

VDZ Verband Deutscher Zeitschriftenverleger

Erläuterungen zur Datenschutznovelle

(v1, Stand: 14.7.2009)

Die Datenschutznovelle zur Frage einer Abschaffung des Listenprivilegs und zu weiteren Änderungen des Bundesdatenschutzgesetzes ist mit der Entscheidung des Bundesrates, den Vermittlungsausschuss nicht anzurufen, am 10. Juli 2009 zustande gekommen. Das Gesetz wird zum 1. September 2009 in Kraft treten. Der VDZ hat an dem Gesetzgebungsverfahren vor allem im Hinblick auf die Möglichkeiten der konfessionellen, Fach- und Publikumspresse teilgenommen, ihre Werbemöglichkeiten zu erhalten. Im Wesentlichen ging es um folgende Punkte:

- **Leserwerbung der Publikumspresse durch Briefe an Fremdadressen benötigt Widerspruchslösung**
- **Fachpresse (Abo-, Frei- und Wechselfersand) benötigt Widerspruchslösung für Werbung an Fremdadressen**
- **Verbot, eigene Abonnenten mit Drittwerbung anzuschreiben (Empfehlungswerbung, Beipackwerbung)**
- **Verbot der Nutzung allgemein zugänglicher Quellen**
- **Schriftliche Einwilligung**
- **Meinungs- und Marktforschung**

Wie in unserem Anschreiben zu diesen Erläuterungen vom 14. Juli 2009 kurz skizziert, gelang es in einer widrigen politischen Lage, die geplante weitgehende Abschaffung des Listenprivilegs soweit zu verhindern, dass die nun vorgesehenen Ausnahmen sowohl der Fach- als auch der Publikumspresse unter Einschluss konfessioneller Publikationen wesentliche Werbemöglichkeiten erhalten sollten. Die Meinungs- und Marktforschung wurde in § 30a abgesichert und ist nicht Gegenstand der folgenden Erläuterungen.

Da das Gesetz im politischen Kampf mehrfach ohne Analyse der Auswirkungen von Nachbesserungen verändert wurde, gibt es Unklarheiten und Zweifelsfragen, die sich erst im Laufe seiner Anwendung werden klären lassen. Im Folgenden werden die aufgeworfenen Fragen so weit als möglich beantwortet; eine abweichende Entwicklung der Rechtspraxis kann in Einzelfragen nicht ausgeschlossen werden. Wir sind dankbar sowohl für weitere Fragen als auch Anregungen oder Hinweise auf Irrtümer.

Wenn Sie zu erwartende Überarbeitungen dieser Erläuterungen und einen geplanten Fragen- und Antwortenkatalog erhalten wollen, bitten wir um Antwort auf die E-Mail, mit der diese Erläuterungen übersandt wurden.

Über die Regelungen zum Direktmarketing hinaus enthält die Novelle weitere Regelungen, die hier nicht im Zentrum des Interesses stehen, von denen jedoch einige im 2. Teil erwähnt werden.

Grundlage ist der Gesetzestext in der Fassung der BT-Drs. 16712011 i. V. m. BT-Drs. 16/13657. §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BDSG i. d. F. der genannten Drucksachen. Wir versenden neben den Erläuterungen einen konsolidierten Text ausgewählter werberelevanter Bestimmungen des BDSG.

1. Teil: Adressierte Werbung

A Ausnahmen vom Opt-In: Fortgeltung des Listenprivilegs

Grundsätzlich setzt die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Werbezwecke nun die Einwilligung des Beworbenen voraus (§ 28 Abs. 3 S. 1 BDSG, näher unten B: Einwilligung).

In folgenden Fällen ist jedoch die werbliche Ansprache auch ohne Einwilligung und also weiter im Rahmen einer Widerspruchslösung möglich. Dabei dürfen listenmäßig oder auf andere Weise zusammengefasste personenbezogene Daten verarbeitet oder genutzt werden, die sich auf die folgenden Angaben beschränken („Listenprivileg“):

- Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personengruppe
- Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung
- Name, Titel, akademischer Grad
- Anschrift und
- Geburtsjahr.

