorhandenen Kunden bezogen werden, und zum anderen, indem Daten potenzieller neuer Kunden durch nicht personenbezogene Werbung, z.B. per Couponanzeige, Bestellvordruck einer Briefwurfsendung, Preisausschreiben etc., gewonnen werden sollen.

Der nächste Schritt der Nutzung der Adressdaten erfolgt im Rahmen sog. Direktwerbung, d.h. unmittelbar an den Kunden gerichteter werblicher Ansprache. Insoweit bestehende Persönlichkeits- und datenschutzrechtliche Verpflichtungen hängen dann im Einzelnen davon ab, ob die Ansprache per Brief, Telefon, E-Mail, Fax, Internetwerbung oder persönlich erfolgen soll.

Mit der Zunahme des Online-Handels ist die Ansprache auf dem Bildschirm per Banner oder auch durch ganzseitige Einblendungen eine bedeutsame Möglichkeit nutzerbasierter Werbung.

Vgl. *Steinhoff, Nutzerbasierte Online-Werbung, K&R 2014, S. 86; Zeidler/Brüggemann, Die Zukunft personalisierter Werbung im Internet, CR 2014, S. 248; Möhrke-Sobolewski/Klas, Datenschutzkonformes Webtrecking, ITRB 2016, 182; Schirmbacher, Online-Marketing nach der DS-GVO – ein Annäherungsversuch. Datenschutzrechtliche Anforderungen an E-Mail-Marketing, Tracking und Targeting, ITRB 2016, 274*

Soll es zu einem Vertragsabschluss mit dem Interessenten kommen, so werden ggf. weitere Daten benötigt, um Entscheidungen über die Aufnahme und Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu treffen. Hierzu werden z.B. bei auf Kreditbasis abzuwickelnden Geschäften Bonitätsdaten bei Auskunftfeien erhoben.

Born, Bonitätsprüfung im Online-Handel, ZD 2015, S. 66.

Dabei spielt das Kredit scoring eine wesentliche Rolle, das auch nach dem BDSG n.F. (§ 31 Abs. 1) auch nach dem 24.5.2018 weiter zulässig sein wird.

Ehring/Glatzner, Kredit scoring nach der Datenschutzgrundverordnung. Sollen – und können – die bisherigen Regelungen des BDSG erhalten bleiben? PinG 2016, 211; Moos-oth/Kegel, Nutzung von Scoring-Diensten im Online-Versandhandel. Scoringverfahren im Spannungsfeld von BDSG und AGG und DS-GVO, ZD 2016, 561; Taeger: Scoring in Deutschland nach der EU-Datenschutz-Grundverordnung, ZRP 2016, 72

Oder es wird auf bereits vorhandene Kundendaten zurückgegriffen, um Näheres über die bisherige Gestaltung der Kundenbeziehung zu erfahren und bei der Entscheidung zu berücksichtigen. Dabei wird ggf. auch das Bestellverhalten von unter derselben Adresse bestellenden Kunden gleichen Namens berücksichtigt.

Ist der Vertragsabschluss getätigt, so werden Daten des Kunden zunächst zur Wahrnehmung der im Rahmen der Vertragsbeziehungen bestehenden Rechte und Pflichten verarbeitet.

Nach Abwicklung der Vertragsbeziehung werden die Kundendaten regelmäßig zur Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung bzw. zur Werbung für weitere Geschäftsabschlüsse mit dem Kunden genutzt. Dabei werden zum Zwecke der Kundenbindung, d.h. des Customer-Relationship-Managements,

Weichert, Kundenbindungssysteme – Verbraucherschutz oder der gläserne Konsument, DuD 2003, S. 161; Körfner, Datenschutzrechtliche Anforderungen an Kundenbindungssysteme, DuD 2004, S. 267; von Lewinski, Persönlichkeitsprofile und Datenschutz bei CRM, RDV 2003, S. 122

Daten des Konsumverhaltens des Kunden – die z.B. im Rahmen von Bonuskartensystemen breit gefächert erfasst wurden – im Rahmen des sog. Data Warehousings und Data Minings

Büllesbach, Datenschutz bei Data Warehouses und Data Mining, CR 2000, S. 11; Jacob/Jost, Marketingnutzung von Kundendaten und Datenschutz – ein Widerspruch? – Die Bildung von Konsumentenprofilen auf dem datenschutzrechtlichen Prüfstand, DuD 2003, S. 621

analysiert, um ihm seinem Profil entsprechende Angebote unterbreiten zu können.

Zur Ansammlung und Auswertung von Kundendaten im bargeldlosen Zahlungsverkehr siehe Eichler/Weichert, EC-Kartennutzung, elektronisches Lastschriftverfahren und Datenschutz, DuD 2011, S. 21.

Sogenanntes Targeting ermöglicht eine zielgruppengenaue Steuerung von Online-Werbung, indem das Nutzerverhalten mittels Cookies anhand der aufgerufenen Seiten und des Surfverhaltens festgestellt und zur Grundlage gezielter Werbung gemacht wird. Hierzu entwickeln Werbe- und Analyseunternehmen immer ausgeklügeltere Verfahren zur Nutzerverfolgung im Netz, zur Typisierung und Online-Identifizierung, um dann individualisiert Werbung ausliefern zu können („Online Behavioural Advertising“).

Sreball/Hermonies, Verkaufsförderung vs. Überwachungsdruck? – Zur Zulässigkeit der visuellen Kundenerfassung als Grundlage individualisierter Werbung, RDV 2012, S. 18; Arning/Moos, Location Based Advertising, ZD 2014, S. 126.

Auch ohne die rechtlich regulierte Verwendung von Cookies

Rauer/Ettig, Rechtskonformer Einsatz von Cookies, ZD 2015, S. 255

kommen neue Techniken wie das Canvas Fingerprinting zur Erstellung personalisierter Nutzerprofile zum Einsatz.

Dietrich, Canvas Fingerprinting, ZD 2015, S. 199; ferner BayLDA = RDV 2015, S. 271; TB 2013/14, Ziff. 7.7; Schmidt/Babilon, Anforderungen an den Einsatz von Cookies, Browser-Fingerprinting und ähnlichen Techniken im deutschen Recht, ZD 2016, 86

Erste Versuche gehen dahin, Kundenverhalten auch im Supermarkt zu beobachten, um jedenfalls anonymisierte Interessensdaten zu ermitteln.

Voigt, Gesichtserkennung zu Werbezwecken – erfolgt ein user tracking bald auch offline?, K&R 2016, 456

Insoweit spiegelt auch der neue Begriff „Big Data“ die ständig zunehmende Möglichkeit der „Kundendurchleuchtung“ wider.

Arning/Moos, Big Data bei verhaltensbezogener Online-Werbung, ZD 2014, S. 126. Cullik/Döpke: Zweckbindungsgrundsatz gegen unkontrollierten Einsatz von Big Data-Anwendungen – Analyse möglicher Auswirkungen des DS-GVO, ZD 2017, 225; Härtling, Big Data und Profiling nach der DS-GVO, ITRB 2016, 209

Darüber hinaus werden die Kundendaten ggf. anderen Unternehmen zur Verfügung gestellt. Das Interesse hieran kann sich aufgrund konzernmäßiger Verflechtungen, wie sie z.B. im Finanzverbund

Weichert, Datenschutzrechtliche Anforderungen an Data-Warehouse-Anwendungen bei Finanzdienstleistern, RDV 2003, S. 113

der Fall sind, ergeben; es kann aber auch allein in dem durch die Vermarktung der Daten zu erzielenden Gewinn bestehen.

Inwieweit diese Aktivitäten auch ohne den Willen des Betroffenen stattfinden dürfen, beschäftigt Rechtsprechung und Gesetzgebung seit geraumer Zeit.

1.2 Die Rechtsgrundlagen

Der Umgang mit Kundendaten im Rahmen von und nach Abschluss vertraglicher Beziehungen unterliegt – soweit er dateigebunden oder automatisiert erfolgt –, ab dem 25.5.2018 den Regelungen der DS-GVO. Es gilt das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt des Art. 6 Abs. 1 bzw. 9 Abs. 1 DS-GVO, nach dem die Verarbeitung von personenbezogenen Daten – beginnend mit ihrer Erhebung und endend mit ihrer Löschung – in jeder Verarbeitungsphase untersagt ist, sofern sie nicht durch die DS-GVO, eine vorrangige spezielle Rechtsnorm oder durch die Erlaubnis des Betroffenen gestattet wird. Erlaubnis- bzw. Verbotstatbestände enthalten Vorschriften, die die Nutzung von personenbezogenen Daten für Marketingzwecke speziell regeln. Hierzu zählen das Telekommunikationsgesetz (TKG) oder die Postdienstschutzverordnung (PDSV). Andere Gesetze regeln die Zuverlässigkeit der Verarbeitung von Kundendaten abschließend, ohne Werbezwecke zu benennen (z.B. für Sozialdaten in den Normen der Sozialgesetzbücher (SGB)).

Vgl. im Einzelnen Gola/Reif, Kundendatenschutz, Rdn. 272 ff.

Kundenbeziehungen werden auch durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb gestaltet (UWG), das unlautere Kundenkontakte untersagt, wozu speziell die uneingewilligte Telefon-, Fax- und E-Mail-Werbung gehören.

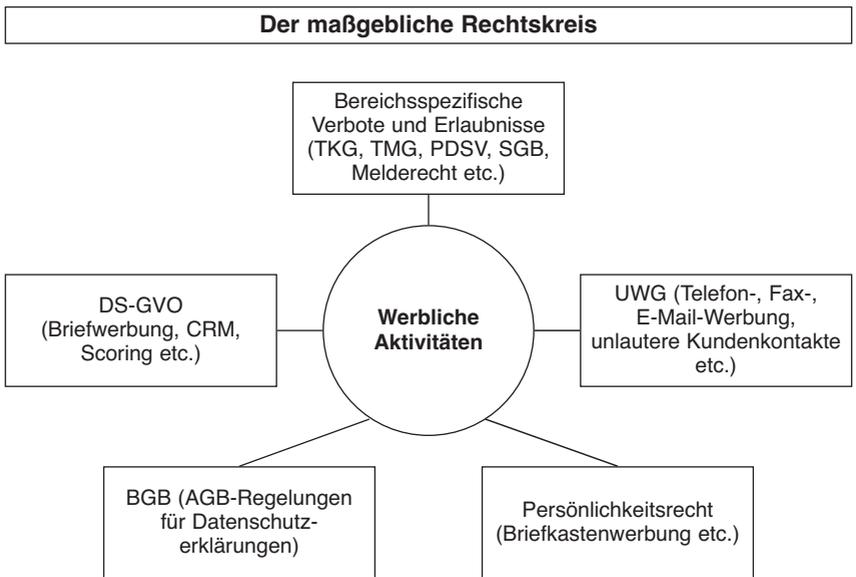
Zu den Wechselwirkungen von Datenschutz und Wettbewerbsrecht Eckhardt/Rheingans, Direktmarketing bei Bestandskunden ohne Einwilligung?, ZD 2013, S. 318 sowie nachfolgend Ziff. 3.6.

Keine gesetzliche Regelung findet sich für die nicht adressierte Briefkastenwerbung, bei der die Rechtsprechung die Schutzmöglichkeiten aus dem Anspruch auf Persönlichkeitsrechtsschutz ableitet.

Bedeutung kommt schließlich den im Bürgerlichen Gesetzbuch enthaltenen Vorschriften über die begrenzte Reichweite von Geschäftsbedingungen zu. Wenn Einwilligungserklärungen den Charakter einer Allgemeinen Geschäftsbedingung (AGB, § 307 ff. BGB) haben, was im Massengeschäft des Marketings regelmäßig der Fall sein wird,

Ayad/Schafft, Einwilligung in Direktmarketing – formularmäßig unwirksam?, BB 2002, S. 1711; Petri, Datenschutzrechtliche Einwilligung im Massengeschäftsverkehr, RDV 2007, S. 153; Zur Relevanz von Einwilligungen: Drewes, Dialogmarketing nach der DSGVO ohne Einwilligung des Betroffenen. Berechtigte Unternehmensinteressen bleiben maßgebliche Grundlage., CR 2016, 721

dann müssen sie sich an diesen Schutzvorgaben messen lassen.



Die Anforderungen der DS-GVO, des UWG und des BGB können gemeinsam verletzt sein. Nach dem

OLG Hamm, RDV 2011, S. 249

ist eine in einem Auftragsformular für Telekommunikationsdienstleistungen als Bestandteil der Geschäftsbedingungen enthaltene Klausel: „*Ich bin widerruflich damit einverstanden, dass der Anbieter meine Kontaktdaten (Post-, E-Mail-Adresse sowie Fax- und Rufnummer) zur Beratung und Werbung ausschließlich für eigene Zwecke nutzt und mir auf diesem Wege aktuell Produktinformationen bzw. Newsletter zukommen lässt. Meine Einwilligung kann ich jederzeit widerrufen.*“ gegenüber Verbrauchern und auch Unternehmen sowohl wegen Verstoßes gegen §§ 4, 4a Abs. 1 S. 1 BDSG (also jetzt Art. 7 DS-GVO) als auch gegen § 7 Abs. 2 UWG gemäß § 307 Abs. 2 BGB unwirksam.

1.3 Der Begriff und Mittel der „Werbung“

1.3.1 Allgemeines

Weder die DS-GVO noch das UWG oder z.B. die diesbezüglichen melderechtlichen Vorschriften geben eine Definition der von ihnen geregelten „Werbung“. Eine Werbung liegt nach der heranzuziehenden Definition in Art. 2 lit. A der Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung

vgl. BGH, GRUR 2009, S. 980, Rdn. 13 = WRP 2012, S. 725

bei jeder Äußerung mit dem Ziel vor, den Absatz von Waren oder Dienstleistungen zu fördern.

Dabei kann eine werbliche geschäftliche Handlung auch zugunsten eines fremden Unternehmens begangen werden. Erfasst werden ggf. auch Nachfragehandlungen nach einer Dienstleistung durch den Angesprochenen.

Vgl. im Einzelnen Ziff. 3.3.1.

Nicht mehr als Werbung einzuordnen sind Angebote in einer laufenden Vertragsverhandlung bzw. -beziehung.

