

Februar 2009

## WIRTSCHAFTSRECHT

*Bundesdatenschutzgesetz Gesetzesentwurf 2008.  
Daten und Fakten zum Thema Datenschutz.  
Scoring - Listenprivileg.*

Bespitzelungen von Managern bei der Telekom, belauschte Telefongespräche bei Lidl, ausgespähte Kundendaten bei der Berliner Landesbank und jetzt auch noch eine umfangreiche Affäre bei der Deutschen Bahn. Was kommt bei der Verwendung biometrischer Daten in Ausweisen auf uns zu? Da wird natürlich der Ruf nach weitergehenden Schutzregelungen für Daten im privatwirtschaftlichen Bereich, vor allem für Arbeitnehmer laut. Zu der neuesten Entwicklung bei der DB ist aus dem BMI bisher nichts zu hören. Zum bisherigen Stand des Entwurfs:

Das Bundeskabinett hat am 30. Juli 2008 fast unbemerkt von der Öffentlichkeit den vom Bundesminister des Innern vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) beschlossen.

### *I SCORING*

Einer der Schwerpunkte des Entwurfes sind Regelungen für die Tätigkeit von Auskunftsteilen, die der gestiegenen und sicherlich auch weiter steigenden Bedeutung dieser Dienstleistung im modernen Geschäftsverkehr angepasst werden sollen. Grund ist die Entwicklung neuer Formen von Konsumentenkrediten, die sofort und möglichst an der Kasse gewährt werden sollen. Aber auch im Internet werden Kreditgeschäfte immer anonymer. Handel und Banken nehmen dementsprechend vermehrt Dienstleistungen von Auskunftsteilen in Anspruch. Verfahren, die das Kreditrisiko aufgrund abstrakter Kriterien berechnen - wie die sog. Scoringverfahren, spielen eine zunehmend größere Rolle.

Eines der Hauptziele des Gesetzentwurfs ist die Erweiterung der Informations- und Auskunftsrechte der Betroffenen, um die Tätigkeit von Auskunftsteilen und die von diesen praktizierten Verfahren, insbesondere die Scoringverfahren transparenter zu machen. Künftig sollen dem Betroffenen auf Wunsch die Informationen zur Verfügung gestellt werden, aus denen er ersehen kann, mit Hilfe welcher fehlerhaften Daten eine ihn betreffende Entscheidung zustande gekommen ist. Der Betroffene kann solche Daten damit nicht nur leichter korrigieren. Missverständnisse können so besser aufgeklärt werden. Die Gesetzesänderung hilft ihm auch, seine Interessen sachgerecht gegenüber dem (potentiellen) Geschäftspartner zu vertreten.

### *II. Listenprivileg*

Noch weniger von der Öffentlichkeit bisher bemerkt, ist die Streichung des Listenprivilegs des § 28 Abs. 3 BDSG – Entw. In jüngerer Zeit wurden zunehmend Fälle des unberechtigten Handelns mit personenbezogenen Daten vorgenommen, ohne dass die Herkunft der Daten nachvollzogen werden konnte.

Zurückzuführen ist diese Entwicklung auf den bisherigen Erlaubnistatbestand des § 28 Abs. 3 S. 1 BDSG. Danach dürfen bestimmte personenbezogene Daten, wenn sie listenmäßig oder sonst zusammengefasst sind, für Zwecke der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung, ohne Einwilligung der betroffenen übermittelt oder genutzt werden. Dies hat dazu geführt, dass personenbezogene Daten der Betroffenen umfassend zum Erwerb oder zur Nutzung angeboten werden, ohne dass in jedem Fall die in der Vorschrift festgelegten Anforderungen beachtet würden. Häufig werden personenbezogene Daten ohne Beachtung der Zweckbindung verarbeitet, mit weiteren Daten verknüpft und an Dritte übermittelt, mit denen dann die Betroffenen - zumeist zu Werbezwecken - wieder angesprochen und damit auch zunehmend belästigt werden.

