FRANZ
RECHTSANWÄLTE

CRM, Datenschutz und Direktmarketing: Rechtliche Aspekte

von

Dr. Udo von Fragstein

Rechtsanwalt und Partner
bei
FRANZ Rechtsanwälte
Holzstraße 2, 40221 Düsseldorf
Tel.: 0211-157676-0 Fax: 0211-157676-76
Mobil: 0173-2976655
Fragstein@franzlegal.com

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

Einführungsbeispiel

„20 % Rabatt auf alles“	Sonder-Konditionen für Neukunden	Gründung „Kundenclub“; Mitglieder werben Mitglieder	Mailing an 1) Club-Mitglieder 2) Nicht-Club-Mitglieder	Erstellung von Kunden-profilen
Abschaffung RabattG / UWG	Abschaffung ZugabeVO / UWG	UWG VertragsR	Datenschutzrecht/ UWG	Datenschutz-recht

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

Themenübersicht

A. Wettbewerbsrecht

B. Datenschutzrecht

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

Standort

A. Wettbewerbsrecht

I. Wegfall RabattG / ZugabeVO
II. Das Wichtigste aus dem UWG
III. Gesetzliche Neuerungen

B. Datenschutzrecht

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

I. Konsequenzen des Wegfalls von RabattG und ZugabeVO

Umkehrung des bisherigen Regel-Ausnahme-Verhältnisses

➔ Rabatte: grundsätzlich erlaubt, nur ausnahmsweise verboten

➔ Zugaben: grundsätzlich erlaubt, nur ausnahmsweise verboten

Besondere Auswirkungen bei

- Kundenclubs
- Markteinführung neuer Produkte

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

Zweistufige Prüfung

1. Grundsatz:

Zugaben/Rabatte erlaubt

2. Ausnahmen

Allg. Wettbewerbsrecht, UWG

II. Das Wichtigste aus dem UWG

- Übertriebenes Anlocken
- Transparenz bei Verkaufsförderungsmaßnahmen
- Irreführende Werbung
- Kontaktaufnahme per Telefon, E-Mail, SMS usw.

§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG
Werbung mit Telefonanrufen

- Zwei wichtige Unterscheidungen sind zu treffen:

  (1) Opt-**In**-Lösung ↔ Opt-**Out**-Lösung

  (2) Telefonwerbung gegenüber **Verbrauchern** ↔ **Gewerbetreibenden**

- Opt-Out-Lösung: Derjenige, der nicht angerufen werden möchte, tut dies im Laufe des Telefonats kund und darf dann in der Folge nicht mehr angerufen werden.

- Opt-In-Lösung: Telefonanrufe sind nur zulässig, wenn der Angerufene vorher sein Einverständnis hierzu erklärt hat.

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG
Welche Anforderungen sind an die Einwilligung zu stellen, wenn Verbraucher angerufen werden?

- Die Einwilligung muss erteilt sein, **bevor** der Verbraucher angerufen wird. Eine nachträgliche Einwilligung reicht nicht aus!

- Der Angerufene muss sein Einverständnis **ausdrücklich oder konkludent** erteilt haben. Ob dies der Fall ist, ist in jedem Einzelfall gesondert zu beurteilen.

- Aktueller Gesetzentwurf: Nur noch **ausdrückliches** Einverständnis.

Beispiel:

– Ein vom Kunden anläßlich der Kontoeröffnung gegenüber dem Kreditinstitut erklärtes *vorformuliertes Einverständnis mit Telefonwerbung* ist unwirksam.

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

§ 7 Absatz 2 Nr. 2 UWG
Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Gewerbetreibenden

- Anders als gegenüber Verbrauchern gilt im **gewerblichen Bereich** (auch selbständige Berufe), dass Telefonwerbung bereits bei vermutetem Einverständnis zulässig ist.

- Allerdings enge Grenzen: Zur Rechtfertigung des Anrufs reicht die bloße *Sachbezogenheit* zum Geschäftsbetrieb des Angerufenen nicht aus. Vielmehr **muss der Anruf im konkreten Interessenbereich des Angerufenen liegen**. Das ist der Fall, wenn
  (1) der Angerufene zuvor ausdrücklich oder konkludent sein Einverständnis mit derartigen Anrufen erklärt hat oder
  (2) der Werbende aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des Angerufenen vermuten konnte.