Ebenfalls dient der Zweckbestimmung „Werbung“ im aufgezeigten Sinne nicht mehr der Adresshandel oder die Herausgabe von Adressverzeichnissen.

Noch keine unerlaubte Telefonwerbung soll in der Regel nach dem BGH

NJW 2010, S. 3239 = K&R 2010, S. 652

vorliegen, wenn ein Mitarbeiter nach einem Unternehmenswechsel die ihm aus seiner früheren Tätigkeit bekannten Kunden seines ehemaligen Arbeitgebers anruft, um sie von dem Wechsel in Kenntnis zu setzen.

1.3.2 Die gezielte Ansprache

Zur Beeinflussung von verhaltensrelevanten Einstellungen auf den Absatzmärkten dienen verschiedene Kommunikationsmittel. Genutzt werden zum einen die klassischen Medien der Massenkommunikation, mit denen keine gezielte Ansprache einzelner Personen, sondern ggf. von Personengruppen erfolgt. Hierzu zählen Printmedien (Zeitungen, Zeitschriften, Außenwerbung) und elektronische Medien (Radio, TV, Internet, Kino etc.).

Von diesen Medien sind Werbemedien zu unterscheiden, die darauf ausgerichtet sind, durch eine gezielte Einzelansprache einen direkten Kontakt zum Adressaten herzustellen und Anschlusskommunikation zu initiieren. Diese, als Direktwerbung oder Direct Marketing bezeichnete Art der Werbung, erstreckt sich weitgehend auf Werbebriefe, Prospekte, Druckschriften etc. Neben die Direktwerbung per Brief etc. ist die elektronische Variante in Form von Newslettern und E-Mails oder SMS und auch die auf Nutzerprofilen beruhende Werbung bei Nutzung des Internets getreten. Sogenannte Spam-Mails, also E-Mails, die automatisch an jede erreichbare E-Mail-Adresse versendet werden, haben zu massivem Abwehrverhalten beim Rezipienten geführt.

1.3.3 Nutzungsbasierte Online-Werbung

Die Technologien des Internet ermöglichen es, eine Online-Kampagne zielgruppengenau zu steuern. Hierfür stehen dem Werbetreibenden zahlreiche Techniken der Zielgruppeneingrenzung zur Verfügung, die unter den Begriff des Targeting (engl. target = Ziel) fallen.

Vgl. zu den Rechtsgrundlagen: Tavanti, Datenverarbeitung zu Werbezwecken nach der Datenschutz-Grundverordnung (Teil 2), RDV 295 (305)

Der Zielgruppenbestimmung kann erfolgen u.a. auf der Basis der Marktforschung ermittelten soziodemografischen Websiteumfeldern. Regionales Targeting ist die länder- und regionenbezogene Werbeansprache auf Basis des geografischen Sitzes des Nutzers.

Zu den Methoden der gezielten Ansprache: Schirmbacher, Online-Marketing nach der DSGVO – ein Annäherungsversuch. Datenschutzrechtliche Anforderungen an E-Mail-Marketing, Tracking und Targeting, ITRB 2016, 274; Schmidt/Babilon, Anforderungen an den Einsatz von Cookies, Browser-Fingerprinting und ähnlichen Techniken im deutschen Recht, ZD 2016, 86; Sobolewski/Klas, Datenschutzkonformes Webtracking, ITRB 2016, 182

Keyword Targeting zeigt Onlinewerbung auf Basis von Suchmaschinenanfragen.

Kontext-Targeting meint Onlinewerbung auf Basis von initiierten Klicks innerhalb redaktioneller Umfelder. Behavioral Targeting setzt auf die Analyse des Surfverhaltens eines Internetnutzers. Hierfür werden zum Beispiel die Klickpfade eines anonymisierten Nutzerprofils analysiert.

Re-Targeting platziert Onlinewerbung in Hinblick auf bereits vorhandene Nutzerdaten. Diese in anonymisierter Form vorliegenden Informationen wurden bei vorigen Websitebe-

suchen des Nutzers gespeichert und nach dem Wiedererkennungsprinzip genutzt, um Werbemittel interessengesteuert anzuzeigen.

Zur Zulässigkeit von Werbemaßnahmen im Internet vgl. auch Schulz in Gola (Hrsg.), DS-GVO Art. 6 Rdn. 81 ff.

Die bekannteste Form der „Schaltung“ der Werbung ist das Banner: ein in die Site eingebendeter Bereich (Fenster) mit der Aufforderung, per Mausklick auf die Site des Werbetreibenden zu wechseln. Die Homepage des Werbetreibenden ist mit dem Banner verlinkt und ermöglicht somit eine direkte Kommunikation mit dem Umworbene. Weitere Formen der Werbung im Internet sind z.B. die Keyword-Werbung oder Interstitial. Bei der Keyword-Werbung bucht der Werbende eine Kombination aus einem Banner und spezifischen Produktbegriffen, bei deren Eingabe in eine Suchmaschine das Angebot des Werbenden aufgelistet wird. Häufig sind diese Schlüsselwörter auch direkt in der Codierung einer Website versteckt. Am störendsten ist die, wie beim Fernsehen gängige, Unterbrecherwerbung. Unabhängig vom Verhalten des Nutzers wird plötzlich ein Interstitial auf einem Bildschirm präsentiert. Dieses kann im selben Fenster, in einem neuen Fenster oder auch gänzlich bildschirmfüllend sein. Es kann sich dabei um das Einblenden eines Banners, einer Videosequenz oder eines Werbespots handeln. Interstitials müssen vom Benutzer entweder manuell geschlossen werden oder enden nach Ablauf einer gewissen Zeit von selbst.

2. Nicht personalisierte Werbung

2.1 Briefkastenwerbung

Datenschutzrechtlich relevant sind die verschiedenen Formen der werblichen Ansprache, wenn sie auf der Verarbeitung personenbezogener Daten, also ggf. einer bloßen Adresse beruhen, um einen betroffenen Verbraucher gezielt anzusprechen. Persönlichkeitsrechte können aber auch durch nicht personalisierte Werbung verletzt werden.

Diesbezüglicher Ausgangspunkt der Rechtsprechung war – schon im Hinblick auf die Entwicklung der technischen Möglichkeiten des Marketings – die sog. Briefkastenwerbung durch Prospekte, Wurfsendungen etc.

So hat der BGH

NJW 1989, S. 902 = RDV 1989, S. 124; ferner BGH, RDV 1988, S. 124

zur Abwehr erkennbar unerwünschter Briefkastenwerbung (z.B. durch Anbringen von entsprechenden Briefkastenaufklebern) festgestellt, dass dem Empfänger als Haus- oder Wohnungseigentümer bzw. -besitzer aus §§ 1004, 903, 862 BGB das Recht zusteht, sich gegen eine Beeinträchtigung seiner räumlich-gegenständlichen Sphäre durch das Aufdrängen von unerwünschtem Werbematerial zur Wehr zu setzen. Gleichzeitig hat das Gericht entschieden, dass der Empfänger daneben bzw. sogar vorrangig – je nach der Lage des Falls – einen Abwehranspruch aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geltend machen kann. Der Wille des Bürgers, frei von den Suggestivwirkungen der Werbung zu bleiben und seinen Lebensbereich von jedem Zwang zur Auseinandersetzung mit Werbung nach Möglichkeit freizuhalten, wird ausdrücklich als schutzwürdig bezeichnet.

Vgl. hierzu ferner OLG Frankfurt, RDV 1988, S. 265; OLG Stuttgart, ZIP 1987, S. 1487; BVerwG, NJW 1989, S. 2409 = RDV 1989, S. 171.

Dem Abwehranspruch des Betroffenen trägt auch die Deutsche Post Rechnung, indem sie gemäß ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen Aufkleber mit der Aufschrift „Keine (Post-)Wurfsendungen“ bei mit der Tagespost an alle Haushalte verteilten, unadressierten Postwurfsendungen berücksichtigt.

Die Missachtung des Briefkastenaufklebers kann außerdem einen Verstoß gegen § 7 Abs. 1 UWG begründen.

Zum Verhältnis BDSG und UWG vgl. auch Gola/Reif, Datenschutzrelevante Aspekte des novellierten UWG, RDV 2009, S. 104.

Das Selbstbestimmungsrecht besteht auch gegenüber dem Einwurf von Anzeigeblättern, wobei der diesbezügliche Wille jedoch deutlich geäußert werden muss.

Der Aufkleber „Keine Werbung“ u.Ä. lässt einen derartigen Willen nicht erkennen: OLG Karlsruhe, NJW 1991, S. 2910; vgl. auch Rath-Glawatz, Rechtsfragen der Haushaltswerbung (Briefkastenwerbung) – dargestellt anhand der Rechtsprechung zur Markteinführung von „Einkauf Aktuell“, K&R 2007, S. 295.

Auch ohne Briefkastenaufkleber ist „An die Bewohner des Hauses“ gerichtete Werbepost zu unterlassen, wenn der Verbraucher dem Unternehmen mitgeteilt hat, von ihm keine Werbung erhalten zu wollen. Wiederholte Missachtung verstößt gegen § 8 Abs. 1 Nr. 3, § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG.

OLG München, RDV 2014, S. 110.

Anders verhält es sich bei Werbeprospekten, die abonnierten Zeitungen beigelegt sind, da der Abonnent diese Form der zur Finanzierung der Zeitung erforderlichen Werbung, die auch ansonsten in der Zeitung in Form von Annoncen enthalten ist, akzeptieren muss.

OLG Karlsruhe, NJW 1991, S. 2913, LG Bonn, NJW 1992, S. 1112.

Ebenfalls hinnehmen muss es der Adressat, wenn Werbung als „Zusatzinformation“ im Zusammenhang mit anderen gezielt an ihn gerichteten Informationen erfolgt. Dies jedenfalls, solange wie er nicht von seinem Widerspruchsrecht nach § 28 Abs. 4 BDSG Gebrauch macht.

So in der Werbung einer Bank auf dem Rand eines Kontoauszugs: LG Frankfurt, Urteil vom 16.11.1989 – 2/3 O 113/89.

Die „Beipackwerbung“ kann auch in der Werbung für Produkte anderer Firmen bestehen (§ 28 Abs. 3 S. 4 BDSG).

2.2 Sonstige nicht personalisierte Werbung

Unadressiert wie die Briefkastenwerbung ist auch die Scheibenwischerwerbung. Da hier der Belästigungsgrad höher und eine Abwehrmöglichkeit per Aufkleber u.Ä. nicht praktikabel ist, kann sie als unzumutbare Belästigung empfunden werden.

Ohly, UWG, 4. Aufl., § 7 Rdn. 77.

Werbematerial kann auch Passanten in die Hand gedrückt werden oder man versucht, sie in ein Verkaufsgespräch zu verwickeln. Auch Vertreter- und Hausiererbesuche finden häufig ungezielt statt, d.h. unabhängig davon, wer in dem Haus wohnt. Beide Formen sind zulässig, wenn der Angesprochene die Werbemaßnahme erkennen und er sich ihr ohne Weiteres entziehen kann. Eine Überrumpelung des Verbrauchers oder eine Täuschung über den eigentlichen Anlass der Ansprache führt zur Unlauterkeit (§ 4 Nr. 3; § 7 Abs. 1 S. 1 UWG). Im Übrigen gilt auch hier der Persönlichkeitsschutz.

In jedem Fall unzulässig ist es, ein erkennbares Verbot des Wohnungsinhabers („Betteln und Hausieren verboten“, „Für Vertreter verboten“) zu missachten. Eine Unzulässigkeit ist außerdem stets anzunehmen, wenn der Vertreter die Aufforderung eines besuchten Verbrauchers, die Wohnung zu verlassen, missachtet (§ 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 26 der sog. Schwarzen Liste).

Gegenüber Verbrauchern und Anbietern oder Nachfragern von Dienstleistungen (Marktteilnehmer gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG) findet sich eine allgemeine Verbotsnorm auch für nicht personalisierte Werbung in § 7 Abs. 1 UWG.

§ 7 UWG (Unzumutbare Belästigung)

(1) Eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, ist unzulässig. Dies gilt insbesondere für Werbung, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht.

3. Personalisierte Briefwerbung

3.1 Die DS-GVO als Rechtsgrundlage

Nach Inkrafttreten der DS-GVO am 25.5.2018 werden die bisherigen speziellen Vorschriften des BDSG zur Briefwerbung ersatzlos entfallen, da die DS-GVO speziellen Aussagen zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten zum Zwecke der Werbung oder des Adresshandels enthält. Ausdrückliche Erwähnung findet werbliche Nutzung allein in Art. 21 Abs. 2 im Zusammenhang mit einem dort geregelten speziellen Widerspruchsrecht.

Die Verarbeitung personenbezogener Daten zwecks werblicher Zwecke bedarf jedoch gemäß des grundsätzlichen „Verbots mit Erlaubnisvorbehalt“ (Art. 6 Abs. 1 DS-GVO) einer der dort genannten Erlaubnistatbestände, wobei an erster Stelle die Einwilligung der betroffenen Person steht (Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO). Ohne Einwilligung kommt für die hier anstehenden Sachverhalte der Werbung und des Adresshandels die Interessenabwägungsklausel des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO in Betracht.

Vgl. Tavanti, Datenverarbeitung für Werbezwecke nach der Datenschutz-Grundverordnung (Teil 1), RDV 2016, 231 8234 f)

3.2 Die Einwilligung

3.2.1 Allgemeine Anforderungen an die Einwilligung

Mangels anderer Erlaubnistatbestände oder ggf. aufgrund eines ansonsten bestehenden speziellen Verarbeitungsverbots für Werbezwecke bedarf die Verarbeitung von Daten zu Werbezwecken der Einwilligung der betroffenen Person. Soll die Datenverarbeitung zum Zwecke der Werbung auf die Einwilligung des Betroffenen gestützt werden, sind folgende Grundsätze aus Art. 7 DS-GVO zu beachten:

Die Einwilligung müssen freiwillig abgegeben werden und darf bei Vorliegen spezifischer Voraussetzungen nicht an den Abschluss eines Vertrages gekoppelt werden (Koppelungsverbot). In der Praxis kann diese Vorgabe zunächst auf Ebene der Technik sichergestellt werden (kein „conditional field“). Zudem sollte ein deutlicher Hinweis in der Einwilligungserklärung vorgehalten werden, dass die Abgabe auf freiwilliger Basis erfolgt.