### *1) Einwilligung des Betroffenen*

§ 28 Abs. 3 S. 1 BDSG - Entw. hält zunächst den Grundsatz fest, dass die Verwendung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels, der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung nur noch zulässig ist, wenn der Betroffene entsprechend den Vorgaben des § 28 Abs. 3a BDSG - Entw. eingewilligt hat. Zudem muss die verantwortliche Stelle (das ist die Stelle, die die personenbezogenen Daten speichern und verarbeiten will) in den Fällen, in denen die Einwilligung in anderer Form als der Schriftform erteilt wird, dem Betroffenen den Inhalt der Einwilligung schriftlich bestätigen. Wird die Einwilligung elektronisch erklärt, muss die verantwortliche Stelle sicherstellen, dass die Einwilligung protokolliert wird und der Betroffene deren Inhalt jederzeit abrufen und die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann.

Die Einwilligung des Betroffenen bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Soweit eine andere Form angemessen ist, geht es um ein Abweichen von der Erklärungsform. Es bedarf weiterhin einer ausdrücklichen, das Einverständnis des Betroffenen dokumentierenden Erklärung. Eine konkludente, stillschweigende oder gar mutmaßliche Einwilligung reicht daher nicht aus. Wann besondere Umstände des Einzelfalls vorliegen, ist abhängig von den spezifischen Umständen der Verarbeitung. Die grundsätzlich vorgesehene Schriftform soll dokumentieren, dass der Betroffene sich damit einverstanden erklärt hat, dass seine personenbezogenen Daten auch für fremde Zwecke der Werbung oder Markt- oder Meinungsforschung verwendet werden können. Die Schriftform soll ermöglichen, etwaige Grenzen der Einwilligung (z. B. Übermittlung nur innerhalb des Konzerns oder nur an bestimmte Dritte oder nur Nutzung, aber keine Übermittlung) nachzuvollziehen.

Zugleich soll die Schriftform dem Betroffenen die Bedeutung der Einwilligung vor Augen führen, da die hierdurch ermöglichte Übermittlung an Dritte es ihm erschwert, von seinem Widerrufsrecht Gebrauch zu machen. Wird die Einwilligung in anderer Form als der Schriftform erteilt, hat die verantwortliche Stelle dem Betroffenen den Inhalt der Einwilligung schriftlich zu bestätigen, damit er kontrollieren kann, ob die verantwortliche Stelle die erteilte Einwilligung korrekt dokumentiert hat. Einer schriftlichen Bestätigung bedarf es nicht, wenn die verantwortliche Stelle bestimmte technische Vorkehrungen trifft, z. B. die Einwilligung protokolliert wird, der Teilnehmer oder Nutzer den Inhalt der

Einwilligung jederzeit abrufen kann oder der Teilnehmer oder Nutzer die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann (siehe auch § 94 TKG).

### ***2) Gesonderte Einwilligungserklärung***

Wird die Einwilligung künftig zusammen mit weiteren Erklärungen erteilt, ist sie nur wirksam, wenn der Betroffene durch Ankreuzen, durch eine gesonderte Unterschrift oder durch ein anderes, ausschließlich auf die Einwilligung in die Verarbeitung oder Nutzung der Daten für Zwecke des Adresshandels, der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung bezogenes Tun zweifelsfrei zum Ausdruck bringt, dass er die Einwilligung bewusst erteilt. Dazu muss der Hinweis auf die Einwilligung besonders hervorgehoben werden, z. B. durch eine auffällige typographische Gestaltung (größere Schrifttype, Fettdruck, Umrahmung, Farbe etc.).

Zudem darf nach § 28 Abs. 3b BDSG - Entw. auch der Abschluss eines Vertrags nicht von einer Einwilligung des Betroffenen in die Verarbeitung oder Nutzung seiner personenbezogenen Daten für Zwecke des Adresshandels, der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung abhängig gemacht werden, wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist.