I. Werbung gegenüber eigenen Kunden für eigene Angebote (B to B or C)

Eigene Angebote dürfen gegenüber Bestandskunden bis zu deren Widerspruch beworben werden (§ 28 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Var. 1). Zur Klarstellung: Eine Quellkennzeichnung ist nicht erforderlich.

Dies gilt auch gegenüber Personen, die sich für Angebote aktiv interessiert haben, so dass ein „rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis“ entstanden ist.

Zu den Daten von Kunden bzw. ernsthaften Interessenten dürfen weitere Daten hinzugespeichert werden, man ist also nicht auf die Liste mit dem Zugehörigkeitsmerkmal „Kunde“ beschränkt.

Diese Ausnahme vom *datenschutzrechtlichen* Einwilligungserfordernis gilt auch dort, wo für den konkreten Kommunikationsweg zur Werbung gegenüber eigenen Kun-

den, etwa werbliche Anrufe bei Verbrauchern, nach UWG eine vorherige und ausdrückliche Einwilligung erforderlich ist. Deshalb bedarf die nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG notwendige Einwilligung eines Abonnenten in werbliche Anrufe, die der Abonnent beispielsweise mündlich im Rahmen eines Inbound-Call gegenüber dem Publikumsverlag erteilt, keiner schriftlichen Bestätigung nach § 28 Abs. 3 S. 1 i. V. m. Abs. 3a.

II. Werbung gegenüber Fremdadressen aus öffentlichen Verzeichnissen für eigene Angebote (B to B or C)

Eigene Angeboten dürfen gegenüber Fremdadressen aus öffentlichen Verzeichnissen beworben werden (§ 28 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Var. 2). Auch hier bedarf es keiner Quellkennzeichnung.

Es können Daten „aus allgemein zugänglichen Adress-, Rufnummern-, Branchen- oder vergleichbaren Verzeichnissen erhoben“ werden. Das ist enger als „allgemein zugängliche Quellen“, da etwa Angaben im Web-Auftritt des Beworbenen nicht dazu gehören.

Zu den Daten dürfen nach dem eindeutigen Wortlaut des § 28 Abs. 3 S. 3 – wie bei den Kundendaten (oben I.) – weitere Daten hinzugespeichert werden. Allerdings ist nicht sicher, dass diese Rechtsfolge bei der nachträglichen Einfügung der Var. 2 beabsichtigt worden war.

III. Werbung gegenüber Fremdadressen im B to B Bereich für eigene oder fremde Angebote

Die Ausnahme für Werbung im Geschäftsbereich wurde gegenüber den ersten Gesetzentwürfen wesentlich erweitert (§ 28 Abs. 3 S. 2 Nr. 2). Nunmehr ist Werbung – für eigene wie fremde Angebote – zulässig, die „im Hinblick auf die berufliche Tätigkeit des Betroffenen und unter seiner beruflichen Anschrift“ erfolgt. Damit können auch Mitarbeiter von Unternehmen persönlich im Betrieb angeschrieben werden. Auch hier ist keine Quellkennzeichnung erforderlich.

Eine Beschränkung besteht darin, dass nur Listendaten verwendet werden dürfen, also ein Hinzuspeichern weiterer Daten zu der jeweiligen Liste unzulässig ist. Ein solches Hinzuspeichern ist also nur bei eigenen Kunden (oben I.) oder bei Listen aus öffentlichen Verzeichnissen (oben II.) zulässig. Von dem dazu erforderlichen rechtsgeschäftlichen bzw. rechtsgeschäftsähnlichen Verhältnis sollte man auch ohne Abo-Vertrag ausgehen dürfen, wenn der Empfänger bspw. einen Newsletter abonniert oder im Rahmen des Freiversands aktiv Interesse bekundet hat.

