

Willkommen

KLEINER

R E C H T S A N W Ä L T E

**Alles was Recht ist:
Abschaffung Listenprivileg, neues
Datenschutz- und Wettbewerbsrecht -
was nun?**

Dr. Markus Klinger



Folie 1 • 06. Mai 2009

KLEINER

R E C H T S A N W Ä L T E



Dr. Markus Klinger

Programm

I. Überblick Rechtsgrundlagen des Direktmarketing

II. Überblick Gesetzesänderungen und Auswirkungen

1. BDSG-Novelle I: Auskunftfeien und Scoring
2. BDSG-Novelle II: Datenhandel und Datenschutzaudit
3. UWG-Novelle 2008
4. Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung

III. Ihre Fragen, Anwendungsbeispiele etc.



Überblick Rechtsgrundlagen Direktmarketing

▶ **Direktmarketing:**

möglichst **individualisierte** bzw. personalisierte **Ansprache** auf Grundlage von selektierten **Adress- und Kundendaten**, z. B. durch adressierte **Werbebriefe, Telefon-, Fax- oder E-Mail-Marketing**

▶ **datenschutzrechtliche Anforderungen:**

- Frage, ob und wie Empfängerdaten zur Adressierung / Personalisierung verwendet werden dürfen
→ **Zulässigkeit der Verwendung von Adress- und Kundendaten**
- **Rechtsgrundlagen:** Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) und spezielle Datenschutzgesetze, z. B. Telemediengesetz (TMG), Telekommunikationsgesetz (TKG) etc.



Überblick Rechtsgrundlagen Direktmarketing

▶ wettbewerbsrechtliche Anforderungen:

- Frage, ob und wie Empfängern überhaupt Werbung übermittelt werden darf
 - **Zulässigkeit der Ansprache (Kanal / Instrument)**
- **Rechtsgrundlagen:** Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und BGB

▶ inhaltliche Anforderungen:

- Frage, welche Inhalte Direktmarketing-Maßnahmen haben dürfen bzw. müssen
 - **Zulässigkeit der Inhalte / Pflichtinhalte**
- **Rechtsgrundlagen:** UWG, TMG, BGB, Urheberrechtsgesetz (UrhG), Markengesetz (MarkenG) etc.



Überblick Gesetzesänderungen

▶ aktuelle Gesetzesänderungen:

- **30.12.2008: neues UWG** (Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken)

▶ bevorstehende Gesetzesänderungen:

- **01.06.2009: Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung** (verabschiedet vom Bundestag am 26.03.2009)
- **01.07.2009: BDSG-Novelle II – Datenhandel und Datenschutzaudit** (Regierungsentwurf vom 10.12.2008)
- **Termin des Inkrafttretens noch nicht bekannt:**
 - **BDSG-Novelle I – Auskunfteien und Scoring** (Regierungsentwurf vom 30.07.2008)



BDSG-Novelle I: Auskunfteien und Scoring

▶ Rechtsgrundlage:

- Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Änderung des BDSG“ vom 30.07.2008
- derzeit in parlamentarischer Beratung, Termin des Inkrafttretens noch nicht bekannt

▶ wesentliche Inhalte:

- Tätigkeit von Auskunfteien, z. B. Schufa, und Scoring-Verfahren, insbesondere Kredit-Scoring-Verfahren

▶ Auswirkungen:

- sog. **Werbescoring**, d. h. die Selektion von Werbeadressaten zu deren zielgenauen Ansprache, wohl **nicht erfasst**



BDSG-Novelle II: Datenhandel / Datenschutzaudit

▶ Rechtsgrundlage:

- Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Regelung des Datenschutzaudits und zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften“ vom 10.12.2008
- derzeit **kontroverse parlamentarische Beratung** (19.03.2009 erste Lesung Bundestag; 23.03.2009 Expertenanhörung Innenausschuss)
- geplantes Inkrafttreten: 01.07.2009

▶ wesentliche Inhalte hinsichtlich des Direktmarketing:

- **Streichung des sog. Listenprivilegs** des § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG



BDSG-Novelle II: Datenhandel / Datenschutzaudit

■ stattdessen:

- Datenverarbeitungen und -nutzungen für Zwecke der **Werbung, der Markt- und Meinungsforschung und des Adresshandels** grundsätzlich **nur noch mit vorheriger Einwilligung des Betroffenen (Opt-in) zulässig**
- **eingeschränktes Listenprivileg**, soweit keine schutzwürdigen Interessen der Betroffenen entgegenstehen, bei:
 - **Bewerbung eigener Angebote mit selbst unmittelbar beim Betroffenen im Rahmen eines Vertragsverhältnisses erhobenen „Listendaten“** mit der Möglichkeit der **Zuspeicherung sonstiger** rechtmäßig erhobener Adress- und Kundendaten (zu Zwecken des Werbescorings)



BDSG-Novelle II: Datenhandel / Datenschutzaudit

- **Werbung gegenüber Freiberuflern und gewerblich Tätigen** unter deren Geschäftsadresse
- **Spendenwerbung**
- spezifische Anforderungen an **vorherige Einwilligung (Opt-in)** für **Werbezwecke**:
 - **schriftlich oder elektronisch**, wenn elektronische Einwilligung protokolliert wird sowie jederzeit abrufbar und widerrufbar ist
 - ansonsten, z. B. bei mündlicher Einwilligung: schriftliche Bestätigung erforderlich



BDSG-Novelle II: Datenhandel / Datenschutzaudit

- im Rahmen von AGB oder wenn Erteilung zusammen mit anderen Erklärungen immer **aktive und separate Erklärung** etwa durch gesonderte Unterschrift oder Ankreuzkästchen erforderlich
- **Koppelungsverbot**: marktbeherrschende Unternehmen dürfen Vertragsabschluss nicht von Einwilligung abhängig machen
- **Hinweis auf Widerspruchsrecht** nach § 28 Abs. 4 BDSG bereits bei Begründung des Vertragverhältnisses
- **dreijährige Übergangsfrist** für vor dem 01.07.2009 erhobene Daten bis zum 01.07.2012



BDSG-Novelle II: Datenhandel / Datenschutzaudit

▶ sonstige wesentliche Inhalte:

- verbesserter Kündigungsschutz und bessere Fortbildung für betriebliche Datenschutzbeauftragte
- Informationspflichten bei Datenpannen
- Verschärfung der Sanktionen:
 - Ausweitung der Ordnungswidrigkeiten
 - Erhöhung der Bußgeldbeträge
- Schaffung eines **Datenschutzauditgesetzes**: freiwillige Erlangung eines Datenschutzauditsiegels im Rahmen eines permanenten Kontrollprozesses ab 01.07.2010 (sehr umstritten)



BDSG-Novelle II: Datenhandel / Datenschutzaudit

- ▶ **massive Auswirkungen auf das Direktmarketing:**
 - **erhebliche Einschränkung der Neukundengewinnung** durch Ankauf / Anmietung fremder Adresslisten für adressierte Werbebriefe
 - ➔ ohne Einwilligung nur noch bei B2B-Werbung und Spendenwerbung!
 - zudem auch **erhebliche Einschränkung der Nutzung von (selbst erhobenen) Adress- und Kundendaten für eigene Werbezwecke**
 - ➔ ohne Einwilligung nur noch „Listendaten“ zur Bewerbung eigener Angebote gegenüber Bestandskunden!



UWG-Novelle 2008

▶ Rechtsgrundlage:

- Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22.12.2008
- dient der Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.05.2005 ins deutsche Recht
- **in Kraft seit 30.12.2008**

▶ wesentliche Inhalte hinsichtlich des Direktmarketing:

- **Verschärfung der Regelungen des § 7 UWG**, die festlegen, unter welchen Voraussetzungen die gängigen Direktmarketing-Instrumente wettbewerbsrechtlich unzulässige **unzumutbare Belästigungen darstellen**



UWG-Novelle 2008

■ § 7 UWG (2008)

- (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.*
- (2) Eine unzumutbare Belästigung ist **stets** anzunehmen
 1. *bei Werbung unter Verwendung eines in den Nummern 2 und 3 nicht aufgeführten, für den Fernabsatz geeigneten Mittels der kommerziellen Kommunikation, durch die ein Verbraucher **hartnäckig angesprochen** wird, obwohl er dies erkennbar nicht wünscht;*



UWG-Novelle 2008

2.