Da die Zulässigkeit der Datenverarbeitung auf der Einwilligung des Betroffenen beruht, ist diese von den verantwortlichen Stellen gegenüber ihren Vertragspartnern aber auch bei aufsichtsbehördlichen Kontrollen nachzuweisen. Darüber hinaus ist die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten zulässig, soweit es sich um listenmäßig oder sonst zusammengefasste Daten über Angehörige einer Personengruppe handelt, die sich auf die Zugehörigkeit des Betroffenen zu dieser Personengruppe, seine Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung, seinen Namen, Titel, akademischen Grad, seine Anschrift und sein Geburtsjahr beschränken, und die Verarbeitung oder Nutzung beschränken (§ 28 Abs. 3 S. 2 bis 5 BDSG – Entw.).

Wird die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen erteilt, ist sie nur wirksam, wenn der Betroffene durch Ankreuzen, durch eine gesonderte Unterschrift oder ein anderes, ausschließlich auf die Einwilligung in die Weitergabe seiner Daten für Werbezwecke bezogenes Tun zweifelsfrei zum Ausdruck bringt, dass er die Einwilligung bewusst erteilt.

### ***3) Datenverarbeitung nur bei Werbung für eigene Angebote***

Die Verarbeitung oder Nutzung muss zudem für Zwecke der Werbung für eigene Angebote oder eigene Markt- oder Meinungsforschung erforderlich sein. Die Formulierung der Regelung orientiert sich an § 95 Abs. 2 S. 1 TKG zur Verwendung von Telekommunikationsbestandsdaten durch die Dienstanbieter. Soweit die verantwortliche Stelle für die Eigenwerbung oder eigene Markt- oder Meinungsforschung die Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung, den Namen, den Titel, den akademischen Grad, die Anschrift oder das Geburtsjahr verwenden will, muss sie diese Daten entsprechend § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1. BDSG beim Betroffenen und zur Erfüllung eigener Geschäftszwecke erhoben haben. Die Regelung verlangt keine Kompletterhebung der genannten Daten. Die verantwortliche Stelle kann auch auf Daten verzichten, wie z. B. die

Berufsbezeichnung oder das Geburtsjahr. Will sie die Daten jedoch für Zwecke der Eigenwerbung oder eigenen Markt- oder Meinungsforschung verwenden, muss sie die Daten beim Betroffenen erheben.

Es ist also nicht zulässig, ein Datum beim Betroffenen zu erheben und die weiteren genannten Daten aus allgemein zugänglichen Quellen hinzuzuspeichern. Eine gesetzliche Erlaubnis ist insofern gerechtfertigt, weil dem Betroffenen die verantwortliche Stelle durch die Erhebung der Daten im Rahmen der Zweckbestimmung eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses bekannt ist und der Betroffene auch damit rechnen kann, dass ihm die verantwortliche Stelle Werbung für weitere eigene Angebote zukommen lässt oder im Interesse der Fortsetzung eines bestehenden rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses eigene Markt- oder Meinungsforschung betreibt. Insoweit reicht es aus, dass der Betroffene gegenüber der ihm bekannten verantwortlichen Stelle von seinem Widerspruchsrecht nach § 28 Abs. 4 S. 1 BDSG Gebrauch machen kann.

Eine Kennzeichnung der Daten, um deren Herkunft nachvollziehen zu können, ist in dieser Konstellation damit auch entbehrlich. § 28 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BDSG – Entw. erfasst hingegen nicht die Verwendung, die nicht der eigenen Markt- oder Meinungsforschung oder Zwecken der Werbung dient und die nicht eigene Angebote betreffen. Insoweit rechnet der Betroffene nicht damit, dass die verantwortliche Stelle seine personenbezogenen Daten, die sie im Rahmen eines rechtsgeschäftlichen- oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses erhoben hat, ohne weiteres Zutun des Betroffenen auch dazu verwendet, sie an weitere Dritte zu veräußern oder zur Verfügung zu stellen, damit diese an den Betroffenen mit ihren Angeboten herantreten.

