



Industrie- und Handelskammer
Osnabrück - Emsland - Grafschaft Bentheim

Umgang mit personenbezogenen Daten zu Werbezwecken via Telefon, Fax, E-Mail und Brief

- Datenschutz und wettbewerbsrechtliche Anforderungen -

Bei Werbemaßnahmen sind sowohl verschiedene datenschutz- als auch wettbewerbsrechtliche Bestimmungen einzuhalten. Dies bedeutet, dass aus zwei verschiedenen Rechtsbereichen Regeln auf die unternehmerischen Werbemaßnahmen einwirken. Für Werbung via Telefon, Telefax, automatischer Anrufmaschine, SMS und E-Mail setzt das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) enge Grenzen. Die persönlich adressierte Briefwerbung findet im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) ihre Schranken. Soweit eine Werbemaßnahme mit dem Wettbewerbsrecht vereinbar ist, kann daraus also nicht unmittelbar gefolgert werden, dass diese auch nach dem BDSG zulässig ist. Das UWG und das BDSG stehen gleichberechtigt nebeneinander. Beide Gesetze sind bei der Werbung zu beachten, wobei sich die rechtliche Beurteilung nach den unterschiedlich verwendeten Werbekanälen richtet.

Dieses Merkblatt gibt einen Überblick über die Zulässigkeit von Werbemaßnahmen sowohl unter Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts wie auch des Datenschutzes. Unternehmen können sich Wettbewerbsvorteile verschaffen, in dem sie die gesetzlichen Spielräume kennen und gezielt für sich nutzen. Im Anhang werden die wichtigsten datenschutzrechtlichen Begriffe erläutert.

I. Werbung via Telefon

1. Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern (B2C):

Diese ist nur bei vorheriger ausdrücklicher schriftlicher Einwilligung (sogenannte „opt-in“-Lösung) in die entsprechende Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung zu dem konkreten Werbezweck zulässig.

2. Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern (B2B):

Telefonwerbung gegenüber anderen Unternehmen ist auch dann zulässig, wenn die Telefonnummer rechtmäßig erhoben wurde (zum Beispiel aus allgemein zugänglichen Verzeichnissen (Branchenbuch, etc.) oder wenn die Telefonnummer für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder geschäftsähnlichen Schuldverhältnisses erforderlich war und der Betroffene bei dieser Erhebung auf sein Widerspruchsrecht und die verantwortliche Stelle hingewiesen wurde und die Telefonnummer zur Werbung für **eigene** Angebote verwendet wird.

Darüber hinaus muss der Angerufene in den Inhalt und die konkrete Werbeart (Telefonanruf) mutmaßlich einwilligen. Das setzt voraus, dass aufgrund konkreter Umstände davon ausgegangen werden darf, der Angerufene hätte ein besonderes sachliches Interesse am Inhalt des konkreten Anrufs und gerade mit der Werbung per Telefon. Ein mutmaßliches Einverständnis scheidet von vornherein aus, wenn zuvor die Ablehnung solcher Anrufe erklärt wurde. Auch

reicht nicht ein bloßer Sachbezug (z. B. gleiche Branche) der telefonisch angebotenen Produkte oder Dienstleistungen zum oder für den Betrieb des Angerufenen.

Der Werbende sollte vor Annahme eines mutmaßlichen Einverständnisses sämtliche folgende Fragen für sich positiv beantworten können:

- *Liegen konkrete Umstände für ein besonderes Interesse des Umworbene(n) vor?* Beispiele: aktuelle und trendige Produkte, nach denen eine erkennbar erhöhte Nachfrage besteht oder Produkte mit einem ganz besonderen Preisvorteil
- *Ist die Übermittlung der werblichen Information aus sachlichen Gründen besonders eilig, so dass dieses Kommunikationsmittel gewählt werden muss?* Beispiel: leicht verderbliche Ware (z. B. Edelfisch für Restaurants)
- *Ist das beworbene Produkt nicht ohnehin zu komplex, um vollständig am Telefon beworben zu werden?* Beispiele: technische Anlagen und Geräte

Immer wieder zeigt die Rechtsprechung, dass ein vermutetes Einverständnis nur in sehr wenigen Ausnahmefällen angenommen wird.