Die Einwilligungserklärung muss informiert erfolgen. Hinsichtlich des Umfangs der Informationspflicht kann sich der Verantwortliche an dem in Rahmen gesetzlicher Verarbeitungsbefugnisse einzuhaltenden Katalog der Art. 13 DS-GVO orientieren. In jedem Fall ist der Betroffene über die Identität des Werbenden und über den Werbezweck zu informieren. Soll sich die Erklärung auf mehrere Werbende erstrecken, ist anzuraten, diese gesondert aufzuführen.

Einwilligungen sind nur wirksam, wenn sie unmissverständlich abgegeben werden. ErwG 32 DS-GVO konkretisiert diese Vorgabe dergestalt, dass zwar auch Konkludente Handlungen des Betroffenen eine Einwilligung darstellen können. Einschränkend sollen jedoch „Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit keine Einwilligung

darstellen“. Überaus fraglich wird daher sein, ob die – durch den BGH vorgenommene, für den BDSG – Einwilligungen auch über Opt-Out-Kästchen einholen zu können, nach Wirksamwerden der DS-GVO weiterhin Bestand haben wird. Die aus den § 4a Abs. 1 Satz 4, § 28 Abs. 3a BDSG bekannte Pflicht zur (drucktechnischen) Hervorhebung der Einwilligungserklärung in Fällen, in denen diese in schriftlicher Form und gemeinsam mit Erklärung zu anderen Sachverhalten eingeholt wird, bleibt gemäß Art. 7 Abs. 2 DS-GVO weiterhin Wirksamkeitsvoraussetzung.

Nach Auffassung der Datenschutzaufsichtsbehörden müssen Einwilligungserklärung bereits nach geltendem Recht als solche auch bezeichnet sein. Ein „Verstecken“ der Einwilligungserklärung in AGB oder der Datenschutzerklärung genügt danach nicht den insoweit bestehenden Transparenzanforderungen. Erforderlich ist auch nach DS-GVO ein gesonderter Hinweistext, aus dessen Gesamtbild deutlich wird, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche eine Einwilligung einholen möchte.

Auf Grund der Beweispflicht des für die Verarbeitung Verantwortlichen sollten Einwilligungen in einem speicherfähigen Format eingeholt werden (Protokollierung einschließlich Version der abgegebenen Erklärung). Von der DS-GVO nicht verlangt wird eine nach geltendem Recht geforderte jederzeitige Abrufbarkeit des Inhalts der Einwilligungserklärung in Sinne von § 13 Abs. 2 TMG bzw. § 28 Abs. 3a BDSG, soweit diese elektronisch eingeholt wurde. Auch sieht die DS-GVO für Fälle, in denen die Einwilligung in anderer Form als der Schriftform eingeholt wurde, keine Pflicht zur schriftlichen Bestätigung vor.

Vor Abgabe der Einwilligung ist der Betroffene gemäß Art. 7 Abs. 3 DS-GVO auf sein jederzeit bestehendes Widerrufsrecht hinzuweisen. Die Ausübung des Widerrufs muss „so einfach wie die Erteilung der Einwilligung“ sein. Nach Ausübung des Widerrufs ist eine auf der Einwilligung basierende Datenverarbeitung nicht mehr zulässig. Ob von einem Widerruf auch eine etwa bestehende gesetzliche Erlaubnis zur werblichen Datenverarbeitung tangiert wird, ist durch Auslegung des Begehrens des Betroffenen zu ermitteln – jedenfalls wird eine Äußerung, wonach man „keine Werbung mehr“ erhalten wolle, auch die gesetzliche Befugnis erfassen.

3.2.2 Koppelungsverbot

Bei der Beurteilung, ob eine Einwilligung freiwillig abgegeben wurde, muss gemäß Art. 7 Abs. 4 DS-GVO „in größtmöglichen Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich ist“. Die DS-GVO führt damit ein allgemeines Koppelungsverbot ein. Gemäß ErWG 43 DS-GVO gilt die Einwilligung nicht als freiwillig erteilt, wenn sie für die Erfüllung eines Vertrags nicht erforderlich ist. Die Norm soll dem Betroffenen auch bei Abschluss eines Vertrages eine Wahlfreiheit erhalten, ob neben der auf Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO basierenden Datenverarbeitung zur Abwicklung des Vertrages weitere, einwilligungsbasierte Datenverarbeitungen gestattet sein sollen. Relevant werden die Einwilligung und das Koppelungsverbot also erst, wenn Datenverarbeitungen nicht auf gesetzlicher Grundlage legitimiert werden können.

Im Zusammenhang mit Datenverarbeitungen zum Zwecke der Werbung ergeben sich Abgrenzungsprobleme, wenn für den Nutzer „entgeltfreie“, weil werbefinanzierte Inhalte und Dienstleistungen Vertragsgegenstand sind. Für diese Werbefinanzierung ist die (einwilligungsbasierte) Datenerhebung in wirtschaftlicher Hinsicht zwingend erforderlich. In der Praxis wird daher eine an der jeweiligen (Vertrags-) Typologie orientierte Gesamtschau erforderlich sein. Ist eine vertraglich geschuldete Leistung zwar entgeltfrei, die Preisgabe personenbezogener Daten zugleich aber die „Gegenleistung“ und kann der angebotene Dienst nur unter dieser Voraussetzung wirtschaftlich angeboten werden, sollte nicht zuletzt im Sinne des Verbrauchers nicht vom Vorliegen eines Koppelungsverbot auszugehen

sein. Anders wäre es, wenn die Leistung gegen erhöhtes Entgelt auch ohne die zusätzlich abverlangten Datenverarbeitungen erbracht werden könnte. Ob Einwilligungen, die in Rahmen von Gewinnspielen eingeholt werden, vom Koppelungsverbot ausgenommen sein. sollten, mag dahinstehen.

Vgl. zum eingeschränkten Koppelungsverbot: Tavanti, RDV 2016, 21 (235); zum ungeschränkten Regelung: Damann, ZD 2016, 311; ferner Gola in Gola (Hrsg.), Einleitung Rdn. 36; Schulz in Gola (Hrsg.), Ds-GVO Art. 6

3.2.3 Einwilligung als allgemeine Geschäftsbedingung

Ist die werbliche Ansprache nur nach erteilter Einwilligung des Betroffenen zulässig, so ist die Wirksamkeit der Einwilligung nicht nur an den Voraussetzungen der DS-GVO, sondern, wenn sie, was im Massengeschäft des Marketings regelmäßig der Fall sein wird,

Ayad/Schafft, Einwilligung in Direktmarketing – formularmäßig unwirksam?, BB 2002, S. 1711; Petri, Datenschutzrechtliche Einwilligung im Massengeschäftsverkehr, RDV 2007, S. 153

formularmäßig eingeholt wird, auch an den Anforderungen für die Wirksamkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen nach §§ 307 ff. BGB zu messen.

Vgl. Heidemann-Peuser, Rechtskonforme Gestaltung von Datenschutzklauseln, DuD 2002, S. 389; BGH, RDV 2008, S. 201 (Payback-Klausel); RDV 2010, S. 77 (Happy Digits).

Danach sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist (§ 307 Abs. 1 BGB).

Der BGH hat

NJW 1999, S. 1864; sowie RDV 2008, S. 201

derartige Bestimmungen in Formularverträgen ggf. selbst für den Fall als unwirksam erklärt, dass dem Kunden ausdrücklich freigestellt war, die Einwilligung jederzeit zu widerrufen.

Die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB finden auch Anwendung bei vorformulierten Erklärungen, die Verbraucher im Rahmen von Gewinnspielen abgegeben haben.

BAG, NJW 2013, S. 291;

Ein AGB-Verstoß kann auch in dem gleichzeitigen Verstoß gegen die Formvorschriften des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG liegen, weil die Einwilligung als Opt-out-Erklärung formuliert war.

OLG Jena, RDV 2011, S. 96.

Unter dem vom BGH aufgezeigten Aspekt missbilligt gewertet werden von der Rechtsprechung auch eine „Generalgenehmigung“ enthaltende Einwilligungsklauseln, durch die das Unternehmen und zugleich Dritte z.B. zu einer uneingeschränkten telefonischen Werbung ermächtigt werden sollen.

OLG Hamm, RDV 2006, S. 263; LG Bonn, RDV 2007, S. 77.

Danach ist eine inmitten einer Auftragsbestätigung enthaltene Erklärung, nach der das Einverständnis zur telefonischen Übermittlung weiterer interessanter Angebote per Handyservice erklärt wird, unwirksam. Im Übrigen würde eine Interpretation dieser Erklärung dahingehend, dass sie das Einverständnis mit telefonischen Angeboten von Drittanbietern enthalte, im Hinblick auf den für den Betroffenen unüberschaubaren Bereich des Adresshandels zudem eine unangemessene Benachteiligung darstellen.

Hinreichend präzisiert ist nach dem OLG Köln

K&R 2012, S. 268

eine Einwilligung zur Telefonwerbung durch Hilfs- und Wohlfahrtsorganisationen „betreffend Assistenzsysteme und Hilfsmittel in der Häuslichkeit“, bei der es dann um die telefonische Werbung für „Hausnotrufe“ geht. Nicht benannt werden müssen die Dienstleister, die die Telefonwerbung für den Werbenden durchführen. Gleichwohl ist nach § 102 Abs. 2 TKG die Nummer des anrufenden Call-Centers anzuzeigen. Nicht als hinreichend deutlich akzeptiert hat der BGH

NJW 2013, S. 291

eine Einwilligung in telefonische Informationen zu Produkten und Dienstleistungen sowie weiteren Angeboten, die im Zusammenhang mit Energie (Strom, Gas) stehen. Die unangemessene Benachteiligung liegt darin, dass der Verarbeitungsrahmen oder die Verarbeitungszwecke nicht eindeutig beschrieben sind und unangemessene Freiräume eröffnet werden.

3.3 Verarbeitungen ohne Einwilligung

3.3.1 Vorvertragliche Beziehung

Wendet sich ein an einem bestimmten Produkt oder dem Abschluss eines Vertrages interessierter potenzieller Kunde an das Unternehmen, kann dies zu im Rahmen vorvertraglicher Maßnahmen stattfindenden Werbeinformationen berechtigen. Nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO ist eine Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmäßig, wenn sie erforderlich ist für die Erfüllung eines Vertrages, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen. Der Begriff der Verarbeitung erfasst als Oberbegriff das Erheben der Daten, ihr Speichern, Übermitteln und jede sonstige Verwendung (vgl. Art. 4 Nr. 3 DS-GVO). Maßgebend ist, ob der Kontakt mit dem Kunden bereits derart ist, dass nebenvertragliche Pflichten entstehen. Ob damit bereits die Mittelung von Adressdaten bei der Anforderung eines Katalogs zur weiteren Speicherung der Daten nach Zusendung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO berechtigt, erscheint fraglich. Anders ist es bei individualisierten Angebotsanfragen oder Kostenvorschlägen.

Vgl. auch bei Tavanti, Datenverarbeitung zu Werbezwecken nach der Datenschutz-Grundverordnung (Teil 2), RDV 2016, 295.

3.3.2 Interessenabwägung

Gleichgültig, ob die Daten aus der Beziehung mit einem Kunden zur Werbung für eigene Produkte oder für die Produkte Dritter (Fremswerbung) genutzt werden sollen oder einem Dritten zu dessen Werbezwecken oder zur Vermarktung übermittelt werden sollen, mangels spezieller Regelung kommt als Erlaubnisnorm jedoch regelmäßig Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO in Betracht. Die Verarbeitung muss für die Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen (vgl. Art. 4 Nr. 9 DS-GVO; die Definition steht für den bisherigen Begriff der „verantwortlichen Stelle“) erforderlich sein, ohne dass datenschutzrelevanten Interessen oder Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Personen Vorrang einzuräumen ist.

Die Zulässigkeit der werblichen Nutzung basiert also auf einer Interessenabwägung, Konkret bedeutet dies bezogen auf Werbung und Marketing, dass der von der Verordnung (Art. 1) gewollte Schutz personenbezogener Daten mit dem Recht auf unternehmerische Freiheit in Einklang zu bringen ist.

Bei der Gewichtung des entgegenstehenden Interesses des Kunden sind die Qualität und die Quantität der Daten maßgeblich mitentscheidend. Insoweit mag dann auch das in der DS-GVO weggefallene Listenprivileg des BDSG als Auslegungskriterium Gewicht behalten. Ausgegangen werden kann aufgrund der derzeitigen gesetzlichen Regelung davon, dass bei einer Beschränkung auf den genannten Datenkatalog entgegenstehende schutzwürdige Interessen nur ausnahmsweise vorliegen werden

Das grundsätzlich zu bejahende Interesse der Wirtschaft an Werbemaßnahmen, hat

vgl. ErwGr. 47: „Die Verarbeitung zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden.“

zunächst regelmäßig Vorrang, wenn die werbliche Nutzung bei der Datenerhebung Zweckbestimmung war und der Betroffene hierüber informiert wurde.

Gemäß ErwG 47 DS-GVO ist nämlich zu prüfen, „ob eine betroffene Person zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten und angesichts der Umstände unter denen diese erfolgt, vernünftigerweise absehen kann, dass möglicherweise eine Verarbeitung für diesen Zweck erfolgen wird (reasonable expectations). Bestimmt werden die Erwartungen durch die umfassende Transparenz, die gegenüber der betroffenen Person hergestellt werden muss, durch Erfüllung der Informationspflicht nach Art. 13 DS-GVO und die sich aus Art. 21 Abs. 4 DS-GVO ergebende Hinweispflicht auf das Widerspruchsrecht. Wurden die Daten bei Dritten oder aus öffentlichen Quellen erhoben, ergibt sich die Informationspflicht aus Art. 14 DS-GVO.

Zu beachten ist jedoch, dass die Kenntnisnahme dieser Information und die nachfolgende Datenbekanntgabe keineswegs einer Einwilligung gleichgestellt werden kann. Überraschende und unakzeptable Verwendungen können nicht durch bloße Mitteilung legitimiert werden.