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

§ 7 Absatz 2 Nr. 2 UWG
Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Gewerbetreibenden

- Grundsatz: Bei bestehenden Geschäftsverbindungen liegt ein vermutetes Einverständnis vor. Daraus folgt andererseits, dass die Grenzen für ein mutmaßliches Einverständnis außerhalb bestehender Geschäftsverbindungen relativ hoch sind.

Beispiele:

- Telefonische Kontaktaufnahme mit Gewerbetreibenden ohne deren vorheriges Einverständnis zur Erlangung entgeltlicher Aufträge für die Eintragung in ein bundesweites Branchenbuch sind unzulässig.

- Die Eintragung eines Gewerbetreibenden in die Gelben Seiten ist keine Geschäftsverbindung, die die telefonische Kontaktaufnahme wegen der Eintragung rechtfertigen könnte.

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

Gesetzliche Neuerungen bei Telefonwerbung

1. Die Bundesregierung hat am 30.07.2008 einen Gesetzentwurf gegen unerlaubte Telefonwerbung vorgestellt. Wesentlicher Inhalt:

   - Ausweitung des Widerrufs- und Rückgaberechts
   - Bußgelder bis zu 50.000 €; Verfolgung durch Bundesnetzagentur ohne Abmahnung
   - Keine Rufnummerunterdrückung; bei Verstoß bis 10.000 € Bußgeld
   - Schutz vor „untergeschobenen“ Verträgen

2. EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken mit „schwarzer Liste“

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

§ 7 Absatz 2 Nr. 3 UWG
Werbung per Fax, E-Mail oder SMS

- Ist wettbewerbswidrig, solange keine Einwilligung des Adressaten vorliegt. ➔ **Opt-In ist zwingend erforderlich**!
- Wichtig: Es wird nicht zwischen Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern (gewerblicher Bereich) differenziert.
- Payback-Urteil Juli 2008: Bei SMS und E-Mail reicht ein Auskreuzen nicht aus ↔ Post.

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

Besonderheiten bei E-Mail-Werbung; § 7 Abs. 3 UWG

- Hat ein Unternehmer die elektronische Adresse eines Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware erhalten, kann er diese Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren nutzen.
- **Ausnahme:** Der Kunde hat die Nutzung untersagt.
- Kunde muss bei Erhebung der Adresse und bei jeder Nutzung klar und deutlich darauf hingewiesen werden, dass er jederzeit Nutzung untersagen kann, ohne dass hierfür höhere als die normalen Übermittlungskosten anfallen.