Da Verarbeitung und Nutzung möglich sind, ist die Adressnutzung mit oder ohne Datenübermittlung zulässig. Ein Rückgriff auf die nachfolgende Ausnahme IV. ist überflüssig. Ein Rückgriff auf die Ausnahme V. (Adressvermietung) könnte u. U.

sinnvoll sein, wenn dort das Hinzuspeichern weiterer Daten bei Nichtkunden möglich ist (dazu näher V.). Auch die Ausnahme unter VI. (Empfehlungs- und Beipackwerbung) ist schon in der B to B Ausnahme enthalten.

IV. Werbung gegenüber Fremadressen mit Datenübermittlung unter Kennzeichnung der ursprünglichen Adressquelle (Listbroking mit Datenweitergabe) B to C or B

Die **Übermittlung** – und weitere Verarbeitung – von Listendaten für Werbezwecke ist zulässig, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind (§ 28 Abs. 3 S. 4):

1. Es muss eindeutig aus der Werbung hervorgehen, wer die Daten erstmals erhoben hat. Das dürfte im Sinne einer Nennung des Namens des Unternehmens zu verstehen sein, das die Daten erhoben hat. Wie diese Kennzeichnung bspw. in einem Brief zu erfolgen hat, lässt das Gesetz offen. Eine Nennung in der Fußnote eines Anschreibens o. ä. könnte demnach ausreichend sein.
2. Die übermittelnde Stelle hat die Herkunft der Daten und den Empfänger für die Dauer von zwei Jahren nach der Übermittlung zu speichern und dem Betroffenen auf Verlangen Auskunft über die Herkunft der Daten und den Empfänger zu erteilen (§ 28 Abs. 3 S. 4 i. V. m. § 34 Abs. 1a S. 1). Nach § 34 Abs. 1a S. 2 gilt diese Regelung entsprechend für den Empfänger.

Hiernach kann ein Unternehmen eine Adressliste anderen Unternehmen für Werbezwecke übermitteln, wenn die skizzierten Bedingungen erfüllt werden. Es bleibt also nicht nur die praktisch relevantere Nutzung ohne Übermittlung zulässig (dazu unten V.).

§ 34 Abs. 1a gilt – wie die Neufassung des § 34 insgesamt – erst ab dem 01. April 2010. Man wird daraus schließen können, dass die Protokollierungspflicht in § 28 Abs. 3 S. 4 auch nicht früher beginnt (vgl. dort „... nach Maßgabe des § 34 Abs. 1a“). Will man allerdings in der Zeit vom 1.9.2009 (Inkrafttreten des § 28 im Übrigen) bis zum 31.3.2010 übermittelte Daten auch nach dem 1.4.2010 weiter nutzen, ist die Speicherung Voraussetzung.

Die Ausnahme erfasst nicht nur die Briefwerbung, sondern auch die Haustürwerbung aufgrund fremder Adresslisten. Wenn also bspw. die von der Kirche rechtlich getrennte konfessionelle Zeitschrift kirchliche Mitgliederlisten zur Haustürwerbung nutzt, muss die Herkunft der Adressdaten von der jeweiligen Kirche offen gelegt werden.

In den **o. g. Fällen I. bis IV.** muss nach § 28 Abs. 3 Satz 6 jeweils zusätzlich geprüft werden, ob ein schutzwürdiges Interesse der Betroffenen der Verarbeitung oder Nutzung ihrer Daten entgegensteht. Das gilt nach dem Wortlaut nicht für die folgenden Ausnahmen, was wahrscheinlich nicht beabsichtigt war, sondern unsorgfältiger Gesetzesfassung geschuldet sein dürfte.

V. Werbung gegenüber Fremdadressen ohne Datenübermittlung unter Angabe des Adressvermieters (Listbroking ohne Datenweitergabe, Adressvermietung, „Lettershopverfahren“) B to C or B

Eine weitere Ausnahme sieht die **Nutzung** (ohne Übermittlung) von Listendaten zur Bewerbung von *fremden Angeboten* vor, wenn „bei der Ansprache zum Zwecke der Werbung die für die Nutzung verantwortliche Stelle eindeutig erkennbar ist“ (§ 28 Abs. 3 S. 5).