Generell gilt für die Telefonwerbung das Verbot der Rufnummernunterdrückung (§ 102 Absatz 1 und 2 Telekommunikationsgesetz (TKG))

II. Werbung via Fax, automatischer Anrufmaschine und SMS

Diese ist nur bei vorheriger ausdrücklicher schriftlicher Einwilligung („opt-in“) in die entsprechende Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung zu dem konkreten Werbezweck und der konkreten Werbeform zulässig.

III. Werbung via E-Mail

Grundsätzlich ist auch E-Mail-Werbung nur mit vorheriger ausdrücklicher schriftlicher Einwilligung („opt-in“) in die entsprechende Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung zu dem konkreten Werbezweck und in der konkreten Werbeform zulässig.

Ausnahme:

Nach § 7 III UWG ist Werbung via E-Mail ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung erlaubt, wenn der Werbende schriftlich alle nachfolgenden Voraussetzungen nachweisen kann:

1. Er hat die elektronische Postadresse im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden erhalten,
2. er verwendet die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen,
3. der Kunde hat der Verwendung nicht widersprochen und
4. der Kunde wurde bei Erhebung der E-Mail-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 den Basistarifen entstehen.

IV. Werbung via unpersönlich adressiertem Brief, Post- bzw. Werbewurfsendungen

Die unpersönliche Briefwerbung (z. B.: „An alle Haushalte“) und auch die Werbung mit Handzetteln in Postkästen ist grundsätzlich ohne Einschränkung zulässig. Nur dann, wenn eindeutig erkennbar ist, dass der Empfänger die Werbung nicht erhalten möchte, z. B. durch einen entsprechenden Aufkleber am Briefkasten, ist diese unzulässig. Bei Missachtung eines solchen Sperrvermerks handelt es sich um eine wettbewerbswidrige Maßnahme (§ 7 Absatz 1 UWG).

V. Werbung via persönlich adressiertem Brief

Nach bisher geltendem Recht durfte persönlich adressierte Briefwerbung grundsätzlich nur mit vorheriger Einwilligung des Betroffenen erfolgen. Bisher im BDSG normierte Ausnahmen von diesem Grundsatz (z.B. das Listenprivileg) sind durch die neuen Regelungen der EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) überholt und nicht mehr anwendbar. Stattdessen ist nun ein berechtigtes Interesse nach § 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DSGVO notwendig. Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine dem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden (Erwägungsgrund 47 unter <https://dsqvo-gesetz.de/>). Im Weiteren ist dann aber noch eine ausführliche Interessenabwägung erforderlich.

a) Bestandsdaten

Die Weiterverwendung von Bestandsdaten nach Inkrafttreten der DSGVO ist dann erlaubt, wenn die ursprüngliche Erhebung dieser Daten bereits nach DSGVO rechtmäßig war. Eine Einwilligung bleibt also wirksam, wenn sie bereits den Bedingungen der DSGVO entspricht (Näheres zu formellen Anforderungen an Einwilligungen unter VII.).

b) Einwilligung

Die Einwilligung zur Nutzung personenbezogener Daten für die Versendung postalischer Werbung bedarf keiner besonderen Form. Es sollte jedoch sichergestellt werden, dass die Einwilligung protokolliert wird, um die Nachweispflichten zu erfüllen und dass sie sowohl jederzeit abrufbar ist, als auch für den Betroffenen stets widerrufbar.

c) Interessenabwägung

Wenn Sie personenbezogene Daten aus einem bereits bestehenden Vertrag dazu nutzen möchten, Informationen mit Werbeinhalten zuzusenden, ist zu diesem Zweck nicht zwangsläufig eine Einwilligung notwendig, wenn eine Interessenabwägung den Vorgang datenschutzrechtlich rechtfertigt. Wichtig ist, dass der Betroffene der Direktwerbung nicht widersprochen hat und seine Interessen in einer Abwägung nicht überwiegen. Dabei muss lediglich nachgewiesen werden, dass eine Interessenabwägung durchgeführt wurde und das Ergebnis zu Gunsten des Verantwortlichen ausfällt. Die in die Abwägung einfließenden Interessen müssen dem Betroffenen gegenüber bekannt gegeben werden, dies kann zum Beispiel in der Datenschutzerklärung erfolgen.