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

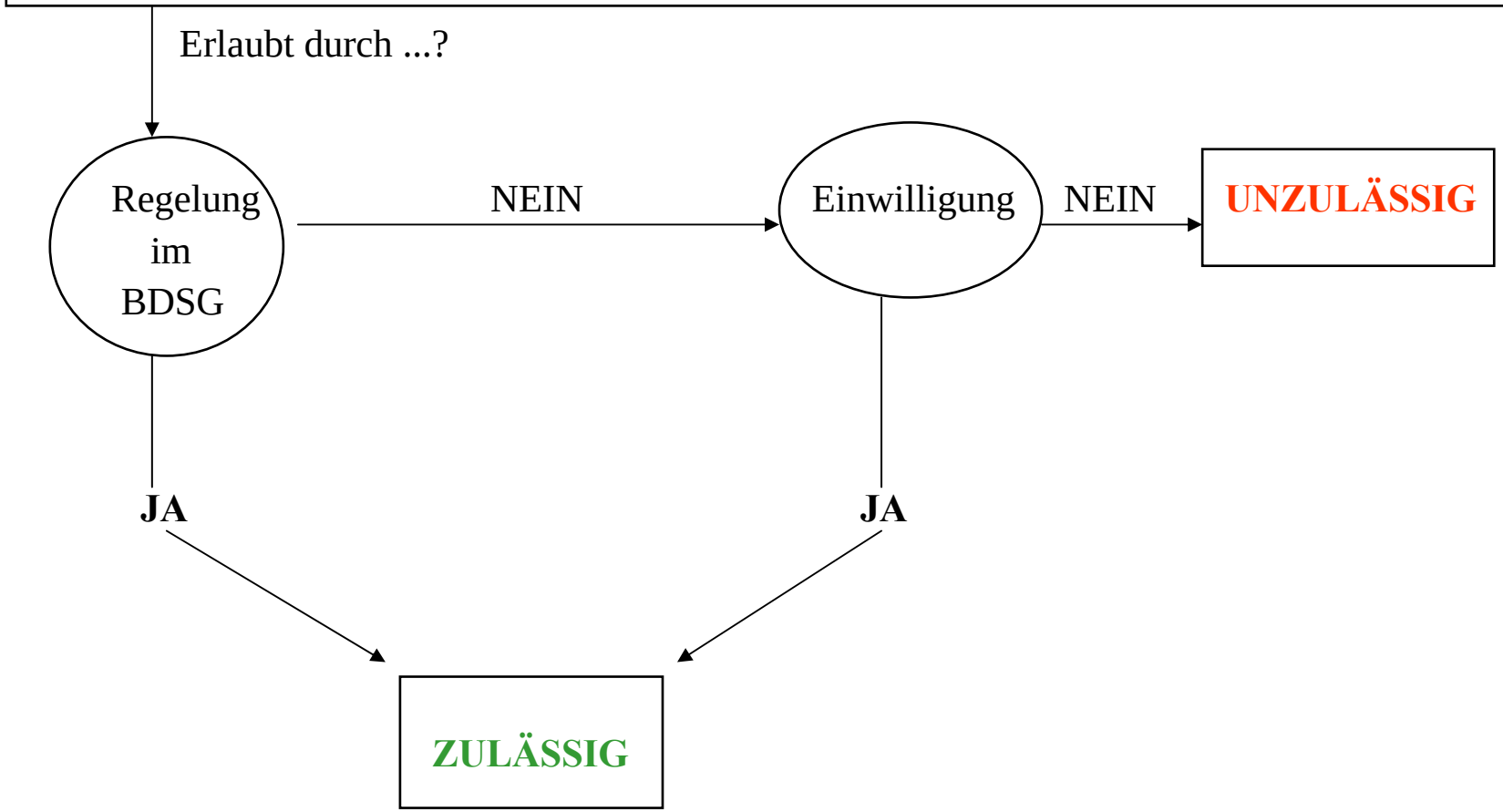
Standort

A. Wettbewerbsrecht

B. Datenschutzrecht

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

Speicherung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten



Datenschutz

Frage: Ist es erlaubt, Kundendaten zu speichern und zu verarbeiten?

➔ Prüfungsschema

1. Schritt: **Gesetzliche Erlaubnis** (§ 28 BDSG)

Nur falls keine gesetzliche Erlaubnis besteht.

2. Schritt: **Einwilligung** des Kunden (§ 4 BDSG)

Datenschutz

Beispiel:

Im Rahmen eines Kundenbindungsprogramms sollen folgende Daten/Angaben der teilnehmenden Kunden gespeichert, verarbeitet und genutzt werden:

- Name
- Anschrift
- Geburtsdatum
- Punktestand
- Kaufverhalten
- Umfassendes Kundenprofil

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

Gesetzliche Erlaubnis gemäß § 28 BDSG

- § 28 I 1 BDSG stellt relativ hohe Anforderungen auf. Das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln von Daten oder ihre Nutzung muss
  (1) der **Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses dienen**.
  (2) Die berechtigten Interessen der verantwortlichen Stelle müssen gegenüber den schutzwürdigen Interessen des Betroffenen überwiegen.

- Listenmäßig zusammengefasste Daten zu Werbe- oder Marktforschungszwecken gemäß § 28 III 3 BDSG

Anforderungen an die Einwilligungserklärung

- **Schriftlich** oder auch elektronisch (§ 3 Absatz (7) TDDSG).

- Rechtsprechung verlangt, dass die Einwilligungserklärung **im äußeren Erscheinungsbild der Gesamterklärung hervorgehoben** ist; auf keinen Fall reicht es aus, in den AGB auf die Einwilligung hinzuweisen!

- Problematisch: Ist für eine wirksame Einwilligungserklärung ein Opt-**In** erforderlich oder reicht ein Opt-**Out** aus?