Damit kann beispielsweise der Herrenausstatter seine Kundenliste für einen Abo-Werbebrief des Verlags X verwenden, wobei allerdings das als Brief des Verlags versandte Schreiben die Herkunft der Daten vom Herrenausstatter eindeutig erkennen lassen muss. Das werbende Unternehmen kann also weiter im sogenannten „Lettershopverfahren“ mit eigenen Werbebriefen die Kunden von anderen Unternehmen anschreiben, wobei das werbende Unternehmen die Adressen erst bei positivem Kundenfeedback erhält. Anders als bisher muss allerdings der Werbebrief den Adresslieferanten als „für die Nutzung verantwortliche Stelle“ eindeutig erkennen lassen.

Es lässt sich sehr gut vertreten, dass diese Ausnahme nicht auf bloße Listendaten beschränkt ist, sondern auch das Hinzuspeichern weiterer Daten erlaubt. Eine solche Interpretation würde jedenfalls der ansonsten nur schwer verständlichen Einleitung Sinn geben, nach der diese Ausnahme „[u]nabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des Satzes 2“ gilt. Die Auslegung kann aber auch nicht als zweifelsfrei gelten.

VI. Empfehlungs- und Beipackwerbung (B to C or B)

Auf Basis der Ausnahmeregelung des § 28 Abs. 3 S. 5 können nicht nur Adresslisten für Briefe Dritter vermietet werden, sondern kann jedes Unternehmen auch in oder mit eigener Kommunikation für fremde Angebote werben.

Das gilt zunächst für die sog. Beipackwerbung, bei der einer eigenen Kommunikation (Rechnung etc.) fremde Werbung beigefügt wird. Es gilt aber auch für die Empfehlungswerbung, bei der ein Verlag seine Abonnenten ausschließlich zum Zweck der Werbung für ein fremdes Angebot anschreibt.

VII. Widerspruchsrecht des Betroffenen und Unterrichtung darüber

Der Betroffene kann bei der verantwortlichen Stelle der Verarbeitung oder Nutzung seiner Daten für Werbezwecke widersprechen. Ab dann ist eine entsprechende Verarbeitung oder Nutzung unzulässig. Es gibt nun eine doppelte Verpflichtung zum Hinweis auf das Widerspruchsrecht:

1. Bei jeder werblichen Ansprache ist der Betroffene über die verantwortliche Stelle sowie über das Widerspruchsrecht zu unterrichten. Das galt schon bislang.

2. Neu ist, dass das Unternehmen seinen Kunden nicht nur wie bisher bei der werblichen Ansprache, sondern auch schon bei der Begründung des Schuldverhältnisses (Abo-Vertrag) über sein Recht zum Widerspruch gegen die Verarbeitung oder Nutzung seiner Daten zu Werbezwecken informieren muss (§ 28 Abs. 4 S. 2). Das gilt immer dann, wenn der Verlag bei dem Abonnenten eigene oder fremde Angebote bewerben will (oben I. und V.) oder wenn er die Abonentendaten anderen Unternehmen für deren Werbung zur Verfügung stellen will (oben IV. und V.).

Wenn der Betroffene bei einem Dritten, dem die Daten für Werbezwecke übermittelt worden sind, widerspricht, hat dieser die Daten für diese Zwecke zu sperren.

B Einwilligung nach BDSG

In allen Fällen, die über die aufgezählten Ausnahmen hinaus gehen und in denen ein potentieller Kunde werblich angesprochen werden soll, muss für die Verarbeitung personenbezogener Daten eine datenschutzrechtliche Einwilligung vorliegen. Soweit nach UWG bspw. für Anrufe bei Verbrauchern eine wettbewerbsrechtliche Einwilligung notwendig ist, *muss diese hinzukommen*.

