



Whitepaper

DSGVO: Das gilt es beim Versand von SMS an Kunden zu beachten

© 2019
LINK Mobility GmbH
Am Sandtorkai 73
20457 Hamburg

Telefon: +49 40 88 88 08 – 0
Fax: +49 40 88 88 08 – 19
Internet: www.linkmobility.de

Inhalt

➔ 1. Darf ich meinen Kunden und Kontakten überhaupt SMS schicken?	3
➔ 2. (Wie) kann ich bestehende Handynummern nutzen?	6
➔ 3. Wie kann ich eine datenschutzkonforme, elektronische Einwilligung einholen?	6
➔ 4. Benötige ich eine Vereinbarung zur Auftragsdatenverarbeitung (ADV), wenn ich SMS über LINK Mobility verschicken möchte?	8

Die **Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)** ist eine EU-Verordnung, welche die Verarbeitung von bzw. den Umgang mit personenbezogenen Daten durch Unternehmen und öffentliche Stellen regelt. Da auch Mobilnummern als personenbezogene Daten zählen, gilt es für Unternehmen im Hinblick auf eine Nutzung dieser, bestimmte Regularien zu beachten. In diesem kostenfreien Whitepaper finden Sie die häufigsten in diesem Kontext gestellten Fragen mit entsprechenden Erläuterungen.

1. Darf ich meinen Kunden und Kontakten überhaupt SMS schicken?

Ja. Mit ausdrücklicher **Einwilligung des Empfängers**, dürfen Sie diesem SMS senden. Was genau eine Einwilligung ist? Laut Artikel 3 Buchstabe 15 der [Verordnung \(EU\) 2018/1725](#) meint es im Datenschutz-Kontext jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass sie betreffende personenbezogene Daten verarbeitet werden. Achten Sie immer darauf, dass Sie einen **Nachweis über die Einwilligung** vorweisen können. (Nachweispflicht, Art. 7 Abs. 1 DSGVO).

Nähere Informationen über die Bedingungen von Einwilligungen finden Sie hier: <https://www.datenschutz-grundverordnung.eu/grundverordnung/art-7-ds-gvo/>

Ebenfalls wichtig ist, dass die Einwilligung **an einen oder mehrere Zwecke gebunden** ist. Der Empfänger muss also im Vorfeld darüber aufgeklärt werden, wozu seine Daten genutzt werden. Wenn Ihnen bspw. eine Einwilligung zur Nutzung der Mobilfunknummer für Statusupdates einer Bestellung vorliegt, dürfen Sie keine Marketing-SMS verschicken.

Es gibt allerdings eine **Ausnahmeregelung**: Gemäß [§ 7 Abs. 3 UWG](#) (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) ist es Händlern „im Rahmen bestehender Kundenbeziehungen möglich [...],