3. bei Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post, ohne dass eine vorherige **ausdrückliche** Einwilligung des Adressaten vorliegt;

- **Wegfall der Bagatellklausel / Erheblichkeitsschwelle** des § 3 UWG bei Vorliegen einer unzumutbaren Belästigung (vgl. schon BGH 16.11.2006 - Telefonwerbung für „Individualverträge“)
- **Einführung sog. per-se-Verbote** in § 7 Abs. 2 UWG, d. h. Direktmarketing-Instrumente wie adressierte Werbebriefe, Fax- und E-Mail-Werbung, die gegen § 7 Abs. 2 UWG verstoßen, sind **stets unzulässige unzumutbare Belästigungen** ohne eine Bewertung der Umstände im Einzelfall



UWG-Novelle 2008

- **adressierte Werbebriefe**, Haushaltswerbung und dergl.:
 - **Opt-out-Prinzip bleibt**
 - Bedeutung der „**hartnäckigen Ansprache**“ bislang **umstritten**: Wettbewerbsverstoß erst bei mehrfacher Missachtung eines Widerspruchs des Empfängers?
- **Fax- und E-Mail-Werbung**:
 - **Opt-in Prinzip bleibt** (auch bei Werbung gegenüber Gewerbetreibenden!)
 - **aber: jetzt** vorherige **ausdrückliche Einwilligung** des Empfängers erforderlich; konkludente Einwilligung genügt nicht mehr (BGH 17.07.2008 - Faxanfrage im Autohandel bzw. FC Troschenreuth überholt)



UWG-Novelle 2008

► Auswirkungen:

- mehr Argumentations- und Verteidigungsspielraum bei **adressierten Werbebriefen**, Haushaltswerbung und dergl.
- noch strengere Voraussetzungen rechtskonformer **Fax-Werbung**
- noch strengere Voraussetzungen rechtskonformen **E-Mail-Marketing**, insbesondere im Hinblick auf alternative Instrumente des E-Mail-Marketing wie E-Mail-basierte tell-a-friend-Systeme
- keine Auswirkungen auf **Telefon-Werbung**



Gesetz Bekämpfung unerlaubte Telefonwerbung

▶ Rechtsgrundlage:

- Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vom 26.03.2006
- Ziel: Stärkung der Verbraucherrechte
- tritt voraussichtlich am **01.06.2009** in Kraft

▶ wesentliche Inhalte hinsichtlich des Direktmarketing:

- **Verschärfung** des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG:
 - **Opt-in Prinzip bleibt** (bei **Telefon-Werbung gegenüber Gewerbetreibenden** mutmaßliche Einwilligung ausreichend)