Soweit allerdings die datenschutzrechtlichen Ausnahmen greifen, genügt die wettbewerbsrechtliche Einwilligung. Deshalb bedarf es, wie schon unter A I. erläutert, keiner *datenschutzrechtlichen* Einwilligung eines Abonnenten in werbliche Anrufe des Verlags und muss die nötige wettbewerbsrechtliche mündliche Einwilligung im Rahmen eines Inbound-Telefonats nicht schriftlich bestätigt werden.

Eine notwendige datenschutzrechtliche Einwilligung ist nur dann wirksam, wenn sie auf einer freien Entscheidung beruht und der Betroffene auf den Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung hingewiesen wird.

Die Einwilligung muss grundsätzlich in Schriftform erteilt werden, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Wird sie nicht in Schriftform erteilt, sondern z. B. am Telefon, muss das Unternehmen dem Betroffenen den Inhalt der Einwilligung schriftlich bestätigen. Dies gilt nicht, wenn die Einwilligung elektronisch erklärt wird und das Unternehmen sicherstellt, dass die Einwilligung protokolliert wird und der Betroffene deren Inhalt jederzeit abrufen und die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann.

Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie in drucktechnisch deutlicher Gestaltung besonders hervorzuheben.

Kopplungsverbot: Das Unternehmen darf den Abschluss eines Vertrags nicht von einer Einwilligung des Betroffenen in die Nutzung seiner Daten für Zwecke der Werbung bzw. des Adresshandels abhängig machen, wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist (§ 28 Abs. 3b). Die Begründung des Gesetzes führt hierzu aus, dass dieses Koppelungsverbot nur für marktbeherrschende Unternehmen gelten solle, was allerdings im Gesetzestext trotz vielfacher Forderungen nicht klargestellt wurde.

C Übergangsregelung für die werbliche Nutzung und Evaluierung

Bis zum 1. September 2009 erhobene und gespeicherte Daten können für Werbezwecke bis zum 31. August 2012 aufgrund der bisherigen Fassung des § 28 verarbeitet und genutzt werden (§ 47). Bis Ende 2014 hat die Bundesregierung die Änderungen der §§ 28 und 29 zu evaluieren.

2. Teil: Weitere Regelungen

A Prinzip der Datenvermeidung und Datensparsamkeit

Die Grundsätze der Datenvermeidung und Datensparsamkeit gelten künftig zusätzlich auch für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten und nicht mehr nur für die Auswahl und Gestaltung von Datenverarbeitungssystemen. Personenbezogene Daten sind zu anonymisieren oder zu pseudonymisieren, soweit dies nach dem Verwendungszweck möglich ist und keinen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert (§ 3 a).

B Betrieblicher Datenschutzbeauftragter

Die Stellung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten wird gestärkt. Er erhält einen weitgehenden Kündigungsschutz während seiner Tätigkeit sowie für ein Jahr nach Abberufung als Datenschutzbeauftragter. So ist die Kündigung eines Datenschutzbeauftragten künftig nur noch aus wichtigem Grund zulässig. Darüber hinaus erhält er einen gesetzlichen Anspruch auf Teilnahme an Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen auf Kosten des Arbeitgebers (§ 4 f Abs. 3).

C Auftragsdatenverarbeitung

Outsourcing- und sonstige Dienstleistungsverträge über Datenverarbeitung oder Datennutzung müssen künftig mit detaillierteren Regelungen als bisher versehen werden, um die Einhaltung des Datenschutzes zu gewährleisten. Das Gesetz sieht dabei einen Mindestkatalog von zehn Verpflichtungen vor (wie z. B. Umfang der Datenerhebung und -verarbeitung, Kontrollrechte des Auftraggebers, Umfang der Weisungsbefugnisse etc.). Diese Vertragsregelungen sollen einen besseren Schutz von personenbezogenen Daten bei der Einbindung von Dienstleistern gewähren. Der Auftraggeber muss sich vor Beginn der Datenverarbeitung und ab dann regelmäßig von der Einhaltung der maßgeblichen Pflichten beim Auftragnehmer überzeugen (§ 11). Wird ein Auftrag nicht richtig, nicht vollständig oder nicht in der vorgeschriebenen Weise erteilt oder der Auftraggeber überzeugt sich nicht vor Beginn der Datenverarbeitung über die Einhaltung der beim Auftragnehmer getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen, kann ein Bußgeld fällig werden (§ 43 Abs. 1 Nr. 2b).