Die Informationspflicht besteht jedoch nur dann, wenn auch die Zweckbestimmung der werblichen Nutzung bei der Datenerhebung bereits gegeben ist. Erfolgt die Absicht der Weiterverarbeitung zu Werbezwecken erst nach Vertragsabschluss – was jedoch praxisfern wäre – muss eine solche Zweckänderung nach Art. 6 Abs. 4 DS-GVO zulässig sein.

3.3.3 Zweckänderung

Um herauszufinden, ob die spätere Zweckbestimmung mit der ursprünglichen kompatibel ist, hat der Verantwortliche einen sog. Kompatibilitätstest, worunter jedoch keine weitere Interessenabwägung zu verstehen ist, durchzuführen.

In diesen Kompatibilitätstest einzubeziehen sind die in Art. 6 Abs. 4 DS-GVO normierten Merkmale.

Die Aufzählung steht beispielhaft für weitere denkbare Kompatibilitätskriterien. Sind die weiteren Zwecke mit dem ursprünglichen Erhebungszweck vereinbar, bedarf es für die Zulässigkeit der Weiterverarbeitung gemäß ErwG 50 DS-GVO keiner gesonderten Rechtsgrundlage im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DS-GVO. Zwar sind auch kompatible Zwecke unterschiedliche Zwecke. Gleichwohl stützt sich die Verarbeitung zu kompatiblen Zwecken dann auf die Rechtsgrundlage der ursprünglichen Erhebung und Verarbeitung.

Ist die geplante Weiterverarbeitung nicht mit dem ursprünglichen Erhebungszweck vereinbar, soll eine Weiterverarbeitung nur dann zulässig sein, wenn hierfür eine Einwilligung der betroffenen Person oder eine spezialgesetzliche „Weiterverarbeitungsnorm“ im Recht der Union oder der Mitgliedstaaten vorliegt.

Entscheidend sollte daher sein: kann der Verantwortliche für einen mit der ursprünglichen Zweckbestimmung nicht zu vereinbarenden neuen Zweck ein berechtigtes Verarbeitungsinteresse darlegen, wäre ein Verbot der erneuten Nutzung schon vorliegender Daten und eine Verpflichtung hin zu einer (zulässigen) Neuerhebung eine bloße juristische Förmel

(Grundsatz der hypothetischen Neuerhebung). Der für die Verarbeitung Verantwortliche ist also nicht zur Neuerhebung verpflichtet, sofern eine solche ohne rechtliche und tatsächliche Hindernisse möglich wäre. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass die DS-GVO im Rahmen der sog. Vorabinformationspflicht des Art. 13 Abs. 3 ausdrücklich die Zulässigkeit einer Weiterverarbeitung für „einen anderen Zweck“ als den ursprünglichen Erhebungszweck anerkennt. Die Rechtsposition des Betroffenen wird durch die Vorabinformation einschließlich der Pflicht zum Hinweis auf das ihm zustehende Widerspruchsrecht geschützt.

Der Kompatibilitätstest des Art. 6 Abs. 4 DS-GVO betrifft auch Fälle der Übermittlung für Werbezwecke Dritter und werbliche Nutzungen von personenbezogenen Daten im Fremdinteresse zu, wenn diese Formen der Datenverarbeitung nicht bereits im Zeitpunkt der Festlegung des ursprünglichen Zwecks berücksichtigt wurden.

3.3.4 Besondere Schutzinteressen

In besonderen Situationen ist jedoch den Schutzinteressen der betroffenen Person in besonderer Weise Rechnung zu tragen.

3.3.4.1 Werbung gegenüber Kindern

Entgegenstehende Interessen von besonderem Gewicht sieht die Verordnung hinsichtlich der Verarbeitung der Daten von Kindern zu Werbezwecken (Art. 6 Abs. 1 lit. f), so dass eine Einwilligung in die diesbezügliche Datenverarbeitung regelmäßig benötigt wird. Gleichzeitig stellt die DS-GVO in Art. 8 erstmals Bedingungen für die Einwilligung eines Kindes auf. Die Norm beschränkt sich auf Einwilligungen im Kontext des Internet, sofern diese im Zusammenhang mit einem direkt an ein Kind gerichteten Angebot eingeholt werden. Die Bestimmung ordnet an, dass Kinder bis zum vollendeten sechzehnten Lebensjahr nicht selbstständig datenschutzrechtlich einwilligen können. Erforderlich ist vielmehr, dass die Einwilligung direkt durch die Erziehungsberechtigten oder aber mit deren Zustimmung abgegeben wird. Um dies sicherzustellen, hat der für die Verarbeitung Verantwortliche gemäß Art. 8 Abs. 2 DS-GVO „unter Berücksichtigung der verfügbaren Technik“ angemessene Anstrengungen zu unternehmen. Konkrete Vorgaben zur Umsetzung macht die DS-GVO nicht.

Gemäß Art. 8 Abs. 3 DS-GVO bleibt das allgemeine Vertragsrecht der Mitgliedstaaten, wie etwa die Vorschriften zur Gültigkeit, zum Zustandekommen oder zu den Rechtsfolgen eines Vertrages in Bezug auf ein Kind, unberührt. Ist ein Minderjähriger zivilrechtlich nach nationalem Recht zum Vertragsschluss berechtigt, rechtfertigt sich die mit dem Vertrag verbundene Datenverarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO. Einer zusätzlichen datenschutzrechtlichen Einwilligung der Eltern bzw. des Minderjährigen bedarf es nicht.

3.3.4.2 Besondere Datenkategorien

Generell untersagt ist bzw. bleibt die Verarbeitung der in Art. 9 Abs. 1 DS-GVO genannten besonderen Datenkategorien zur Auswahl der anzusprechenden Werbeadressaten. Art. 9 Abs. 1 DS-GVO verfügt ein grundsätzliches Verbot der Verarbeitung aufgezählter besonderer Datenkategorien, das jedoch nachfolgend in einer Reihe von abschließenden Ausnahmen durchbrochen wird. Besonderen Schutz genießen u.a. personenbezogene Daten, die Auskunft geben über die rassistische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen, die Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft, über Gesundheit, Sexualleben oder genetische Anlagen.

Sog. Ethnowerbung, d.h. die Auswertung von Namen nach ethnischer oder rassistischer Herkunft oder Religionszugehörigkeit, soll auf „vermuteten“ sensiblen Daten basieren und

ist unzulässig. Das Verbot darf auch nicht durch begriffliche Verschleierungen umgangen werden (z.B. Angehörige eines bestimmten Sprach- und Kulturraumes).

HessDSB, 42. TB (2013), Ziff. 4.4.1.

Erforderlich ist hier eine Einwilligung, die sich ausdrücklich auf die betroffenen Daten beziehen muss (Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO). Konkludente Einwilligungen sind unwirksam.

Eine Ausnahme besteht nur bei Daten, die die betroffene Person offensichtlich öffentlich gemacht hat (Art. 6 Abs. 2 lit. e DS-GVO). Bei der Verarbeitung solcher personenbezogenen Daten muss jedoch im Rahmen der weiterhin erforderlichen Abwägungsentscheidung ganz besonders intensiv geprüft werden, ob eine derartige Verwendung die vernünftige Erwartungshaltung des Betroffenen erfüllt oder sonst überwiegende berechnete Interessen des Betroffenen der Verarbeitung entgegenstehen.

3.4 Datenverarbeitung zu Werbezwecken Dritter

3.4.1 Übermittlung von Kundendaten an andere Werbetreibende

Die für die Verarbeitung der Daten für Werbezwecke maßgebende Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO kann auch Verarbeitungen dem Interesse eines Dritten, seine Produkte gezielt zu vertreiben, Vorrang geben.

Auch dabei ist zu beachten, dass die Zulässigkeit einer Datenweitergabe zu Werbezwecken wiederum wesentlich von den dem Betroffenen zur Verfügung gestellten Informationen abhängt. Die erforderlichen Informationen müssen auch hier bereits im Zeitpunkt der Direkterhebung bzw. sonstigen Ersterhebung, aber auch zu einem späteren Zeitpunkt zur Verfügung gestellt werden. Bei der Frage, wie genau die zukünftigen Empfänger benannt werden müssen, belässt die DS-GVO Spielraum. Gemäß Art. 13 Abs. 1 lit. e DS-GVO genügt neben der Angabe des konkreten Empfängers auch die Angabe der Kategorien von Empfängern.

Hat der für die Verarbeitung Verantwortliche im Zeitpunkt der Ersterhebung die Weitergabe der Daten zu Werbezwecken noch nicht definiert, bemisst sich die Zulässigkeit des dann zweckändernden Datenumgangs nach den in Art. 6 Abs. 4 DS-GVO enthaltenen Grundsätzen. Ob in Konsequenz des weiten Verarbeitungsbegriffs und der Erwähnung der Drittinteressen in Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO auch bei Datenübermittlungen zu Werbezwecken Dritter von einem kompatiblen Zweck im Sinne der Bestimmung ausgegangen werden kann, ist eine Frage, die erst durch den Europäischen Datenschutzausschuss bzw. EuGH abschließend geklärt werden wird. Um den hiermit verbundenen Unwägbarkeiten aus dem Weg zu gehen, empfiehlt es sich, über alle relevanten Zweckbestimmungen bereits bei Datenerhebung zu informieren.

3.4.2 Werbezwecke im Konzernverbund

Auch die DS-GVO kennt kein Konzernprivileg. Allerdings findet sich in ErwG 48 DS-GVO die Aussage, dass ein berechtigtes Interesse zur Übermittlung personenbezogener Kundendaten innerhalb einer Unternehmensgruppe für „interne Verwaltungszwecke“ bestehen kann. Zwar können Datenverarbeitungen zu Zwecken der Werbung nicht Verwaltungszwecken gleichgesetzt werden, jedoch kann das zentral bei einer Konzerngesellschaft geführte Kundendatensystem ein Verwaltungszweck in z.B. gemeinsamen CRM-Maßnahmen haben. Im Rahmen der Interessenabwägung sind bei einer konzerninternen Übermittlung die berechtigten Interessen der Unternehmen in der Regel höher und die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Personen niedriger als beim Austausch zwischen konzernfremden Unternehmen zu bewerten.

Die Verordnung regelt gesondert die Konstellation, dass mehrere Unternehmen gemeinsam für einen Datenbestand verantwortlich sein können (Artikel 26).

3.4.3 Adresshandel

Für das dem Adresshandel zugrunde liegende Übermitteln von postalischen Kontaktadressen konkreter Personen vom Adressseigner, der diese Daten ggf. auch für eigene Zwecke verarbeitet, direkt an den Adresserwerber gelten die zur Übermittlung von Daten zu Werbezwecken Dritter gemachten Aussagen. Eine derartige Weitergabe findet unmittelbar zu Werbezwecken des Erwerbers statt. Die notwendige Information gemäß Art. 13 bzw. 14 DS-GVO führt im Rahmen der Abwägung dazu, dass die vernünftige Erwartungshaltung des Betroffenen erfüllt ist.

Eigentliche Adresshändler verarbeiten die Adressdaten aber ausschließlich zu deren Vermarktung. Hierzu gehören Adressverlage, die überwiegend aus öffentlich zugänglichen Quellen Adressdaten erheben, mithilfe statistischer Erkenntnisse zielgruppenspezifisch anreichern und die so aufbereiteten Information am Markt anbieten.

Dabei bedarf jede dieser einzelnen Verarbeitungsphasen einer gesonderten Rechtfertigung. In die vorzunehmende Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO kann auch ein Adresshändler grundrechtlich gesicherte Positionen einbringen, etwa solche aus Art. 12 und Art. 14 GG bzw. Art. 15, 16 und 17 GrCh (Berufsfreiheit, unternehmerische Freiheit, Eigentumsfreiheit). Ob die widerstreitenden Interessen des Betroffenen diese Grundrechte überwiegen, ist eine Frage des Einzelfalls, wobei, wie zuvor dargestellt, der DS-GVO keine ausdrückliche Begrenzung der nutzbaren Datenarten zu entnehmen ist. Dass bei Verwendung ausschließlich öffentlich zugänglicher Daten das Interesse der betroffenen Person das Verarbeitungsinteresse eines Adressverlages überwiegt, wird auch in Zukunft eher die Ausnahme sein.

Hinsichtlich der auch bei Verarbeitung öffentlich zugänglicher Daten erforderlichen Transparenzpflichten verlangt Art. 14 Abs. 3 lit. b DS-GVO, die betroffene Person spätestens im Zeitpunkt der ersten werblichen Ansprache umfassend zu informieren. Ist die Offenlegung der Daten an Dritte beabsichtigt, sind die Informationen spätestens im Zeitpunkt der Offenlegung mitzuteilen (Art. 14 Abs. 3 lit. c DS-GVO).

Verarbeitung von Kundendaten ohne Einwilligung



zur Begründung, Durchführung und Beendigung einer rechtsgeschäftlichen Beziehung
(Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO)



zur Bewertung des Kunden, z.B. Warnung vor weiteren Geschäften, besondere Kundenbindung, CRM
(Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO)



zur Nutzung (Übermittlung) für eigene und fremde Werbezwecke
(Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO)

3.5 Empfehlung- und Beipackwerbung

Eine Verarbeitung, d.h. konkret eine Datennutzung im Interesse eines Dritten, findet statt, wenn dem Kunden Werbung dieses Dritten, sei es als alleinige Nachricht (Empfehlungswerbung) oder als Zusatzinformation zu eigener (Werbe-)Post zugesendet wird.

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass im Falle der Beipackwerbung ggf eine Datenverarbeitung gar nicht stattfindet. Jedenfalls ist das bei dem Beilegen von Werbemitteln in noch unbefüllte unetikettierte Kartons auf einer Packstraße eines Versandhändlers der Fall. Das Gleiche gilt für das Beilegen nach dem Befüllen mit der zu versendenden Ware, sofern das Werbemittel allen und nicht nur einer vorselektierten Auswahl von Adressaten beigelegt wird. Erst dann, wenn ein Widerspruch des Betroffenen beachtet werden muss, werden personenbezogene Daten verarbeitet und der Anwendungsbereich des Datenschutzrechts eröffnet. Zu beachten ist jedoch, dass sich die Pflicht zur Berücksichtigung eines derartigen Widerspruchs auch dann nicht aus datenschutzrechtlichen Vorgaben ergibt, sondern aus der Pflicht zur Berücksichtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Adressaten der Sendung.