  ➔ Payback-Urteil aus Juli 2008

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

Anforderungen an die Einwilligungserklärung

- Der Teilnehmer muss seine Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen können. Hierauf ist er im Zusammenhang mit seiner Einwilligungserklärung besonders hinzuweisen.

- Außerdem muss die Einwilligungserklärung klar und bestimmt sein, d.h. für den Betroffenen muss erkennbar sein, womit er sich einverstanden erklärt.

Payback-Entscheidung:

- Eine Datenschutzklausel ist wegen **Unbestimmtheit** unzulässig, nach der „die jeweiligen Partnerunternehmen“ und „die in diesem Zusammenhang beauftragten Dienstleistungsunternehmen“ zur Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten berechtigt sein sollen. LG München (1.02.2001)

Unterrichtung und Benachrichtigung des Betroffenen

- Der Betroffene ist schon vor Erhebung über Art, Umfang, Ort und Zwecke der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung seiner personenbezogenen Daten zu unterrichten.
- § 33 BDSG ordnet an, dass der Betroffene davon in Kenntnis zu setzen ist, wenn ohne sein Wissen Daten (für werbliche Maßnahmen) gespeichert werden.
- § 28 Absatz 4 BDSG regelt, dass der Betroffene über seine Widerspruchsmöglichkeiten hinsichtlich der Nutzung oder Übermittlung seiner Daten für Zwecke der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung zu unter-richten ist. Diese besondere Hinweispflicht ist zu beachten.

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

Payback-Entscheidung des BHG aus Juli 2008

1. Opt-**Out**-Variante in Gestalt der Möglichkeit des Auskreuzens einer Einverständniserklärung reicht bei Werbung per Post aus, bei SMS und E-Mail dagegen nicht.

2. Erhebung und Speicherung des **Geburtsdatums** ist bereits vom Gesetz (§ 28 Abs. 1 BDSG) gedeckt, also besteht kein Einwilligungserfordernis.

3. Auch die Übermittlung **detaillierter Informationen zum Kaufverhalten des Kunden** sei bereits von § 28 Abs. 1 BDSG gedeckt ↔ umfassende Kundenprofile.

Empfehlungen

- Um sicherzugehen, „positives“ Einverständnis einholen ➔ umfassende Einwilligungserklärung; Opt-In ist sicherer.

- Von Anfang an, möglichst weitgehende Rechte einholen (insbesondere bei Mehrpartner-Systemen)

- *„Ja, ich bin damit einverstanden, dass meine vorstehend genannten Daten sowie meine Programmdaten im Rahmen des Bonusprogramms (Anzahl der gesammelten Punkte, Verwendung der Punkte ...) zum Zwecke der Einstellung von Kundenprofilen, der individuellen Werbung per Post, SMS oder E-Mail sowie Markt- und Meinungsforschung von ... erhoben, verarbeitet, untereinander übermittelt und genutzt werden.“*

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

Danke für Ihre Aufmerksamkeit

Dr. Udo von Fragstein
Rechtanwalt und Partner

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

Holzstraße 2
40221 Düsseldorf
Tel.: 0211-157676-0 Fax: 0211-157676-76
Mobil: 0173-2976655
Fragstein@franzlegal.com

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

Zum Referenten

Persönliches Profil

Dr. Udo von Fragstein ist Rechtsanwalt und Partner bei der Sozietät FRANZ Rechtsanwälte, Düsseldorf. Er hat ein Zusatzstudium zum japanischen Wirtschaftsrecht absolviert und war für eine große amerikanische Wirtschaftskanzlei in London als Rechtsanwalt tätig.

Zu den Tätigkeitsschwerpunkten von Dr. von Fragstein gehören das Vertriebs- und Wettbewerbsrecht, der gewerbliche Rechtsschutz, das Datenschutzrecht sowie das IT-Recht. Auf diesen Gebieten berät Dr. von Fragstein mittelständische Unternehmen und Großunternehmen im In- und Ausland. Außerdem hat Dr. von Fragstein bei der rechtlichen Gestaltung zahlreicher Vertriebssysteme und Kundenbindungssysteme mitgewirkt und berät diese laufend im Zusammenhang mit CRM- und Direktmarketing-Maßnahmen.