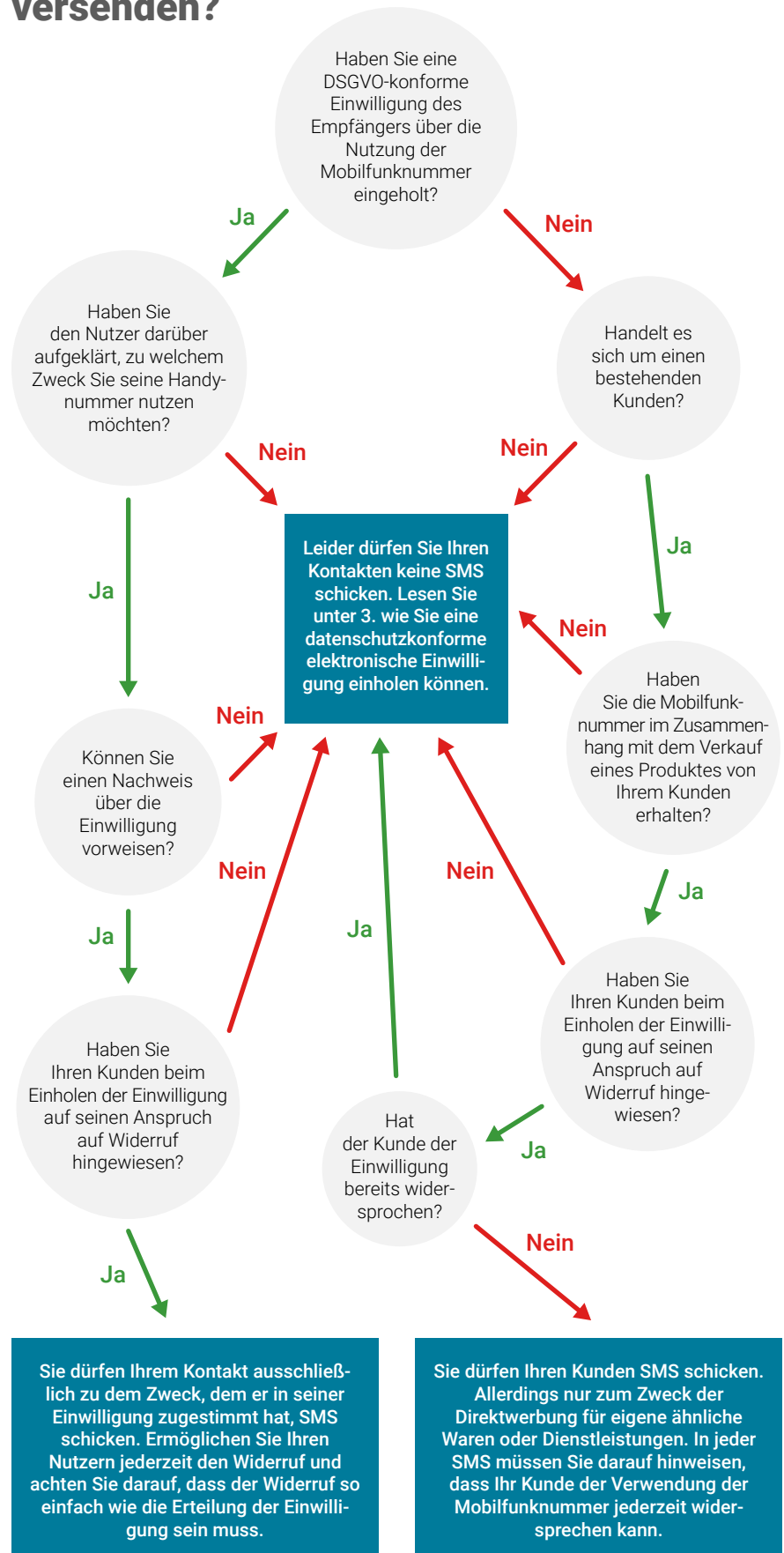
¹ Bea Brünen, „E-Mail-Marketing 2018: Was ändert sich durch die DSGVO in Bezug auf Newsletter?“, https://www.it-recht-kanzlei.de/newsletter-daten-schutzgrundverordnung-dsgvo.html?print=1#abschnitt_9, (Stand: 18.03.2019)

für den Absatz ähnlicher Waren und Dienstleistungen [...] zu werben, ohne die Einwilligung des Kunden eingeholt zu haben“, schreibt die IT-Recht Kanzlei München in ihrem Newsletter.¹

Folgende Voraussetzungen müssen dafür erfüllt sein:

- ⊕ Die Handynummer muss im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden erhalten worden sein.
- ⊕ Die Handynummer darf nur zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet werden.
- ⊕ Der Kunde darf der Verwendung nicht widersprochen haben.
- ⊕ Der Kunde muss bereits bei der Erhebung der Handynummer sowie in jeder SMS klar und deutlich darauf hingewiesen werden, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

Darf ich SMS an meine Kontakte versenden?



2. (Wie) kann ich bestehende Handynummern nutzen?

Wie unter 1. beschrieben muss eine **Einwilligung** des Empfängers vorliegen. Die Verwendung bleibt an den Zweck der ursprünglichen Erhebung gebunden.

Haben Sie die Handynummern in der Vergangenheit **DSGVO-konform erhoben, können Sie diese auch weiterhin nutzen**. Auf seiner Website gibt Rechtsanwalt Dr. Daniel Kirmse jedoch zu bedenken: „Oft wird eine Einwilligung aus der Vergangenheit nicht in der Form erklärt worden oder nachweisbar sein, die die Datenschutz-Grundverordnung verlangt. Eine weitere Verwendung der vorhandenen Daten nach Wirksamwerden der DSGVO ist dann ohne erneute Einwilligung nur zulässig, wenn ein anderer Erlaubnistatbestand greift.“²