Vgl. bei Schulz in Gola (Hrsg.), DS-GVO, Art. 6 Rdn 74 f

Ist die Beipack- oder Empfehlungswerbung dagegen an individuell ausgewählte Adressen gerichtet, findet die DS-GVO Anwendung. In diesen Fällen kommt es wesentlich auf die Frage an, ob der Betroffene mit einer entsprechenden Datenverarbeitung rechnen konnte, im Ergebnis also darauf, ob der für die Verarbeitung Verantwortliche den Betroffenen im Zeitpunkt der Datenerhebung auf diesen Zweck hingewiesen hat und die Informationspflichten des Art. 13 DS-GVO einschließlich des Hinweises auf das Recht zum Widerspruch eingehalten hat. Ist dies der Fall, steht auch derartige Datenverarbeitungen grundsätzlich nichts im Wege. Die DS-GVO erachtet in Art. 6 Abs. 1 lit. f ausdrücklich auch eine Verarbeitung zu (Werbe-)Zwecken Dritter als zulässig. In jedem Fall sollte diese Form der Datenverarbeitung schon im Zeitpunkt der Erhebung der Daten transparent gemacht werden, um die Erwartungshaltung der betroffenen Person zu begründen..

Erfolgt die Entscheidung über die Datennutzung für Werbezwecke Dritter erst in Nachhinein, bzw. wurde der Beworbene über die Absicht nicht informiert, ergibt sich wiederum die Frage, ob sich eine Datennutzung für Werbezwecke Dritter als mit dem ursprünglichen Erhebungszweck vereinbarende Datenverarbeitung darstellt, was auf Basis des dargestellten Kompatibilitätstests (Art. 6 Abs. 4 DS-GVO) einzelfallbezogen zu ermitteln ist.

Erfolgt die Nutzung von Kundendaten im Drittinteresse jedoch unter Einschaltung eines Dienstleisters (sog. Lettershop-Verfahren) wird sichergestellt, dass personenbezogene Daten nicht an ein werbendes Unternehmen übermittelt werden.

3.6 Widerspruchsrechte

3.6.1 Das Widerspruchsrecht der DS-GVO

Die DS-GVO knüpft die Verarbeitung bzw. Nutzung zu Werbezwecken an die informierte Duldung an, d.h., der Betroffene ist vor der Nutzung oder der Weitergabe der Daten über das ihm eingeräumte Widerspruchsrecht zu informieren, wobei bei Nichtausübung des Widerspruchsrechts die entsprechende Nutzung erfolgen darf. Für die hier vorausgesetzte informierte Duldung ist es erforderlich, dem Betroffenen präzise anzugeben, welche Daten an wen weitergegeben werden sollen, sofern er nicht in der vorgesehenen Form, z.B. durch Unterschrift oder Ankreuzen eines hierfür vorgesehenen Kästchens, widerspricht. (Art. 21 Abs. 2 DS-GVO). Das Widerspruchsrecht erstreckt sich ausdrücklich auch auf ein Profiling, soweit es mit der Direktwerbung in Verbindung steht.

Zur Zulässigkeit der Profilbildung und des Werbescorings vgl. bei Schulz in Gola (Hrsg.), DS-GVO Art. 6 Rdn. 69 f.

Der Widerspruch kann sich zunächst dagegen richten, dass das werbetreibende Unternehmen die Daten des Betroffenen für eigene Werbezwecke nutzt. Er kann sich auch nur gegen die Weitergabe der Daten an andere Werbetreibende richten.

Folge des Widerspruchs ist zunächst ein entsprechendes Verwendungsverbot, wonach mit Zugang (§ 130 BGB) des Widerspruchs die Nutzung und/oder Übermittlung der Daten zu den beanstandeten Zwecken der Werbung und/oder Markt- und Meinungsforschung unzulässig ist. Gleiches gilt auch für zukünftige Erhebungen von Daten zu denselben Zwecken. Die Umsetzung des Widerspruchs hat unverzüglich zu erfolgen, da eine nachfolgende Werbenutzung unzulässig ist. Jedoch kann ein „ohne schuldhaftes Zögern“ (§ 121 BGB) auch noch vorliegen, wenn die Kontaktdaten des Betroffenen sich in einem angelaufenen Verarbeitungsvorgang befinden, also z.B. ein adressierter Brief manuell herausgesucht werden müsste. Der Betroffene sollte entsprechend informiert werden.

AK des Düsseldorfer Kreises, RDV 2014, S. 49, Ziff. 5.3.

Breibt ein Unternehmen für ein anderes Beipack- oder Empfehlungswerbung, muss der Betroffene nicht nur auf die Möglichkeit des Werbewiderspruchs hingewiesen werden. Vielmehr muss auch anschließend die verantwortliche Stelle eindeutig erkennbar sein. Bei der Datenerhebung ist entsprechend darüber zu informieren, dass die Daten zwar nicht übermittelt, aber auch für fremde Werbezwecke genutzt werden.

Erfüllt werden muss der Hinweis spätestens zum Zeitpunkt der ersten Kommunikation (Art. 21 Abs. 4 DS-GVO). Der Hinweis muss verständlich und losgelöst von anderen Informationen erfolgen. Die Daten sind ggf. zu löschen (Art. 17 Abs. 1 lit. c DS-GVO).

Sind die Daten nicht ausschließlich zu Werbezwecken, sondern – zulässigerweise – auch mit einer anderen Zweckbestimmung (z.B. in einer nicht nur der Werbung dienenden Kundendatei) gespeichert, so bleiben die Daten mit diesem Verarbeitungs- und Nutzungszweck weiterhin legitim gespeichert. Das werbungsbezogene Nutzungsverbot ist jedoch zu vermerken, d.h., die Daten sind für den Werbezweck zu sperren. Dies hat entweder dadurch zu geschehen, dass der jeweilige Datensatz mit einem entsprechenden Vermerk versehen wird, oder dadurch, dass eine separate Sperrdatei aufgebaut wird, mit der vor der Durchführung von Werbeaktionen ein Abgleich vorzunehmen ist.

Auch ausschließlich zu Werbezwecken gespeicherte Daten können bei Vorliegen eines Widerspruchs u.U. nicht vollständig gelöscht werden. Um dem Wunsch des Betroffenen nach Unterlassung der Werbung Rechnung zu tragen, muss diese Tatsache nämlich in einer Sperrdatei weiterhin gespeichert bleiben, wenn künftig für Werbeaktionen fremdes oder neu angekauftes Werbematerial (mit-)verwendet werden soll, da nicht auszuschließen ist, dass die Person, die den Widerspruch erhoben hat, in den Neudressen wieder auftaucht. Über die beabsichtigte Aufnahme in die Sperrdatei und deren Zweck ist der Betroffene zu benachrichtigen, um ggf. ein entgegenstehendes Interesse geltend machen zu können. Dies gilt jedenfalls für den Fall, dass er die Löschung seiner Daten beantragt hat. Möglicherweise wird es dem Betroffenen dann lieber sein, zufällig hin und wieder von unverlangter Werbung „belästigt“ zu werden, als in einer Art „Querulantendatei“ gespeichert zu sein.

Der Verstoß gegen die Pflicht zur Information über das Werbewiderspruchsrecht (Art. 83 Abs. 5 lit. b DS-GVO) bzw. die Fortsetzung der Verarbeitung für diesen Zweck nach erfolgtem Widerspruch ist ein Bußgeldtatbestand.

3.6.2 Spezielle Widerspruchsrechte

Ein Beispiel für die vorab zu eröffnende Widerspruchsmöglichkeit ist § 6 Abs. 3 der Handwerksordnung, nach dem die „Grunddaten“ des Inhabers des Handwerksbetriebs auch in listenmäßiger Form an private Interessenten übermittelt werden dürfen, sofern der Betrof-

fene nicht widersprochen hat, wobei die Gewerbetreibenden auf dieses Widerspruchsrecht vor der ersten Übermittlung schriftlich hingewiesen werden müssen.

Eine ähnliche Regelung enthält § 9 Abs. 4 des Gesetzes zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern. Danach dürfen die „Grunddaten der Kammermitglieder zur Förderung von Geschäftsabschlüssen und zu anderen dem Wirtschaftsverkehr dienenden Zwecken“ an nichtöffentliche Stellen weitergegeben werden. Die Weitergabe der weiteren Daten setzt die Nichtausübung eines zuvor schriftlich mitgeteilten Widerspruchsrechts voraus.

Hinzuweisen ist ferner auf das Melderecht, das den Meldebehörden in verschiedenen Fallkonstellationen gestattet, Meldedaten an Dritte zu Marketingzwecken weiterzugeben.

Das „neue“ Melderecht tritt erst am 1.11.2015 in Kraft; vgl. Abel, Das neue Melderecht – Folgen für den nichtöffentlichen Bereich, RDV 2013, S. 179; Ehmann, Einfache Melderegisterauskunft – praktisch bedeutsam und rechtlich tückisch, ZD 2013, S. 199.

So dürfen die Meldebehörden Auskünfte über Alters- oder Ehejubiläen erteilen, wenn der Betroffene nicht widersprochen hat, wobei die Behörde den Bürger bei der Anmeldung auf diese Widerspruchsmöglichkeit hinzuweisen hat.

Das OLG Bremen

CR 1992, S. 566

hat klargestellt, dass die Behörde die in ihr Ermessen gestellte Auskunft nicht allein deshalb untersagen darf, weil der Auskunftssuchende die Information für Werbezwecke (hier: Marketingaktion für Seniorenwohnheime) nutzen will.

Ähnliche Regelungen gelten für die Weitergabe von Meldedaten an politische Parteien zwecks Wahlwerbung.

Ähnlich reglementiert § 95 Abs. 2 S. 2 und 3 TKG, wonach ein Diensteanbieter, der im Rahmen einer bestehenden Kundenbeziehung rechtmäßig Kenntnis von der Rufnummer oder der Postadresse, auch der elektronischen, eines Teilnehmers erhalten hat, diese für die Versendung von Text- und Bildmitteilungen an ein Telefon oder an eine Postadresse zu Werbe- und Marktforschungszwecke verwenden darf, es sei denn, dass der Teilnehmer widersprochen hat, wobei der Teilnehmer bei der Erhebung oder der erstmaligen Speicherung der Rufnummer oder Adresse und bei jeder Versendung einer Nachricht auf sein Widerspruchsrecht hinzuweisen ist.

§ 4 Abs. 1 PDSV gestattet einem Postdienstleister die Nutzung der Bestandsdaten für Werbezwecke, sofern der Kunde nach Hinweis auf sein Widerspruchsrecht nicht widersprochen hat

3.6.3 Robinsonlisten

Zur Vermeidung unerwünschter Brief-, Telefon- bzw. E-Mail-Werbung bieten verschiedene Organisationen sogenannte Robinsonlisten an.

Vgl. www.robinsonliste.de; www.telerobinson.de; www.retaurs.de/robinsonliste; www.smsrobinsonliste.de; www.e-robinson.de.

Ob ein allgemeiner Widerspruch in Form eines Eintrags in die sog. „Robinsonliste“ der Werbewirtschaft beachtet werden muss, d.h., ob bei einer Werbemaßnahme ohne Abgleich mit der Liste schutzwürdige Interessen verletzt werden, ist strittig.

Weichert, Datenschutzrechtliche Probleme beim Adressenhandel, WRP 1996, S. 522.

Zudem gehen diese Listen weitgehend ins Leere, da für die Telefon- bzw. E-Mail-Werbung im Regelfall ohnehin die Einwilligung des Betroffenen erforderlich ist. Relevanz kann der Eintrag also nur gegenüber elektronischer Ansprache haben, die ausnahmsweise ohne

Einwilligung zulässig ist (Markt- und Meinungsforschung), oder für den Ausschluss mutmaßlicher Einwilligungen im geschäftlichen Bereich.

4. Das UWG und werbliche Kontakte

4.1 Unlautere Kundenansprache

Den Wegen zur Gewinnung neuer Kunden gibt zudem das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG)

Gesetz in der Fassung vom 3. Juli 2004 (BGBl. I, S. 1414), zuletzt geändert durch Gesetz vom 29. Juli 2009 (BGBl. I, S. 2413)

Grenzziehungen vor, indem es untersagt, dass der Kunde über wahre Absichten getäuscht oder „über den Tisch gezogen“ wird oder dass er in unzumutbarer Weise belästigt wird.

Vgl. Gola/Reif, Datenschutzrelevante Aspekte des novellierten UWG, RDV 2009, S. 104; Hanloser, Neuer Rechtsrahmen für das Direktmarketing, DB 2009, S. 663; Kamlah/Hoke, Datenschutz und UWG – Unterlassungsansprüche bei Datenschutzverstößen, RDV 2008, S. 226.

Fälle unlauteren Handelns zählen die §§ 4 bis 7 UWG auf, wobei die Tatbestände gleichzeitig auch Normen der DS-GVO verletzen können. Hier sind beispielhaft zu nennen:

- **Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit durch Ausübung von Druck etc. (§ 4 Nr. 1 UWG)**

Hier wäre gleichzeitig die Freiwilligkeit der Einwilligung bzw. der Datenbekanntgabe in Zweifel zu ziehen. Auch ein „übertriebenes Anlocken“ durch das Versprechen von Zusatzleistungen kann hierunter fallen. Dies ist der Fall, wenn die Zusatzleistung derart ist, dass die Rationalität der Nachfrageentscheidung verdrängt wird. Insoweit noch keine Bedenken hat das OLG Hamburg,

Urteil vom 10.4.2003 – I ZR 291/00

wenn bei Begründung einer zweijährigen Mitgliedschaft in einem Buchclub fünf Bücher unentgeltlich überlassen werden sollen.