VI. Was ist bei jeder Werbeform - ob E-Mail, Brief, Fax, Telefon etc. - immer zu beachten?

1. Identität des Werbenden

Die Identität des Werbenden darf weder verschleiert noch verheimlicht werden, insbesondere muss die gültige Adresse (Haus-, nicht Postfachanschrift) und der vollständige Name entsprechend der Gewebeanmeldung oder - sofern im Handelsregister eingetragen - der vollständige Handelsregisternamen des Absenders angegeben sein.

Bei Werbeanrufen darf die Telefonnummer nicht unterdrückt werden. Andernfalls droht ein Bußgeld der Bundesnetzagentur in Höhe von bis zu 10.000 Euro.

Bei Werbe-E-Mails muss der Absender ausgewiesen werden.

2. Keine Verschleierung des Werbecharakters

Der werbende Charakter muss aus jeder werblichen Ansprache eindeutig und sofort ersichtlich sein, bei E-Mails bereits in der Kopfzeile bzw. im Betreff.

Werbebriefe müssen spätestens beim Öffnen ohne weiteres auf den ersten Blick als solche erkennbar sein.

3. Jederzeitige Widerspruchsmöglichkeit und Information des Adressaten hierüber

Der Adressat muss jederzeit die Möglichkeit haben, die Einstellung etwaiger Werbenachrichten zu verlangen und eine einmal erklärte Einwilligung zurückzunehmen. Auf diese Möglichkeit ist der Werbeadressat bei jeder Werbung eindeutig und unmissverständlich hinzuweisen. Die Kontaktdaten für diesen Widerspruch müssen angegeben werden. Dabei darf der Werbeadressat nicht gezwungen sein, für einen Widerspruch über dem Basistarif liegende Übermittlungskosten in Kauf zu nehmen.

4. Kein Widerspruch des Adressaten

Ein erklärter Widerspruch – ob mündlich, schriftlich, per E-Mail oder sonst wie geartet – muss immer beachtet werden, z. B. auch ein Sperrvermerk am Briefkasten des Empfängers oder sein Eintrag in der sogenannten Robinson-Liste (www.robinsonliste.de). Wichtig ist das Führen und das Beachten der unternehmenseigenen Sperrlisten, die diejenigen erfassen, die unternehmenseigenen Werbemaßnahmen widersprochen haben.

5. Kein unzulässiger Werbeinhalt

Die Unzulässigkeit der Werbung kann sich auch aus ihrem Inhalt und sonstigen Umständen ergeben. Maßstab dafür ist insbesondere, ob die Werbung wahr und transparent ist, eine Irreführung also vermieden wurde.

6. Nachfassen via Fax, E-Mail, SMS, automatischer Anrufmaschine, Telefon nach einem Werbebrief

Das Erfordernis der Einwilligung kann nicht anderweitig umgangen werden. Insbesondere ist es unzulässig, nach einem versendeten Werbebrief mittels Fax oder E-Mail oder Anrufmaschine oder sonst elektronisch nachzufassen. Dies gilt auch, wenn dies in dem Brief angekündigt wurde.

VII. Allgemeine Anforderungen an die datenschutz- und wettbewerbsrechtliche Einwilligungserklärung

Grundsätzlich ist die Einwilligungserklärung zwar formfrei, allerdings sollten im Zweifel einige Grundsätze beachtet werden:

- die tatsächliche Erteilung der Einwilligung sollte auch nach Jahren noch nachvollzogen werden können, daher aus Beweis Zwecken verschriftlicht oder gespeichert sein.
- Die Sprache muss einfach und klar sein.