D Arbeitnehmerdatenschutz

Es wird eine neue Grundregel zum Arbeitnehmerdatenschutz eingeführt. Danach dürfen Daten von Arbeitnehmern genutzt werden, soweit dies für Zwecke des Anstellungsverhältnisses erforderlich ist oder – unter bestimmten engen Voraussetzungen – zur Aufdeckung von Straftaten, die im Beschäftigtenverhältnis begangen wurden (§ 32). Diese Regelung greift bereits bestehende Rechtsprechung auf. Es ist geplant, den Arbeitnehmerdatenschutz in der kommenden Legislaturperiode umfassend neu zu regeln.

E Datenschutzaudit

Das Gesetz, mit dem ein Rahmen für freiwillige Datenschutzprüfungen und Datenschutzsiegel geschaffen werden sollte, wurde auf die nächste Legislaturperiode verschoben.

3. Teil: Rechtsfolgen und Anordnungsrecht der Datenschutzaufsicht

A Konsequenzen bei Verstößen

Positiv zu bewerten ist, dass das von Verbraucherschützern und SPD massiv geforderte Klagerecht für Verbraucherverbände („Verbandsklagerecht“) keinen Eingang in die BDSG-Novelle gefunden hat.

Die **Bußgelder** wurden erhöht. So werden bei formalen Verstößen Bußgelder bis zu 50.000 Euro (bislang 25.000 Euro) und bei materiellen Verstößen bis zu 300.000 Euro (bisher 250.000 Euro) möglich. Wenn Verstöße zu weitergehenden Gewinnen führen, kann das Bußgeld entsprechend erhöht werden (§ 43 Abs. 3).

In bestimmten Fällen können **Informationspflichten** nach US-amerikanischem Vorbild („Breach Notification“) entstehen. Danach müssen Unternehmen, deren Daten Dritten unrechtmäßig zur Kenntnis gelangt sind, die Datenschutzaufsichtsbehörden und die Betroffenen über diese Verstöße informieren. Diese Verpflichtung entsteht allerdings nur bei bestimmten Arten von Daten (z. B. Kontodaten) und auch nur, wenn den Betroffenen „schwerwiegende Beeinträchtigungen“ drohen (§ 42 a). Hierdurch können erhebliche Kosten entstehen und das Ansehen des Unternehmens kann beschädigt werden.

B Datenschutzaufsichtsbehörden

Die CDU/CSU hat zwar Forderungen nach einem Verbandsklagerecht abgewehrt, leider aber einer Erweiterung der Anordnungsbefugnisse der Datenschutzaufsichtsbehörden zugestimmt. Es handelt sich um eine ordnungspolitisch äußerst problematische Weichenstellung, zumal die Auslegungsmacht der Behörden bei Unklarheiten wächst und die Unternehmen nur in dem zuweilen langwierigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz auf Abhilfe hoffen können.

Die behördlichen Anordnungs- und Untersagungsbefugnisse der Datenschutzbehörden wurden erheblich erweitert. Nach der bisherigen Rechtslage konnten die Aufsichtsbehörden nur bei Mängeln der technischen und organisatorischen Maßnahmen Anordnungen erlassen. Künftig können sie auch zur Beseitigung von Verstößen bei der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten Anordnungen erlassen. Werden schwerwiegende Verstöße entgegen der Anordnung und trotz Verhängens eines Zwangsgeldes nicht in angemessener Zeit beseitigt, können die Verfahren zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten untersagt werden (§ 38 Abs. 5).

Kontakt:

Dr. Christoph Fiedler
VDZ
Markgrafenstr. 15
10969 Berlin
Tel.: 030 72 62 98 120
Fax: 030 72 62 98 122
c.fiedler@vdz.de