² Dr. Daniel Kirmse, „Weiterverwendung vorhandener Daten nach der DSGVO“, <https://kirmse.eu/weiterverwendung-vorhandener-daten-nach-der-dsgvo/>, (Stand: 18.03.2019)

Selbst bei datenschutzkonformen Einwilligungen ist zu beachten, **dass diese auch verfallen können**. In einem offiziellen Kurzpapier der DSK (Datenschutzkonferenz) ist zu lesen: „Eine konkrete Frist hat der Gesetzgeber nicht vorgesehen.“ Doch „[d]ie Zivilgerichte sehen bei erteilten Einwilligungen zur werblichen Kontaktaufnahme teilweise keine unbegrenzte Gültigkeit. So hat das LG München I mit Urteil vom 8. April 2010, Az. 17 HK O 138/10, entschieden, dass eine vor 17 Monaten erteilte und bisher nicht genutzte Einwilligung zur E-Mail-Werbung ‚ihre Aktualität verliert‘ und deshalb insoweit keine rechtliche Grundlage mehr ist.“³

³ Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, „Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)“, (Stand: November 2018)

3. Wie kann ich eine datenschutzkonforme, elektronische Einwilligung einholen?

Eine Einwilligung kann auf unterschiedliche Weisen eingeholt werden, z. B. durch **Anklicken einer entsprechenden Checkbox auf einer Internetseite**. Achtung! Nicht zulässig sind bereits vorausgewählte Checkboxen. Timo Schutt, Anwalt für Datenschutz, dazu auf der Website seiner Kanzlei: „Es muss [...] die **Opt-In-Regel** Anwendung finden, die besagt, dass die

⁴ Timo Schutt, „Vorgegebene Einverständniserklärung für Werbung per E-Mail & SMS unwirksam.“, <https://schutt-waetke.de/aktuelles/vorgegebene-einverstaendniserklaerung-fuer-werbung-per-e-mail-sms-unwirksam/>, (Stand: 18.03.2019)

⁵ VFR Verlag für Rechtsjournalismus GmbH, „Was ist Opt-In: Das Zustimmungsverfahren“, <https://www.datenschutz.org/opt-in/>, (Stand: 18.03.2019)

⁶ Thomas Schwenke, „DSGVO: So holst du Einwilligungen richtig ein (Teil 3)“, <https://t3n.de/news/dsgvo-einwilligungen-843918/>, (Stand: 18.03.2019)

Zustimmung zum Erhalt von Werbung erfordert, dass der Verbraucher sein Einverständnis zum Erhalt von Werbung durch eigenes Tun (z.B. durch Ankreuzen, Anhaken der Erklärung) selbst erklärt.“⁴

Aber reicht ein Opt-In wirklich, oder ist ein Double-Opt-In notwendig? Erst einmal zu dem Unterschied: Opt-In bedeutet, dass der Nutzer seine Daten angibt und sein Einverständnis erklärt (z.B. wie oben beschrieben). Beim Double-Opt-In muss er diese Einwilligung nochmals bestätigen. In der Regel erhält der Nutzer hierzu eine Bestätigungsnachricht, bspw. an die hinterlegte E-Mail-Adresse, und erteilt seine erneute Einwilligung, meist durch Klicken eines in der Nachricht enthaltenen Link.

Auf der Webseite www.datenschutz.org von der VFR Verlag für Rechtsjournalismus GmbH **wird ein Double-Opt-In empfohlen**. Es sei die rechtlich sicherere Variante. „Obwohl es für das Double-Opt-In keine bindende Rechtslage gibt, wird immer häufiger ein solches angeordnet, wenn es einen Streit über die Anmeldeverfahren gibt.“⁵

Weiterhin sollten Sie beachten:

- ⊕ „Nutzer müssen immer verständlich darüber informiert werden, zu welchem **Zweck** ihre Daten verarbeitet werden, auf welche **Art**, in welchem **Umfang**, ob deren Daten an Dritte weitergegeben und wann sie gelöscht werden. Im Regelfall ist es ausreichend, wenn diese Hinweise in der Datenschutzerklärung platziert werden“, so Rechtsanwalt Dr. Thomas Schwenke in einem Artikel auf der t3n-Website.⁶
- ⊕ Es dürfen **nicht mehr Daten erhoben werden, als zwingend benötigt**. Wer also eine Handynummer abfragt, muss diese später auch für den bei Erhebung angegebenen Zweck nutzen. Andernfalls ist eine Erhebung der Handynummer nicht angemessen. (vgl. Art. 5 Abs. 1 DSGVO)
- ⊕ „Daneben ist auch der **Hinweis auf die Rechte** des Betroffenen von Bedeutung. Neben dem Recht auf Löschung, Sperrung und Berichtigung kommen hier das Auskunfts-

recht sowie der Anspruch auf Widerruf der Einwilligungserklärung gemäß Datenschutz infrage.“ (<https://www.datenschutz.org/einwilligungserklaerung/>)