Darüber hinaus hat er zu wettbewerbsrechtlichen und wirtschaftsrechtlichen Themen verschiedene Beiträge veröffentlicht, unter anderem in dem Handbuch für Direktmarketing des Gabler-Verlages sowie zuletzt einen Beitrag zu dem Thema „Aktuelle Entwicklungen im Datenschutz- und Wettbewerbsrecht“ in dem Handbuch der Telekommunikation.

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

Vorträge und Publikationen

Vorträge

22. September 2008: „Innovation und Effektivität im Vertrieb: Rechtliche Gesichtspunkte“, CSO Gipfel 2008, marcus evans, Rostock

27. August 2008: „Marketingleistungen und Recht“, Management Circle, Frankfurt/Main

20. August 2008: „Marketingleistungen und Recht“, Management Circle, Köln

25. Juni 2008: „Marketingleistungen und Recht“, Management Circle, München

17. Juni 2008: „Vertragliche Gestaltung und Ansprüche bei Vertragsverletzungen“, Dow Jones, Frankfurt/Main

26. Mai 2008: „Rechtliche Aspekte beim Marketing“, CMO Gipfel 2008, marcus evans, Montreux

8. Mai 2008: „Aktuelle rechtliche Entwicklungen im Dialog Marketing“, Marketing Services 2008, Messe Frankfurt Medien und Service GmbH, Frankfurt/Main

21. April 2008: „Datenschutz- und Wettbewerbsrecht im Rahmen von Kundenbindungs- und Neukunden-gewinnungskampagnen“, Management Circle, Düsseldorf

14. Februar 2008: „Neue Entwicklungen im Datenschutz- und Wettbewerbsrecht: Was darf ich mit meinen Kundendaten machen?“, FoCus Gipfel 2008 (6. CRM Gipfel), marcus evans, Montreux

24./25. September 2007: „Rechtliche Aspekte des CRM“, 6. CxO Dialog CRM Excellence, econique, Berlin

7. September 2007: "Rechtliche Aspekte bei der Beschaffung im Ausland", 2. Dow Jones Stahl Tag 2007, Dow Jones, Frankfurt/Main

19. April 2007: „Marketingdienstleistungen und Recht“, Management Circle, Frankfurt/Main

19. März 2007: „Marketingdienstleistungen und Recht“, Management Circle, Köln

15. Februar 2007: „Neue Entwicklungen im Datenschutz- und Wettbewerbsrecht: Was darf ich mit meinen Kundendaten machen?“, FoCus Gipfel 2007, marcus evans, Montreux

12. Februar 2007: **„**Vertragsmanagement und Internationale Einkaufsverträge“, 2. CPO-Dialog Procurement Excellence, econique, Berlin

31. Januar 2007: „Rechtliche Aspekte des Kundenmanagements“, 5. CxO Dialog CRM Excellence, econique, Berlin

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

Vorträge und Publikationen

22. Januar 2007:„Datenschutz- und Wettbewerbsrecht im Rahmen von Kundenbindungs- und Neukundengewinnungskampagnen", Management Circle, Düsseldorf

27. Oktober 2006: „Internationaler Einkauf und Recht“, Stahl Tag 2006, Dow Jones, Frankfurt/Main

18. September 2006: „CRM und Recht“, 4. Wirtschaftsgipfel CxO Dialog CRM Excellence, econique, Berlin

20. Februar 2006: "Aktuelle und CRM-relevante Entwicklungen im Datenschutz- und Wettbewerbsrecht“, FoCus Gipfel 2006, marcus evans, Montreux

18. Januar 2006: "Datenschutz- und Wettbewerbsrecht im Rahmen von Kundenbindungs- und Neukundengewinnungskampagnen", Management Circle, Düsseldorf

6. Oktober 2005: "Rahmenbedingungen des E-Mail-Marketings", Management Circle, Köln

3. März 2005: "Rahmenbedingungen des E-Mail-Marketings", Management Circle, Köln

16. Februar 2005: "Direktmarketing nach der UWG-Reform", Management Circle, Frankfurt/Main

24. Januar 2005: "Direktmarketing nach der UWG-Reform", Management Circle, München

16. Dezember 2004: "Direktmarketing nach der UWG-Reform", Management Circle, Köln

20. September 2004: "Die UWG-Novelle in der Praxis“, Management Circle, Köln

9. August 2004: "Die UWG-Novelle", Management Circle, Frankfurt/Main

29. Juni 2004: "CRM und Recht: Aktuelle Entwicklungen im Datenschutz- und Wettbewerbsrecht", CRM World 2004, Management Circle, Frankfurt/Main