#### *4) Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten gegenüber freiberuflich oder gewerblich Tätigen*

Soweit es sich um die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels, der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung gegenüber freiberuflich oder gewerblich Tätigen handelt und die Verwendung der Daten für diese Zwecke erforderlich ist, darf sich die Verwendung der Daten nur auf die Geschäftsadresse der Betroffenen beziehen. Damit soll verhindert werden, dass freiberuflich oder gewerblich Tätige auch in ihrer Eigenschaft als Privatperson als Geschäftswerbung deklarierte Werbung an ihre Privatadresse erhalten.

Geschäftliche Werbung, ebenso wie Markt- und Meinungsforschung unterliegen aber nur dann dem Bundesdatenschutzgesetz, wenn die verwendeten Daten z. B. auf Grund der geringen Größe oder Firmierung eines Unternehmens einer bestimmten oder zumindest bestimmbarer Person zugeordnet werden können und es sich um personenbezogene Daten handelt. Dies führt dazu, dass zum Teil vergleichbare Unternehmen in Bezug auf geschäftliche Werbung unterschiedlich zu behandeln sind.

Diese Betrachtung rechtfertigt es, bei freiberuflich oder gewerblich Tätigen keine Einwilligung vorzusehen, sondern weiterhin eine gesetzliche Erlaubnis. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht der betroffenen freiberuflich oder gewerblich Tätigen wird auf diese Weise nicht übermäßig eingeschränkt, da

ihnen weiterhin das Widerspruchsrecht nach § 28 Abs. 4 BDSG erhalten bleibt. Dieses Widerspruchsrecht darf im Übrigen an keine strengere Form geknüpft werden als für die Begründung des rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses.

Diese gesetzliche Erlaubnis ist auch gerechtfertigt, weil Werbung, Markt und Meinungsforschung im geschäftlichen Verkehr zwischen Unternehmen mit einer Verbraucherwerbung nicht vergleichbar ist. Werbung, Markt- und Meinungsforschung verfolgt gegenüber gewerblich oder freiberuflich Tätigen einen anderen Zweck als bei Verbrauchern. Bei gewerblich oder freiberuflich Tätigen erleichtert sie die Marktorientierung, z. B. hinsichtlich der Angebote und Preise von Wettbewerbern, und eröffnet Marktchancen und Investitionsanreize, z. B. bei neuen Entwicklungen.

Bei gewerblich oder freiberuflich Tätigen ist daher potentiell von einem größeren Interesse am Erhalt der mit der Werbung verbundenen Informationen auszugehen als allgemein bei Verbrauchern, die zueinander nicht in Konkurrenz stehen. Die andersartige Qualifikation und das damit verbundene geringere Interesse gewerblich oder freiberuflich Tätiger, die Herkunft der auf ihre Geschäftsadresse bezogene Werbung zurückzuverfolgen, erlaubt es, von einer Kennzeichnung der Herkunft abzusehen.

#### *5) Hinzuspeichern von Daten*

Die verantwortliche Stelle darf für Zwecke der Werbung oder der eigenen Markt- oder Meinungsforschung für eigene Angebote zu den nach § 28 Abs. 1 BDSG erhobenen Daten wie Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung, Name, Titel, akademischer Grad, Anschrift und Geburtsjahr), weitere Daten hinzuspeichern. Die Beschränkung auf das „hinzuspeichern“ stellt klar, dass die verantwortliche Stelle die weiteren Daten gestützt auf eine andere Befugnis rechtmäßig erhoben oder rechtmäßig übermittelt bekommen haben muss.