⊕ Der **Widerruf (Opt-Out) muss jederzeit möglich sein.**

Wichtig hierbei: „Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein.“ (Art. 7 Abs. 3 DSGVO) „Aus diesem Grund empfehle ich den Widerrufs- und Widerspruchshinweis direkt neben der Einholung der Einwilligung, zum Beispiel in einem Onlineformular wie folgt zu platzieren und auf die Datenschutzerklärung zu verlinken: [Hinweise zum Datenschutz und Widerrufsrecht.](#) In der Datenschutzerklärung musst du dann mitteilen, wie der Widerruf erfolgen kann (...)\", so Dr. Thomas Schwenke.⁷

⁷ Ebd.

⊕ Bei **unter 16-Jährigen** müssen die Eltern einwilligen. Dr. Thomas Schwenke schreibt: „Hierzu existieren keine einfachen und praktikablen Mechanismen. (...) Es ist daher damit zu rechnen, dass viele Onlinedienste das Mindestalter schlicht auf 16 Jahre erhöhen werden.“⁸

⁸ Ebd.

⊕ Das **Protokollieren der Einwilligung** nicht vergessen. „Die Protokolle über Abfragen und Offenlegungen müssen es ermöglichen, die Begründung, das Datum und die Uhrzeit dieser Vorgänge und so weit wie möglich die Identität der Person, die die personenbezogenen Daten abgefragt oder offengelegt hat, und die Identität des Empfängers der Daten festzustellen.“ (§ 76 BDSG -Protokollierung)

4. Benötige ich eine Vereinbarung zur Auftragsdatenverarbeitung (ADV), wenn ich SMS über LINK Mobility verschicken möchte?

Nein. Wenn Sie SMS-Messaging betreiben und die SMS-Daten über **LINK Mobilitys API** einliefern, **wird kein AV Vertrag** benötigt. Der Schwerpunkt der Dienstleistung der LINK Mobility GmbH liegt in der Weiterleitung von SMS-Daten und nicht in der Verarbeitung von persönlichen Daten. Nach Einschätzung des Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht ist in diesem Fall keine Auftragsverarbeitungsvereinbarung notwendig, vgl. [FAQ zur DS-GVO](#).

Die LINK Mobility GmbH erbringt seit dem Jahr 2003 öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste (§ 3 Abs. 17a TKG) und ist seitdem nach § 6 TKG bei der Bundesnetzagentur als Telekommunikations-Diensteanbieter (TK-Diensteanbieter) registriert (DREG.NR.: 08/090). Rechtlich unterliegt LINK Mobility den hohen Anforderungen der § 88 (Fernmeldegeheimnis) und § 91ff. (Datenschutz) TKG, nachrangig auch der EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO). Die Übermittlung von IP-bezogenen SMS-Daten von Kunden an die LINK Mobility GmbH sowie die anschließende Weiterleitung zum zuständigen Mobilfunknetzbetreiber, ggf. über andere SMS-Provider, ist auch ohne Abschluss einer Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DSGVO zulässig, denn sie ist erforderlich zur geschäftsmäßigen Erbringung von Telekommunikationsdiensten gemäß § 88 Abs. 3 TKG.

Bei der Nutzung des webbasierten Kundenportals NEXT für SMS-Versand (inkl. der Services [LINK Collect](#), [Mobile Invoice](#), [Mobile Coupons](#)) oder des Services [LINK Conversations](#) wird jedoch ein AV-Vertrag benötigt.

Alle von uns aufgeführten Informationen dienen lediglich Informationszwecken. Sie stellen keine Rechtsberatung dar und können insbesondere eine individuelle rechtliche Beratung, welche die Besonderheiten eines Einzelfalles berücksichtigt, nicht ersetzen. Für Aktualität, Vollständigkeit und Richtigkeit der Informationen können wir keine Gewähr übernehmen.