- Die Einwilligung muss freiwillig erfolgen. Deshalb darf der Abschluss eines Vertrages nicht von der Abgabe einer Einwilligungserklärung in Werbung abhängig gemacht werden (Kopplungsverbot).
- Die Einwilligungserklärung muss bereits zur Zeit der Datenerhebung bis zum Zeitpunkt der Werbeaktion vorliegen.
- Pauschal-Einwilligungen halten in der Regel einer gerichtlichen Überprüfung nicht stand. Benennen Sie eindeutig und konkret das werbende Unternehmen, die verantwortliche Stelle, Art und Inhalt der Werbung sowie die Stelle, an welche Daten ggf. übermittelt werden sollen.
- Bei elektronischen Einwilligungen in die Werbung via E-Mail ist das double-opt-in-Verfahren anzuwenden (vgl. Anlage)

Maßstab: Der Kunde muss aufgrund des Inhalts der Einwilligungserklärung eindeutig wissen, von wem er welche Werbung in welcher Kommunikationsform (Brief, E-Mail etc.) erhalten wird, wenn er die Erklärung abgibt.

Wenn die Einwilligungen zusammen mit anderen Erklärungen erfolgen sollen und/oder vorformuliert sind: Verstecken Sie die Klauseln nicht und überrumpeln Sie den Kunden nicht, etwa indem die Klausel aufgrund ihrer Gestaltung leicht zu übersehen ist. Machen Sie die Klausel beispielsweise durch die Schriftgröße und die übrige Gestaltung (z. B. Rahmensetzung) deutlich und eindeutig erkennbar, indem diese sich vom übrigen Text absetzt.

Wollen Sie sich mit der Einwilligung verschiedene Werbeformen ermöglichen (E-Mail, Fax, Telefon etc.), sind mehrere Erklärungen notwendig:

- Eine Erklärung, dass die Daten erhoben, gespeichert, verarbeitet und genutzt werden dürfen durch ... (Unternehmen) und zu ... (Art und Inhalt der Werbung).
- Anschließend bedarf es einer weiteren Erklärung darin, dass die so erhobenen Daten auch zu Zwecken der Werbung für ... (Art und Inhalt) durch ... (werbendes Unternehmen) via ... (E-Mail, Telefon, Fax etc.) genutzt werden dürfen.

Jede der Erklärungen muss eine eigene Ankreuzmöglichkeit vorsehen (Opt-in-Verfahren). Eine bloße Streichmöglichkeit ist für die Einwilligung zur Werbung via E-Mail, Telefon, Fax, etc. nicht ausreichend.

Wird lediglich die erste Ankreuzmöglichkeit von dem Betroffenen wahrgenommen, dürfen die so gewonnenen Daten nur für die Werbung im eingewilligten Umfang genutzt werden.

Keine Einwilligung in Werbemaßnahmen sind:

- Eintragung von Kontaktdaten im Branchenbuch,
- Angaben zu Kontaktdaten im Internetimpressum,
- die widerspruchslose Hinnahme zuvor erhaltener E-Mails, Faxe, Telefonanrufe etc..

VIII. Sanktionen

Im Falle der unzulässigen Werbung drohen Unternehmen insbesondere nicht nur zum Teil hohe Bußgelder, sondern auch die Gefahr von Unterlassungs-, Schadensersatz- und Auskunftsansprüchen, welche im Wege von Abmahnungen, Verfügungs- und / oder Klageverfahren durchgesetzt werden können.

IX. Muss der Speichernde Auskunft über die bei ihm gespeicherten Daten erteilen und ggf. Daten löschen oder berichtigen?

Auf Frage des Betroffenen muss ihm Auskunft erteilt werden über die über ihn gespeicherten Daten, deren Herkunft und den Zweck der Speicherung. Wurden die Daten an Dritte übermittelt, muss auch der Empfänger der Daten benannt werden. Die Auskunft muss unentgeltlich und in Textform erfolgen. Unrichtige Daten müssen berichtigt werden.