§ 28 Abs 3 S. 3 BDSG – Entw. beinhaltet keine eigene Erhebungs- oder Übermittlungsbefugnis. Der verantwortlichen Stelle soll ermöglicht werden, einen eigenen Datenbestand, der direkt beim Betroffenen erhoben wurde, für Zwecke der Eigenwerbung oder der eigenen Markt- oder Meinungsforschung zu selektieren, um die bestehenden Kunden gezielter ansprechen zu können. Die Transparenz der Datenverwendung bleibt dabei weitgehend gewahrt, da der Datenverwender im Rahmen der Eigenwerbung oder eigenen Markt- oder Meinungsforschung für den Betroffenen erkennbar bleibt. Dies gilt auch soweit das Hinzuspeichern zusammen mit der Durchführung eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses, z. B. im Rahmen der Zusendung der Leistung oder der Rechnung erfolgt.

Erlaubt wird die so genannte „Beipackwerbung“, die insbesondere im Unternehmensverbund und in Konzernen von Bedeutung ist.

#### *III. Datenschutzaudit*

Einem Datenschutzaudit können sich private Unternehmen und diesen gleichgestellte öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen unterziehen, sofern sie „nichtöffentliche Stelle“ sind. Betroffene Sachmaterie ist ganz überwiegend das Recht der Wirtschaft. Die Durchführung des Datenschutzaudits ist freiwillig. Adressaten sind Anbieter von Datenverarbeitungsanlagen und

Datenverarbeitungsprogrammen und von verantwortlichen Stellen. Damit ist jede Person oder Stelle gemeint, die personenbezogene Daten für sich selbst erhebt, verarbeitet oder nutzt oder dies im Rahmen ihrer Datenschutzkonzepte durch andere im Auftrag vornehmen lässt. Gegenstand der Prüfung und Bewertung können Datenschutzkonzepte sowie informationstechnische Einrichtungen sein. Unter Datenschutzkonzept versteht die Regelung eine geordnete Darstellung, auf welche Weise die Anforderungen des Datenschutzes und der Datensicherheit erfüllt werden. Bezugspunkt für ein Datenschutzkonzept ist entweder eine verantwortliche Stelle oder ein abgrenzbarer Teilbereich hiervon (z. B. IT-Abteilung, Personalabteilung, Archiv). Die Unternehmen können den Gegenstand des Audits selbst bestimmen und z. B. auf abgrenzbare Teilbereiche beschränken. Bei der Datenverarbeitung sind die Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten einzuhalten, für die das Datenschutzkonzept oder die informationstechnische Einrichtung vorgesehen ist. Die Datenverarbeitung, die Gegenstand des Datenschutzkonzepts oder der informationstechnischen Einrichtung ist, ist gesetzeskonform und im Einklang mit den Vorgaben der europäischen Datenschutzrichtlinie 95/46/EG zu betreiben. Für die Kennzeichnung mit einem Datenschutzauditsiegel muss der Anbieter im Inland die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes über die organisatorische Stellung des Beauftragten für den Datenschutz einhalten. Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt und kontrolliert werden können, ist die Kennzeichnung mit einem Datenschutzauditsiegel möglich.

***DENKRAUM können Sie jetzt auch auf [www.philippfuerst.de](http://www.philippfuerst.de) abonnieren. Sie erhalten DENKRAUM dann automatisch und aktuell direkt auf Ihren PC.***

***DENKRAUM ist ein reines Informationsmittel und dient der allgemeinen Unterrichtung interessierter Personen. Denkraum kann eine rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.***

***Sollten Sie zu DENKRAUM Fragen haben oder zu Marken-, Wettbewerbs- oder Wirtschaftsrecht, stehe ich Ihnen dafür gerne zur Verfügung.***

**HERAUSGEBER UND REDAKTION.**

Philipp Fürst. Parkallee 117. 28209 Bremen.  
Telefon +49 (0) 421 - 34 75 613. Telefax +49 (0) 421 - 34 99 827  
Email ... [fuerst@philippfuerst.de](mailto:fuerst@philippfuerst.de)