- **Ausnutzen des Alters, der Unerfahrenheit, einer Zwangslage etc. (§ 4 Nr. 2 UWG)**

Die Erhebung von Daten von Kindern als Mitglied in einem Kinder-Automobil-Club durch einen Autohersteller zwecks frühzeitiger Kundenbindung ist wegen Verstoßes gegen die DS-GVO und das UWG ohne Einwilligung der Eltern unzulässig.

OLG Frankfurt a.M., RDV 2005, S. 270.

Werden Minderjährige zwecks der Erhebung von Werbedaten zur Teilnahme an einem Gewinnspiel animiert, so ist nach der Rechtsprechung des BGH

RDV 2015, S. 89

die eingeholte Einwilligung aufgrund der in § 4 Abs. 3 UWG untersagten Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit Minderjähriger wettbewerbswidrig, wobei das auch für Minderjährige im Alter über 15 Jahren gilt. Auch 15- bis 17-jährige Teilnehmer können nach Ansicht des BGH die mit der Preisgabe der Daten und mit der Einwilligungserklärung ihnen entstehenden Nachteile sowie die wirtschaftlichen Vorteile, die sich das werbende Unternehmen davon verspricht, nur schwer erkennen. Daran ändere sich nichts durch die zunehmende Erfahrung von Jugendlichen mit Medien und auch die Tatsache, dass Minderjährige nach Vollendung des 15. Lebensjahrs ihre Krankenkasse selbst wählen dürfen.

Auch wenn der BGH als weiteres Argument erwähnt, dass Jugendliche eher als Erwachsene zu der Teilnahme an einem Gewinnspiel neigen und in diesem Zusammenhang leichter zur Datenbekanntgabe „verführt“ werden können, ist die Verbindung der Datenerhebung zu Werbezwecken bei Minderjährigen nicht nur allein wegen einer Verknüpfung mit

dem Gewinnspiel unlauter. Denn die Teilnahme an einem Gewinnspiel allein ist Jugendlichen durchaus weiter möglich. Dagegen bedarf die werbliche Nutzung der Daten der Jugendlichen generell der Einwilligung der Eltern.

Nicht nur als unzumutbare Belästigung, sondern wegen der Ausnutzung einer Zwangslage ist die Werbung eines Abschleppunternehmens oder Rechtsanwalts am Unfallort wettbewerbsrechtlich unzulässig.

- **Verschleierung des Werbecharakters der Wettbewerbshandlung (§ 4 Nr. 3 UWG):**

Dies ist z.B. der Fall, wenn Daten unter Vorspiegelung einer Meinungsumfrage zu Werbezwecken erhoben werden sollen oder wenn Teilnehmer eines angeblichen Preisausschreibens zu einer Gewinnausgabe eingeladen werden und es sich tatsächlich um eine Verkaufsveranstaltung handelt.

- **Verschleierung der Teilnahmebedingungen bei Preisausschreiben oder Gewinnspielen mit Werbecharakter (§ 4 Nr. 5 UWG):**

Soll der Gewinner eines „Sweepstake“ zu Werbezwecken mit Bild veröffentlicht werden, genügt ein Hinweis in den AGB nicht.

OLG Karlsruhe, RDV 1988, S. 146.

Die auf einer Teilnehmerkarte für ein Gewinnspiel unter der Rubrik „Telefonnummer“ enthaltene Angabe „Zur Gewinnbenachrichtigung und für weitere interessante telefonische Angebote aus dem Abonnentenbereich, freiwillige Angabe, das Einverständnis kann jederzeit widerrufen werden“ genügt nicht dem Transparenzgebot des § 4 Nr. 5 UWG.

BGH, MMR 2011, S. 531 = RDV 2011, S. 187.

- **Irreführung des Verbrauchers (§§ 5, 5a UWG)**

Irreführende geschäftliche Handlungen, die auch durch unterlassene Aufklärung realisiert werden können, können auch darin bestehen, dass eine Aufklärung über verfolgte Datenverwendungszwecke nach § 4 Abs. 3 BDSG unterbleibt, die den Geschäftspartner ansonsten vom Geschäftsabschluss abgehalten hätten.

Vgl. Gola/Reif, Datenschutzrelevante Aspekte des novellierten UWG, RDV 2009, S. 104.

- **Verlangen überflüssiger Unterlagen**

Nach § 3 Abs. 3 UWG und Nr. 27 der Anlage ist unlauter, wenn zur Vermeidung einer Versicherungszahlung vom Verbraucher die Vorlage von Unterlagen verlangt wird, die zum Nachweis eines Anspruchs nicht erforderlich sind.

- **Unzumutbare Belästigungen (§ 7 UWG)**

Unlauter handelt außerdem, wer Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt (§ 7 Abs. 1 UWG). Für die Wettbewerbswidrigkeit bestimmend ist dabei nicht nur das Gewicht der Belästigung im konkreten Einzelfall, sondern auch der Grad der Belästigung, der bei einem Umsichgreifen der Werbemethode eintreten würde. Eine derartige Belästigung kann in einem Eindringen in die Individualsphäre, z.B. durch das sog. Anreißern von Kunden, d.h. das gezielte Ansprechen von Passanten an öffentlichen Orten, bestehen, wenn der Werbende zunächst als solcher nicht erkennbar ist und der Angesprochene sich nicht sofort dem Gespräch entziehen kann.

BGH, RDV 2004, S. 218.

Vgl. Ziff. 3.3.

Unter den Tatbestand fallen auch Werbeschreiben, die kurz nach dem Todesfall von einem Unternehmer, der Grabmale vertreibt, an Hinterbliebene gerichtet werden. Nach dem BGH

RDV 2011, S. 85

ist diese „Schonfrist“ vor derartiger Werbung aber nach zwei Wochen nach dem Todesfall abgelaufen.

Ein konkret geregelter Tatbestand einer unzumutbaren Belästigung sind unerbetene Telefonanrufe.

Keinen wettbewerbsrechtlichen Verstoß hat das BGH

RDV 2011, S. 295

in der unaufgeforderten Zusendung von Kreditkarten erkannt. Die Karte war bereits funktionsfähig und musste bei entsprechender Erklärung des Kunden nur noch freigeschaltet werden. Da dem Kunden nach Ansicht des Gerichts klar sein musste, dass die Karte nur mit seinem Willen in Kraft gesetzt wird und er sie ansonsten ohne Weiteres vernichten kann, wurde eine unzumutbare Belästigung ebenso verneint wie eine unzulässige Ausübung von Druck oder die Ausnutzung der geschäftlichen Unerfahrenheit der bisherigen Nicht-Kartenbesitzer. Datenschutzrechtliche Aspekte standen auch hier nicht zur Prüfung an. Ansonsten hätte sich die Frage gestellt, ob die Bank – bei der wohl zweifelsohne stattgefundenen Prüfung der Kreditkartenbenutzer hinsichtlich ihrer Bonität – auf die Daten des Kunden hätte zugreifen dürfen.

Vgl. zu Fällen der Zweckentfremdung von Bankkundendaten zu Werbezwecken Gola, RDV 2012, S. 136.

4.2 Laien- oder Freundschaftswerbung

Unter verschiedenen der genannten Aspekte kann auch die Gewinnung von Kunden im Rahmen sog. Laien- oder Freundschaftswerbung wettbewerbsrechtlich unzulässig sein, wobei zwischen „offener“ und „versteckter“ Laienwerbung zu unterscheiden ist. Kunden zur Gewinnung neuer Kunden anzuleiten, ist zwar grundsätzlich zulässig – dies gilt insbesondere für Branchen, in denen diese Werbeform üblich ist, wie z.B. im Zeitschriftenhandel, im Bausparwesen oder im Rahmen sog. Sammelbestellungen. Anders verhält sich das jedoch, wenn die Werbung Waren oder Dienstleistungen betrifft, für die ein besonderes Werbeverbot besteht.

Vgl. BGH, RDV 2007, S. 248 unter Hinweis auf § 7 Abs. 1 Heilmittelwerbegesetz.

Auch können die Begleitumstände zur unsachlichen Beeinflussung und unzumutbaren Belästigung des Beworbenen führen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn gegen Zahlung einer – unverhältnismäßigen – Prämie private Beziehungen kommerzialisiert werden sollen und der Betroffene in eine „Zwangssituation“ gerät, weil er seinem Freund/Nachbarn oder z.B. Arbeitgeber nicht ohne Weiteres etwas abschlagen möchte. Unzulässig kann die Einschaltung des Laien auch sein, weil der Laie mangels Sachkenntnis keine hinreichende Produktinformation geben kann. Bei einem, wenn auch unter den aufgezeigten wettbewerbsrechtlichen Unzulänglichkeiten, von dem „Freund“ wirksam abgeschlossenen Vertrag erlaubt das BDSG jedoch die dazu erforderlichen Datenverarbeitungen.

Eine besonders problematische „verdeckte Laienwerbung“ liegt vor, wenn der Kunde Adressen von Dritten ohne deren Einverständnis weitergibt und bereits dafür oder bei Gewinnung des Neukunden eine relevante Provisionszahlung oder eine sonstige ins Gewicht fallende Belohnung erhält. So sah der BGH

NJW 1992, S. 2419 = RDV 1993, S. 124

eine nach Wettbewerbsrecht unzulässige Datenerhebung darin, dass ein Automobilhändler an Käufer der von ihm vertriebenen Fahrzeuge brieflich die Aufforderung richtete, ihm die Adressen anderer potenzieller Kaufinteressenten mitzuteilen, und diese Aufforderung mit dem Versprechen verband, die Mitteilung den eventuellen Interessenten bei der werblichen Ansprache zu verschweigen und den Informanten im Falle des Zustandekommens eines Kaufvertrages eine Geldprämie zu zahlen.

Gegen den Datenschutz verstößt Freundschaftswerbung, d.h. die Datenerhebung zunächst, wenn – im Hinblick auf deren zu vermutende rechtswidrige Nutzungen – neben der Postadresse auch die Telefonnummern und die E-Mail-Adressen potenzieller Interessenten bei dem Kunden abgefragt werden.

Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, 3. TB (2008), S. 31.

Vgl. die Anwendungshinweise eines AK des Düsseldorfer Kreises, RDV 2014, S. 49, Ziff. 3.16; vgl. aber auch Hoeren, Kundenbefragung über potenzielle Interessenten. Grundsatz der Datenerhebung nach § 4 Abs. 2 BDSG verletzt?, ZD 2013, S. 530.

4.3 Ansprache mittels luK-Technik

4.3.1 Werbung per Telefon als unzumutbare Belästigung

Der unerbetenen Telefonwerbung waren schon zuvor durch die Rechtsprechung

vgl. bereits BGH, GRUR 1970, S. 524 = MDR 1970, S. 826 (Telefonwerbung I); BGH, NJW 1989, S. 2820 = MDR 1990, S. 23 (Telefonwerbung II)

und nunmehr auch vom Gesetzgeber in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG

zur nicht erfüllten Forderung nach gesetzgeberischer Liberalisierung des Telefonmarketings vgl. Engels, Liberalisierung des Telefonmarketings, Mehrwert durch Selbstregulierung, K&R 2002, S. 642; BT-Drs. 15/1487, S. 2; vom Bundesrat gewünschte Lockerungen – BT-Drs. 15/1487, S. 31 – konnten sich nicht durchsetzen

unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten enge Grenzen gesetzt.

Gegenüber Verbrauchern kommt Telefonwerbung nur bei Vorliegen einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung in Betracht.

Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (§ 2 Abs. 2 UWG i.V.m. § 13 BGB).

Das Gewicht, das der Gesetzgeber der Abwehr unzulässiger Werbeanrufe gibt, wird darin deutlich, dass Verstöße im Verhältnis zum Verbraucher mit einer Geldbuße von bis zu fünfzigtausend Euro belegt werden können.

Unter den Begriff der Werbung fallen nicht nur Anrufe, mit denen ein neuer Kunde gewonnen werden soll. Auch bei bereits bestehenden Vertragsbeziehungen sind gegenüber Verbrauchern nur solche Anrufe ohne Einwilligung gestattet, die der Klärung von unmittelbar mit dem Vertragsverhältnis zusammenhängenden Fragen dienen. Unter das Verbot der sog. „Cold Calls“ fallen auch schon Anrufe, die den Kunden zur inhaltlichen Änderung (insbesondere Verlängerung, Ausweitung oder Ergänzung) des bestehenden Vertrages bewegen sollen.

OLG Frankfurt, RDV 2005, S. 269; des Weiteren OLG Köln, RDV 2002, S. 82 bezüglich eines Anrufs, mit dem der Kunde zur Umstellung eines „Normaltelefontarifs“ auf einen Spezialtarif, der vermeintlich günstiger sein soll, veranlasst werden soll.

Unzulässig ist es auch, telefonisch nachzufragen, wie ein Kunde eine ihm zuvor zugesandte Werbung bewerte.

OLG Stuttgart, RDV 2003, S. 31.

Gleiches gilt nach dem OLG Köln,

RDV 2012, S. 197

wenn ein Unternehmer ein Meinungsforschungsinstitut beauftragt, seine Kunden nach der Zufriedenheit mit erbrachten Leistungen zu befragen, da zugleich der Eindruck erweckt

werde, man kümmere sich weiter um ihn und dass er zu Weiterempfehlungen motiviert werden solle.

Die Faxanfrage einer Kreditschutzorganisation nach Wirtschaftsdaten einer Firma stellt nach Auffassung des OLG Stuttgart

RDV 2014, S. 166 = ZD 2014, S. 144; a.A. zuvor LG Ulm, ZD 2013, S. 454

keine Werbung dar, weil der Empfänger nicht den Eindruck gewinnen kann, die Auskunft sei wolle sich als konkretes Unternehmen oder möglicher Dienstleister anbieten.

§ 7 Abs. 2 UWG, d.h. der dort genannte Begriff der Werbung, umfasst auch Nachfragehandlungen, d.h. telefonische Anfragen nach der Möglichkeit einer Dienstleistung, einer Lieferung etc. durch den Angesprochenen.

Vgl. BGH, RDV 2008, S. 199 (Anfrage an einen Sportverein wegen Anbringens einer Bandenwerbung); RDV 2008, S. 200 (Anfrage eines Weiterverkäufers nach der Lieferung von Autos).