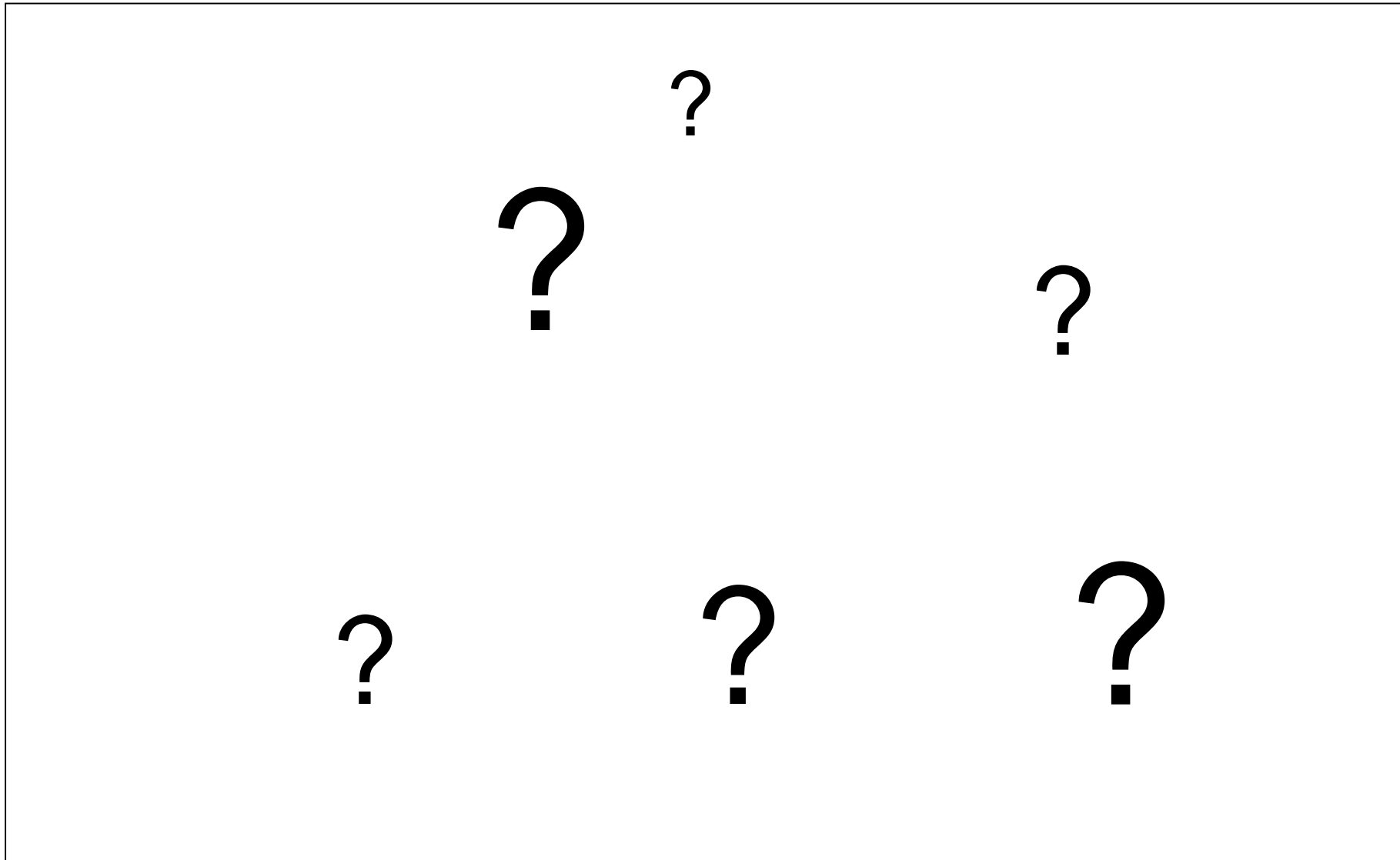


Gesetz Bekämpfung unerlaubte Telefonwerbung

- **bei Telefon-Werbung gegenüber Verbrauchern:**
jetzt vorherige **ausdrückliche Einwilligung** des Verbrauchers erforderlich; konkludente Einwilligung genügt nicht mehr
- **Einführung eines Bußgelds** bis zu € 50.000 für unerlaubte Telefon-Werbung gegenüber Verbrauchern
- **Verbot der Rufnummernunterdrückung** bei Telefon-Werbung, bei Verstoß Bußgeld bis zu € 10.000
- ▶ **Auswirkungen:**
 - noch strengere Voraussetzungen rechtskonformer Telefon-Werbung
 - Gefahr von Bußgeldern



Ihre Fragen, Anwendungsbeispiele etc.



Folie 20 • 06. Mai 2009

KLEINER

RECHTSANWÄLTE



Dr. Markus Klinger

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

KLEINER

R E C H T S A N W Ä L T E

**Dr. Markus Klinger
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für IT-Recht**

**Alexanderstraße 3
70184 Stuttgart**

**Telefon: (07 11) 601 708-14
E-Mail: mklinger@kleiner-law.com
www.kleiner-law.com/do-marketing**

Folie 21 • 06. Mai 2009

KLEINER

R E C H T S A N W Ä L T E



Dr. Markus Klinger