Daten müssen gelöscht werden, wenn sie nicht mehr für Werbezwecke benötigt werden oder sich herausstellt, dass die Speicherung der Daten unzulässig war. Ausnahmsweise kann anstatt der Löschung eine Sperrung in Betracht kommen. Bei eigenen Adressen oder bei Fremdadressanmietung ist hierbei sicher zu stellen, dass unternehmenseigene Sperrlisten beachtet werden. Sowohl von der Löschung als auch von der Sperrung der Daten müssen andere Unternehmen benachrichtigt werden, an die Daten weitergegeben wurden, wenn dies keinen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert und schutzwürdige Interessen des Betroffenen nicht entgegenstehen.

Hinweis: Diese Informationen geben - als Service Ihrer Kammer - nur erste Hinweise und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Trotz größtmöglicher Sorgfalt bei der Recherche kann für die Richtigkeit keine Haftung übernommen werden. Wir empfehlen Ihnen, sich bei Bedarf individuell durch einen Rechtsanwalt beraten zu lassen.

Anlage: Anhang – Erläuterung datenschutzrechtlicher Begriffe

Stand: Februar 2019

Ansprechpartner:

Industrie- und Handelskammer Osnabrück - Emsland - Grafschaft Bentheim

Robert Alferink
Tel.: 0541 353-315
E-Mail: alferink@osnabrueck.ihk.de

Helga Conrad
Tel.: 0541 353-317
E-Mail: conrad@osnabrueck.ihk.de

Anlage

Erläuterung datenschutzrechtlicher Begriffe

Personenbezogene Daten sind Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person (Betroffener). Besondere Arten personenbezogener Daten sind Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualleben.

Erheben ist das Beschaffen von Daten über den Betroffenen.

Verarbeiten ist das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten. Im Einzelnen ist, ungeachtet der dabei angewendeten Verfahren:

1. Speichern das Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren personenbezogener Daten auf einem Datenträger zum Zwecke ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung,
2. Verändern das inhaltliche Umgestalten gespeicherter personenbezogener Daten,
3. Übermitteln das Bekanntgeben gespeicherter oder durch Datenverarbeitung gewonnener personenbezogener Daten an einen Dritten in der Weise, dass
 - a) die Daten an den Dritten weitergegeben werden oder
 - b) der Dritte zur Einsicht oder zum Abruf bereitgehaltene Daten einsieht oder abruff,
4. Sperren das Kennzeichnen gespeicherter personenbezogener Daten, um ihre weitere Verarbeitung oder Nutzung einzuschränken,
5. Löschen das Unkenntlichmachen gespeicherter personenbezogener Daten.

Nutzen ist jede Verwendung personenbezogener Daten, soweit es sich nicht um Verarbeitung handelt.

Verantwortliche Stelle ist jede Person oder Stelle, die personenbezogene Daten für sich selbst erhebt, verarbeitet oder nutzt oder dies durch andere im Auftrag vornehmen lässt.

Empfänger ist jede Person oder Stelle, die Daten erhält. Dritter ist jede Person oder Stelle außerhalb der verantwortlichen Stelle. Dritte sind nicht der Betroffene sowie Personen und Stellen, die im Inland, in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum personenbezogene Daten im Auftrag erheben, verarbeiten oder nutzen.

Opt-In-Verfahren: Bei diesem Verfahren ist die Einwilligung so zu gestalten, dass der Betroffene selbst durch eigenständiges Setzen eines Häkchens oder durch Ankreuzen und durch seine Unterschrift die Einwilligung aktiv erteilt, z. B. „Ich bin einverstanden, dass ...“ oder „Ja, ich will ...“.

Double-opt-in-Verfahren: Nach elektronischer Anmeldung in den Erhalt von E-Mail-Werbung wie etwa Newsletter erhält der sich Anmeldende an die im Rahmen der Anmeldung angegebene E-Mail-Adresse eine sog. Begrüßungsmail. In dieser ist ein Link zur Aktivierung der E-Mail-Werbung / Newsletterversands enthalten. Erst nach Aktivierung dieses Links wird an die angemeldete E-Mail-Adresse die Werbung / der Newsletter versandt. Zu beachten ist hierbei, dass die Aktivierung aus Nachweisgründen protokolliert oder anderweitig archiviert werden sollte und zudem die Begrüßungsmail nicht bereits Werbung erhält bzw. als solche verstanden werden kann.