Bei Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich darf auch auf das mutmaßliche Einverständnis abgestellt werden, d.h. bei sonstigen Marktteilnehmern reicht es aus, dass eine mutmaßliche Einwilligung angenommen wird; insofern sind allerdings konkrete tatsächliche Anhaltspunkte Voraussetzung. Marktteilnehmer sind gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG neben Mitbewerbern und Verbrauchern alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind. Nach Auffassung des BGH

RDV 2004, S. 220

kann dies wegen des geringen Maßes der Belästigung beispielsweise unterstellt werden, wenn ein Telefonbuchverlag einen Telefonanruf, mit dem die Daten des kostenlosen Grundeintrags für ein Neuwerk überprüft werden sollen, zur Werbung für weitere entgeltliche Erweiterungen des Eintrags nutzt. Anders entschied der BGH dagegen

RDV 2008, S. 68

bezüglich eines Anrufs zwecks kostenpflichtiger Eintragung in eine Suchmaschine, die nur eine unter einer Vielzahl gleichartiger Suchmaschinen ist. Hier könne nicht das Einverständnis des Angerufenen mit dieser Werbemaßnahme unterstellt werden.

Allein aufgrund des Umstands, dass ein Rechtsanwalt im Bereich des Tierrechts tätig ist, kann nicht auf eine mutmaßliche Einwilligung in Anrufe wegen der Förderung von Tierrettung geschlossen werden.

LG Heilbronn, ZD 2013, S. 513.

4.3.2 E-Mail-Werbung/Newsletter

Für die Werbung per E-Mail fordert das Gesetz zunächst ebenfalls die zuvor ausdrücklich erklärte Einwilligung (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG). Dies gilt auch für sog. Empfehlungs-E-Mails, bei denen ein Unternehmer auf seiner Website Nutzern die Möglichkeit bietet bzw. diese auffordert, Dritten unverlangt einen Hinweis auf den Internetauftritt des Unternehmens zu senden, wobei die Einwilligung des Adressaten regelmäßig nicht einholbar sein wird.

BGH, RDV 2014, S. 36.

Die Möglichkeit der Beipackwerbung oder Fremdwerbung, wie bei der Briefwerbung eröffnet, gilt für E-Mail-Werbung nicht. § 7 Abs. 3 UWG regelt die in Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO geforderte Interessenabwägung zugunsten des Betroffenen.

Eine Ausnahme vom Einwilligungserfordernis ist für E-Mail-Werbung in § 7 Abs. 3 UWG geregelt. Danach ist eine Einwilligung für die E-Mail-Werbung ausnahmsweise entbehrlich, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen vorliegen:

- Der Absender hat die E-Mail-Adresse im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung erhalten.
- Er verwendet die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen.
- Der Kunde hat der Verwendung der E-Mail-Adresse nicht widersprochen.
- Der Kunde wird bei der Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach Basistarifen entstehen.

Zu beachten ist, dass E-Mail-Werbung und der mehrmalige Versand von Newslettern einen Telemediendienst darstellen.

Vgl. Gola/Reif, Kundendatenschutz, 3. Aufl., Rdn. 157.

Die erforderliche Einwilligung hat daher auch den Anforderungen des TMG zu genügen. § 13 Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 und 3 TMG ermöglicht die Einholung der Einwilligung in elektronischer Form. Eine einmalige Anfrage nach der Zusendung von Informationen per E-Mail erfordert jedoch keine Einwilligung.

Voigt, Einwilligungsbasiertes Marketing, K&R 2013, S. 371.

Sichergestellt sein muss, dass die bewusst und eindeutig abgegebene Erklärung protokolliert und für den Nutzer jederzeit abrufbar ist. Zudem ist auf die jederzeitige Möglichkeit des Widerrufs der Einwilligung hinzuweisen.

Als Nachweis der eindeutigen Abgabe der Einwilligungserklärung dient das sog. Double-Opt-in-Verfahren. Bei diesem Verfahren erhält der Besteller eines Newsletters etc. nach der Anforderung noch einmal eine E-Mail-Nachricht, mittels der er über besondere Verfahren, wie z.B. einen individuellen Link, seine Entscheidung bestätigen muss. Hintergrund ist, dass derjenige, der E-Mail-Werbung verschickt, nachweisen können muss, dass er über die hierzu notwendige Einwilligung verfügt. Ohne Double-Opt-in kann dieser Nachweis kaum geführt werden, da man nicht beweisen kann, dass es tatsächlich der Inhaber der E-Mail-Adresse war, der die Einwilligung abgegeben hat.

Vgl. zum „nachweisbaren“ Verfahren: Atzert, Das Double-Opt-in-Verfahren auf dem Prüfstand, RDV 2013, S. 80; OLG München, RDV 2013, S. 45.

4.3 Werbung per Fax

Werbung per Fax oder mittels automatischer Anrufmaschinen ist immer an die Einwilligung des Beworbenen geknüpft (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG). Auch im geschäftlichen Bereich kann sich der Absender nicht auf eine mutmaßliche Zustimmung berufen.

Unter dem Aspekt der unerlaubten Handlung stellt die unaufgeforderte Übersendung von Werbung per Telefax eine Persönlichkeitsrechtsverletzung (§ 823 BGB) und im geschäftlichen Verkehr neben dem Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auch eine rechtswidrige Eigentumsverletzung dar.

Vgl. OLG Hamm, RDV 2007, S. 249.

Der Umstand, dass Telefaxsendungen immer häufiger unmittelbar auf den PC geleitet und nicht mit einem herkömmlichen Faxgerät ausgedruckt werden, ändert an der Wettbewerbswidrigkeit bzw. der Verwirklichung einer unerlaubten Handlung nichts.

BGH, RDV 2007, S. 248.

4.4 Anforderungen an die Einwilligung

4.4.1 Allgemeines

Im Verhältnis zu Verbrauchern, d.h. einem Betroffenen, der außerhalb gewerblicher Tätigkeit Rechtsgeschäfte tätigt bzw. tätigen soll, kommt Telefonwerbung nur nach vorheriger ausdrücklicher Einwilligung in Betracht (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG). Gleiches gilt für Werbung per Fax oder SMS. Auch E-Mail-Werbung bedarf einer entsprechenden Erklärung des Betroffenen, sofern nicht die Ausnahmetatbestände des § 7 Abs. 3 UWG greifen.

Die Voraussetzung der ausdrücklich erklärten Einwilligung schließt eine Einwilligung durch konkludentes Handeln aus.

Vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 14.3.207 – VI ZR 721/15: „Eine wirksame Einwilligung in den Empfang elektronischer Post zu Werbezwecken setzt u.a. voraus, dass der Adressat weiß, dass seine Erklärung ein Einverständnis darstellt, und dass klar ist, welche Produkte oder Dienstleistungen welcher Unternehmen sie konkret erfasst. Eine vorformulierte Einwilligungserklärung ist an den §§ 305 ff. BGB zu messen (Fortführung von BGH, Urt. v. 25.10.2012 I ZR 169/10).

Gegenstand einer allgemeinen Geschäftsbedingung kann sie jedoch sein.

BGH, NJW 2013, S. 291.

Die Einhaltung der Schriftform wird zwar vom UWG selbst nicht verlangt, jedoch ergeben sich bei mündlicher Erklärung häufig Beweisprobleme. Unzulässig ist es in jedem Fall, eine Einwilligung erst zu Beginn des Werbeanrufs einholen zu wollen.

Wenn auf dem Formular zur Teilnahme an einem Preisausschreiben, zur Bestellung eines Probeabonnements oder zur Zusendung von kostenlosen Proben die Angabe der Telefonnummer vorgesehen ist, ist zunächst nach Art. 13 Abs. 1 lit. c DS-GVO der Verwendungszweck mitzuteilen. Ist nicht erkennbar, dass die Leistung auch ohne Angabe der Telefonnummer oder E-Mail-Adresse gewährt wird, so ist die Angabe als freiwillig zu kennzeichnen.

Soll der Betroffene über die Nummer auch werblich angesprochen werden – und sei es nur, dass er befragt werden soll, ob ihm eine im Probeabonnement zugesandte Zeitschrift gefallen hat und ob er den befristeten Bezug nicht fortsetzen möchte –, so ist hierzu die Einwilligung einzuholen. Werden neben der Einwilligung in die Telefonwerbung vom Betroffenen gleichzeitig noch andere Erklärungen abgegeben, muss die Einwilligung in die werbliche telefonische Ansprache im Rahmen einer Opt-in-Gestaltung eingeholt werden.

Vgl. Gola/Reif, Datenschutzrelevante Aspekte des novellierten UWG, RDV 2009, S. 104.

Die Einwilligung muss als gesonderte „ausdrückliche Erklärung“ ausschließlich auf die Telefonwerbung gerichtet sein. Wird auch ein Anruf wegen des Gewinns bei einem Preisausschreiben mit einbezogen, ist die Erklärung unwirksam, u.a. auch, weil sie gegen § 307 Abs. 1 BGB verstößt.

BGH, RDV 2011, S. 187, NJW 2013, S. 291.

Auch für werbliche Anrufe von wohltätigen Organisationen gilt § 7 Abs. 2 UWG, d.h. auch sie bedürfen ggf. der vorhergegangenen ausdrücklichen Einwilligung. Dies gilt, sofern die Organisation – auch wenn das ohne Gewinnabsicht geschieht – mit den angebotenen Leistungen in Konkurrenz zu anderen Anbietern tritt.

OLG Köln, RDV 2013, S. 159.

Schließlich gilt das wettbewerbsrechtliche Verbot unlauterer Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern auch für Körperschaften des öffentlichen Rechts, die eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe wahrnehmen, wie der EuGH,

RDV 2014, S. 32

zu Lasten einer gesetzlichen Krankenkasse entschieden hat.

Erfordernis der Einwilligung bei elektronischer Ansprache

| | |
|--|---|
| Telefonwerbung § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG | → Verbraucher: vorherige ausdrückliche (Opt-in-)Einwilligung nötig (Bußgeld bis 50.000 EUR bei Verstoß); falls mündlich erklärt, schriftliche Bestätigung (§ 28 Abs. 3a S. 1 BDSG) → Sonstige Marktteilnehmer: ggf. konkludente Einwilligung Keine Rufnummernunterdrückung bei Werbeanrufen! (Bußgeld bis 10.000 EUR bei Verstoß) |
|--|---|

| | |
|---|---|
| E-Mail-, Fax-, SMS-Werbung § 7 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 3 UWG § 13 TMG | → Verbraucher: vorherige ausdrückliche (Opt-in-)Einwilligung nötig (unabhängig vom Adressaten) → E-Mail-Werbung ist ausnahmsweise ohne Einwilligung zulässig, wenn alle Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG vorliegen: <ul style="list-style-type: none"> – Mail-Adresse mit Vertrag erhalten – Werbung für eigene ähnliche Produkte/Dienstleistungen – kein Widerspruch – Einhaltung bestimmter Hinweispflichten bei Datenerhebung und -verwendung |
|---|---|

Zur Gestaltung der Einwilligung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vgl. vorstehend Ziff. 3.2.3.

4.4.2 Dokumentation der Einwilligung

Das Unternehmen ist verpflichtet bzw. berechtigt, die Erklärung der Einwilligung zu dokumentieren. Im Streitfall über die Rechtmäßigkeit der Werbemaßnahme trägt das Unternehmen die Beweislast. Die Dokumentation muss jeweils konkret für die Person des Angesprochenen vorliegen

für Telefonwerbung: LG Bonn, RDV 2012, S. 86: „Für diesen Nachweis kommt insbesondere der Ausdruck einer E-Mail des angerufenen Verbrauchers in Betracht, in der er sich ausdrücklich mit der Werbung einverstanden erklärt. Die Speicherung einer entsprechenden E-Mail ist demwerbenden ohne Weiteres möglich und zumutbar. Ein elektronisch durchgeführtes Double-Opt-in-Verfahren ist von vornherein ungeeignet, um ein Einverständnis von Verbrauchern mit Werbeanrufen zu belegen, da nicht sichergestellt ist, dass es sich bei der angegebenen Telefonnummer tatsächlich um die Telefonnummer des Absenders der E-Mail handelt.“; BGH, RDV 2011, S. 235

und darf – entsprechend bei der Speicherung eines ergangenen Widerspruchs – auch weiter aufbewahrt werden, wenn sie zurückgenommen wird.

LG Hamburg, RDV 2009, S. 282.

Dies gilt, solange ein berechtigtes Interesse besteht. So muss nach der Rücknahme der Einwilligung in die Zusendung von E-Mails die fragliche E-Mail-Adresse gesperrt werden. Bei einer – möglicherweise von Dritten stammenden – Neubestellung der Werbepost muss rückgefragt werden, ob die Sperrung aufgehoben werden darf.

OLG Köln, RDV 2011, S. 311.

Wie die Dokumentation sachgerecht erfolgt, hängt von der Art und Weise der Erklärung ab.

Eine Bestätigungsmail im elektronischen Double-Opt-in-Verfahren belegt bei Telefonwerbung – mangels Eindeutigkeit des Absenders – weder das Einverständnis des Betroffenen noch führt sie für sich allein zu einer Beweiserleichterung zu Gunsten des Werbenden. Bei sonstigem Abweichen von der regelmäßig gebotenen Schriftform ist die Abgabe schriftlich zu bestätigen, wobei die Bestätigung in angemessener Zeit zu erfolgen hat, hierbei akzeptieren die Aufsichtsbehörden zwei bis drei Monate.

Vgl. Bln. BDI, TB 2011, Ziff. 9.2.1 = RDV 2012, S. 213; AK des Düsseldorfer Kreises, RDV 2014, S. 49, Ziff. 4.3.

Die Textform gemäß § 126b BGB (E-Mail, PDF-Dokument) soll nach Auffassung der Aufsichtsbehörden ausreichen. Auch soll eine Verbindung mit der ersten Werbezusendung möglich sein, sofern der Text der Bestätigung deutlich herausgestellt wird.

Das Bestätigungsschreiben hat aber keine Beweisfunktion für die Abgabe der Einwilligung, d.h. es ist z.B. geboten, eine telefonisch abgegebene Erklärung – mit Zustimmung des Betroffenen – aufzuzeichnen.