28. Juni 2004: "CRM und Recht: Aktuelle Entwicklungen im Datenschutz- und Wettbewerbsrecht", Management Circle, Köln

22. Juni 2004: "CRM und Data-Mining - Nur etwas für Handelskonzerne?", gemeinsamer Vortrag mit Dr. Andreas Martin, Vorstandsmitglied Deutscher Genossenschafts-Verlag eG, 3. bundesweiter CityCardCongress, Weinstadt

16./17. Juni 2004: "EU-Law on E-Commerce, Internet and Data Protection", International Conference on IT Challenges for the Financial Sector in Western Europe and the CEE, Warschau

30. März 2004: "Das neue Wettbewerbsrecht: Die Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)", bei dem Seminar: Haftungsrisiko Werbung, Management Circle, Köln

10. Februar 2004: „Aktuelle Entwicklungen des Wettbewerbsrechts“, CallCenterWorld 2004, Management Circle, Berlin

FRANZ
RECHTSANWÄLTE

Vorträge und Publikationen

Publikationen

„**Preiserhöhungen im Rahmen bestehender Verträge mit Festpreisen: Rechtliche Aspekte“**, in: Dow Jones Stahl Monitor, Nr. 17, September 2008, S. 5 f.

„**RFID, CRM und Datenschutzrecht: Statusanalyse und Ausblick“,** in: ECIN, Februar 2008

„**Rechtswissen im Einkauf, Leistungsstörungen und deren Folgen“,** Schriftlicher Lehrgang gemeinsam mit Karsten Korrat, Management Circle Verlag GmbH, Eschborn/Ts., Mai 2007

„**Wirksamkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung im Rahmen eines Kundenbindungsprogramms nur bei aktivem Handeln des Kunden (Opt-In**)“, in: Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (EwiR), 2006, Seite 517 f.

„**Aktuelle Entwicklungen im Datenschutz- und Wettbewerbsrecht**”, in: Handbuch der Telekommunikation”, Deutscher Wirtschaftsdienst, 112. Ergänzungslieferung, Februar 2005

„**Rechtliche Grenzen des CRM**", in: acquisa - Sonderheft zur CRM-EXPO, 2003, Seite 20 ff.

„**Resale-Verpflichtung der Mobilfunknetzbetreiber nach neuem EU-Recht?",** in: Multimedia und Recht 8/2002, Seite XXIV, gemeinsam mit Dr. Peter Rädler

„**Die Auswirkungen des Wegfalls des Rabattgesetzes auf das Direct Marketing**", in: Handbuch Direct Marketing, 8. Auflage, Gabler Verlag, Wiesbaden, August 2002

„**Ein Jahr vergleichende Werbung in Deutschland - ein Überblick**", in: HORIZONT 21/1999, S. 40

„**Unzulässige Zugabe bei Bonus-Flugmeilen für Kreditkarten**“, Kurzkommentar zum BGH Urt. v. 17.9.1998 - I ZR 117/96", in: Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht ("EWiR") 1999, S. 333 f.

„**Bonus-Meilen als Zugabe - Kommentierung der American Express Entscheidung**", in: Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, 1999, S. 333 f.

„**Die neue deutsche Insolvenzordnung**“, in: Ecolex Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht 6/1999, S. 382 ff.

„**Was die Neuerungen bei vergleichender Werbung in der Praxis bedeuten können**", in: HORIZONT 25/1998, S. 27

„**Europaweite Erschöpfung von Markenrechten", in: Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht**“ ("EWS") 1998, S. 405 ff.

„**Kartellrechtliche Anforderungen an die Begründung einer Kommissionsentscheidung bei Verfahren nach Art. 85 EG - Vertrag**", in: European Law Reporter ("ELR") 1998, S. 442 ff.

„**Die Einwirkungen des EG-Rechts auf den vorläufigen Rechtsschutz nach deutschem Verwaltungsrecht**", NOMOS Verlag, Baden-Baden 1997