4.4.3 Dokumentations- und Prüfungspflicht

Die Dokumentation ist nicht nur gegenüber dem Betroffenen, sondern auch im Hinblick auf mögliche Erwerber von Daten erforderlich. Vor dem Einsatz sog. eingewilligter Telefon- und E-Mail-Adressen muss der Empfänger zur Vermeidung eigener bußgeldbewehrter Cold Calls diese Dokumentation zumindest stichprobenartig überprüfen.

OLG Düsseldorf, RDV 2010, S. 35; LG Dresden, RDV 2010, S. 181.

In erheblichem Maße schuldhaft handelt daher ein Werbetreibender, der trotz gerichtlichen Verbots einwilligungsloser Telefonwerbung „eingekaufte“ Einwilligungsdaten nutzt und dabei allein auf die schlichte Zusicherung des Datenlieferanten hinsichtlich der Einholung der Einwilligung vertraut.

KG, RDV 2013, S. 44.

Erforderlich gewesen wäre eine stichprobenhafte Kontrolle der erforderlichen Dokumentation der Einwilligungserteilung. Der Sorgfaltspflicht genügt es auch nicht, wenn der Datenerwerber sich mittels einer – unwirksamen – AGB-Klausel dahingehend absichert, dass der Adressverkäufer für die Lieferung jeder nicht eingewilligten Adresse eine Vertragsstrafe in Höhe von 25.000 Euro zu zahlen habe.

OLG Celle, ZD 2013, S. 132.

4.4.4 Verfall der Wirksamkeit der Einwilligung

Jedenfalls bei Einwilligungen nach dem UWG „verfällt“ die Wirkung der Einwilligung, wenn sie nicht in angemessener Zeit genutzt wird und dem Betroffenen nicht mehr präsent sein wird. Dies soll nach dem LG München

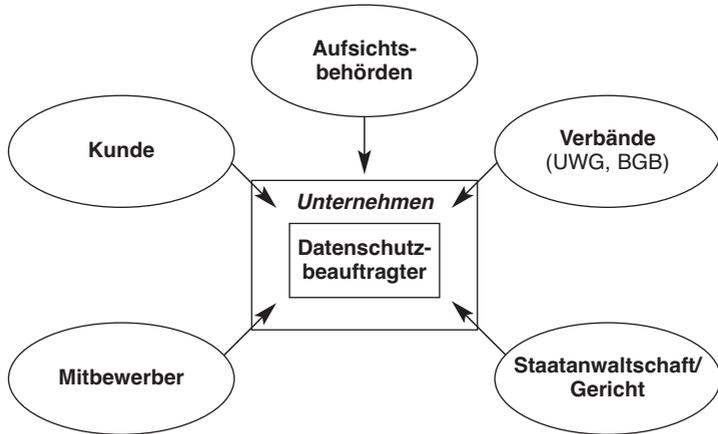
CR 2011, S. 830

bei E-Mail-Werbung nach 17 Monaten der Fall sein.

5. Sanktionen/Abwehrrechte

5.1 Ein komplexes Kontrollsystem

Die Einhaltung der Vorgaben zum Kundendatenschutz wird von verschiedenen Stellen überprüft. Hierzu gehört zunächst der Kunde selbst. Dieser kann über die Wahrnehmung seiner datenschutzrechtlichen Informations- und Gestaltungsrechte die Datenschutzkonformität des Unternehmenshandelns beurteilen. Daneben haben staatliche und auch private Stellen sowohl unter dem Blickpunkt des Datenschutzes als auch zur Beachtung des lautereren Wettbewerbs und des Verbraucherdatenschutzes Überwachungs- und Einwirkungsbefugnisse.



Gleichwohl ist immer noch festzustellen, dass im Datenschutzrecht nicht nur zwischen der Befolgung seiner rechtlichen Vorgaben,

Vgl. Becker, JZ 2017/170 (179)

sondern auch im Hinblick auf den Willens der Betroffenen zur Durchsetzung ihrer Rechte ggf. die Hilfe des Rechtswegs in Anspruch zu nehmen, eine große Diskrepanz zu anderen Rechtsgebieten herrscht.

Eine wesentliche Rolle kommt daher den Aufsichtsbehörden und ggf. den Verbraucherschutzverbänden zur Interessenwahrnehmung der Betroffenen zu.

5.2 Die Datenschutzaufsichtsbehörden

Ein erweiterter Katalog von „Abhilfebefugnisse“ steht nunmehr den Aufsichtsbehörden nach Art. 58 Abs. 2 DS-GVO zur Verfügung. Dazu gehören die Verwarnung (Art. 58 Abs. 2 lit. b, DS-GVO), die Anweisung zur Herstellung datenschutzkonformer Zustände (Art. 58 Abs. 2 lit. d DS-GVO); die Untersagung einer Datenverarbeitung (Art. 58 Abs. 2 lit. f DS-GVO) sowie die Verhängung von Bußgeldern (Art. 58 Abs. 2 lit. e i.V.m. Art. 82 DS-GVO).

Vgl. im Einzelnen: Golla, Säbeltaseln in der DS-GVO: Drohende Sanktionen bei Verstößen gegen Vorgaben zum Werbedatenschutz, RDV 2017, S. 123.

Inwieweit die Behörden im Bereich unzulässiger Werbung von der Möglichkeit der Bußgeldverhängung stärker und unter Nutzung des immens erhöhten Bußgeldrahmens Gebrauch machen werden, bleibt abzuwarten.

5.3 Die Bundesnetzagentur

Kontroll- und Sanktionsaufgaben im Zusammenhang mit unerlaubter Telefonwerbung stehen auch der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen zu. Nach § 20 Abs. 1 UWG handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 7 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 2 UWG gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung mit einem Telefonanruf wirbt. Gemäß § 20 Abs. 2 UWG kann die Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu 50.000 Euro geahndet werden. Zuständig für die Ahndung ist die Bundesnetzagentur.

Bußgelder können sowohl gegen den Auftraggeber der Werbeanrufe als auch gegen das ausführende Call Center verhängt werden. Kauft ein Dienstleister sog. „Einwilligungsadressen“, ohne sich von der korrekten Einholung der Einwilligung zu überzeugen, kann bereits fahrlässiges Verhalten vorliegen.

Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 3.11.2009 – I-20 U 137/09 –, RDV 2010, S. 35.

Nach § 149 Abs. 1 Nr. 17c TKG kann die Bundesnetzagentur außerdem bei Werbeanrufen mit unterdrückter Rufnummer (§ 102 Abs. 2 TKG) ein Bußgeld von maximal 10.000 Euro verhängen (§ 149 Abs. 2 Satz 1 TKG).

5.4 Sanktionen nach Gewerberecht

Durch die Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörden werden die Befugnisse der Gewerbebehörden nicht berührt (§ 40 Abs. 6 BDSG n.F.). Soweit die Daten verarbeitende Stelle der Gewerbeordnung unterliegt, können Datenschutzverstöße auch auf Grundlage des Gewerberechtes sanktioniert werden. Zuständig insoweit sind die Gewerbeaufsichtsämter, wobei die Datenschutzaufsichtsbehörden jedoch berechtigt sind, Erstere über festgestellte Rechtsverletzungen zu informieren

Ist der Gesetzesverstoß derart schwerwiegend, dass die für die Ausübung des Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit verneint werden muss, kann im Extremfall sogar die weitere gewerbliche Tätigkeit ganz oder teilweise untersagt werden (§ 35 GewO). Es können aber auch bestimmte Auflagen gemacht werden, die für die weitere Fortsetzung des Gewerbes erfüllt werden müssen.

5.5 Das Verbandsklagerecht

Die Entscheidung darüber, ob Verletzungen des BDSG auch unter dem Gesichtspunkt des UWG Relevanz entfalten, hat ihre Brisanz darin, dass im Falle des Bejahens datenschutzwidrig handelnde Unternehmen auch Sanktionen aus dem UWG ausgesetzt wären. In den §§ 8 bis 10 UWG werden Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung, auf Schadensersatz und auf Abschöpfung des unlauter erzielten Gewinns geregelt. Während der Schadensersatz nur von dem geschädigten Mitbewerber geltend gemacht werden kann, sind für die Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs bzw. des Anspruchs auf Gewinnabschöpfung nach § 8 Abs. 3 UWG auch eine Reihe von Verbänden und Institutionen anspruchs- und klageberechtigt. Neben den Industrie- und Handelskammern gehören hierzu die Verbraucherschutzverbände.

Nietsch, Zur Einhaltung des Datenschutzrechts durch Verbraucherverbände, CR 2014, S. 272; Schulz, Datenschutz als überindividuelles Interesse, ZD 2014, S. 510; Elbrecht, Schröder, Verbandsklagebefugnisse bei Datenschutzvorschriften, K&R 2015, 361.

Den im UWG privilegierten Verbänden und Institutionen stehen neben der Klagebefugnis nach § 8 Abs. 3 UWG auch noch die Klagebefugnisse aus dem Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechten (UKlaG) offen.

Ein Klagerecht auf Unterlassung beziehungsweise Widerruf besteht hiernach bei:

- Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), die nach der Inhaltskontrolle unwirksam sind (§ 1 UKlaG), sowie
- Zuwiderhandlungen gegen Verbraucherschutzgesetze (§ 2 UKlaG) (z.B. Vorschriften zu Verbrauchsgüterkauf, Haustürgeschäften, Reiseverträgen, Fernabsatzverträgen).

Verstoßen z.B. BDSG-Einwilligungsklauseln gegen die AGB-Bestimmung der §§ 307 ff. BGB, können die Verbraucherverbände – was sie bereits rege getan haben – eine Abmahnung aussprechen und, sofern der Abmahnung nicht Folge geleistet wird, vom Instrument des abstrakten Unterlassungsverfahrens Gebrauch machen.

Durch die im Jahre 2016 erfolgte Novellierung des UKlaG

BGBI. I, 720 vom 11.4.2016

werden insbesondere die die Werbung betreffenden Normen des BDSG im UKlaG als verbraucherschützende Normen „benannt“.

Vgl. dazu auch Erhard, Vereinbarkeit einer Verbandsklage im Datenschutzrecht mit Unionsrecht, CR 2015, S. 338

Die Verbandsklage nach § 1 UKlaG bewirkt z.B., dass der Verwender die beanstandete Klausel generell künftig nicht mehr verwenden darf und sich der betroffene Vertragsteil bei anderen Rechtsgeschäften auf die Unwirksamkeit der Klausel berufen kann (§ 11 UKlaG).

Die Besonderheit des Klagerechts ist, dass es keinen Auftrag des betroffenen Verbrauchers voraussetzt. § 1 UKlaG verfolgt u.a. den Zweck, bei rechtsunkundigen oder klageunwilligen Verbrauchern für die Durchsetzung ihrer Rechte zu sorgen.

Durch Art. 80 Abs. 2 DS-GVO ist gewährleistet, dass die Regeln des UKlaG zur Verbandsklage mit dem Unionsrecht im Einklang stehen.

Gola, Verbandsklagen – ein neues Schwert des Datenschutzes?, RDV 2016, 17; Halfmeier, Die neue Datenschutzverbandsklage, NJW 2016, 1126; Jaschinski/Piltz, Das Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, WRP 2016, 420; Möhrke-Spindler, Verbandsklagen und Datenschutz – das neue Verbandsklagerecht. Neuregelungen und Probleme, ZD 2016, 114

5.6 Wettbewerber

Eine Verletzung des Datenschutzrechtes kann zugleich einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht (UWG) darstellen. In den §§ 8 bis 10 UWG werden Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung, auf Schadensersatz und auf Abschöpfung des unlauter erzielten Gewinns geregelt.

Der wettbewerbswidrige geschädigte Mitbewerber kann daher sowohl Schadensersatzanspruch gemäß § 9 UWG als auch, was das zukünftige Handeln seines Konkurrenten angeht, einen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs (§ 8 Abs. 3 UWG) geltend machen.

5.7 Der Betroffene

Wenn sich Betroffene, d.h. in der Regel Verbraucher und „sonstige Marktteilnehmer“, gegen rechtswidrige werbliche Ansprache zur Wehr setzen und deren Unterlassung erreichen wollen, stehen ihnen keine unmittelbaren Befugnisse nach dem UWG oder UKlaG zu. Aus der DS-GVO ergibt sich jedoch ein Anspruch auf Löschung bzw. Einschränkung der Verarbeitung der Daten. Darüber hinaus kann sich die auf Unterlassung gerichtete Klagebefugnis aus der Verletzung anderer Rechte (u.a. dem Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb,

vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 14.3.2017 IV ZR 721/15

Datenschutz gemäß § 823 Abs. 1, 1004 BGB etc.) ergeben. Bei derartigen Einzelklagen wirkt eine Entscheidung nur inter partes des jeweiligen Verfahrens.

Daneben können sich auch Schadensersatzansprüche aus Art. 82 DS-GVO und § 823 Abs., 2 BGB ergeben, wobei die Fälle, dass unzulässige Nutzung von Werbedaten zu einem materiellen Schaden führt, fraglich sind

vgl. dazu Gola/Piltz, in Gola (Hrsg.), DS-GVO Art. Rdn. 11

und ein entschädigungspflichtiger immaterieller Schaden auch nur ausnahmsweise vorliegen wird.

5.8 Die Strafverfolgung

Der Betroffene – und auch die Aufsichtsbehörde – haben zudem ein Strafantragsrecht, mit dem sie die strafrechtliche Ahndung von strafbaren Datenverarbeitungen initiieren können. Strafbarkeit wäre z.B. gegeben, wenn jemand Daten trotz eines von dem Betroffenen ausgesprochenen Verbewiderspruchs vorsätzlich und in Bereicherungsabsicht weiter für Werbezwecke nutzt oder anderen zur Verfügung stellt (§ 42 Abs. 2 BDSG n.F.). Relevanz hat diese Sanktionsmöglichkeit jedoch nicht. Nach der Strafverfolgungsstatistik wurde seit 2007 kein Datenschutzverstoß nach dem BDSG mit einer Haftstrafe geahndet. Selbst Geldstrafen wurden seit der statistischen Erfassung der Strafvorschrift in jährlich nie mehr als elf Fällen verhängt.