

*Juli 2009*

### **Das neue Bundesdatenschutzgesetz – Informationen zum Listenprivileg.**

Facebook, Studi-VZ oder Myspace scheinen die Daten ihrer Nutzer wenig zu schützen, weshalb diese sozialen Netzwerke in den letzten Wochen häufiger in der Kritik standen. Anmeldungen bei Online-Plattformen machen die Daten des Nutzers auch für andere sichtbar, gerne auch für Personalchefs, die ihre Bewerber in Situationen wiederfinden, die für den Bewerber allzu oft nur peinlich sein dürften.

Wenn die Betreiber solcher Plattformen ihren Nutzern künftig auch mehr Schutz vor dem Zugriff Fremder bieten wollen, erfüllen die Betreiber damit nur den Wunsch von Datenschützern, die eigenen Daten besser zu kontrollieren. Damit ist aber noch nicht sicher gestellt, dass die Daten der Nutzer auch für andere Zwecke genutzt werden. So knüpfen die meisten sozialen Netze ihre Mitgliedschaft an die Bedingung, dass der Nutzer seine Daten auch für Werbezwecke zur Verfügung stellt.

Mit den Stimmen der Koalition hat der Bundestag jetzt am 03. Juli 2009 das Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften verabschiedet, das das bestehende Bundesdatenschutzgesetz in Teilen ändern wird.

Kernstück der Novelle sollte eigentlich die Abschaffung des sogenannten Listenprivilegs sein. Herausgekommen ist ein Kompromiss, mit dem das Gewerbe der kommerziellen Datensammlung zufrieden sein darf.

#### ***Das Listenprivileg***

Grund für die Gesetzesänderung ist, dass in jüngerer Zeit zunehmend Fälle des unberechtigten Handelns mit personenbezogenen Daten bekannt wurden, in denen die Herkunft der Daten nicht nachvollzogen werden konnte. Zurückzuführen ist diese Entwicklung auf den bisherigen Erlaubnistatbestand des § 28 Abs. 3 S. 1 BDSG, wonach 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 durften. Dies führte dazu, dass detaillierte personenbezogene Daten der Betroffenen umfassend zum Erwerb oder zur Nutzung angeboten wurden, ohne dass in jedem Fall die in der Vorschrift festgelegten Anforderungen beachtet worden wären. Häufig wurden 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 wurden.

Der Gesetzgeber wollte deshalb noch in seinem Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzaudits und zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften - BT Drs. 16/12011 vom 18. 02. 2009 - die Verwendung von Daten für Zwecke des Adresshandels, der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung nur noch zulassen, wenn der Betroffene ausdrücklich einwilligt. In den Fällen, in denen die Einwilligung in anderer Form als der

Schriftform erteilt wurde, sollte gefordert werden, dass dem Betroffenen der Inhalt seiner Einwilligung schriftlich bestätigt und in Fällen, in denen die Einwilligung elektronisch erklärt wird, diese Einwilligung protokolliert wird.

### **Gewinnspiele und Umfragen**

Eine weit verbreitete Methode zu Erlangung von Kundendaten ist die Veranstaltung eines Gewinnspiels. Wer kennt sie nicht, die attraktiven Fahrzeuge der gehobenen Mittel- und Luxusklasse, die in Bahnhöfen oder Alleecentern stehen, mit ein wenig geöffneter Scheibe, in die man auf ausgefüllten Teilnahmekarten einwirft, nachdem umfassende Daten beim Teilnehmer abgefragt und von ihm auch mitgeteilt worden sind, mitunter sogar seine Bankdaten. Diese Gewinnspiele dienen natürlich ausschließlich dem Zweck, Daten zu sammeln. In der Regel erklärt der Teilnehmer sogleich mit seiner Unterschrift, dass er mit der Weitergabe der Daten zu Werbezwecken einverstanden ist. Will der Betroffene dies nicht, muss er diesen Passus schon erkennbar durchstreichen, wenn er nicht mit einem Haken oder dergleichen der Datenweitergabe ausdrücklich widersprechen kann. Zum Beweis, dass er damit nicht einverstanden ist, müsste er eigentlich im naheliegenden Copy Shop noch eine Kopie der Teilnahmekarte anfertigen und gut aufbewahren. Hand aufs Herz: Wer macht das schon?

*Immerhin:* Soll künftig eine solche Erklärung zusammen mit weiteren Erklärungen erteilt werden, ist sie vom Werbenden in drucktechnisch deutlicher Gestaltung besonders hervorzuheben. Zu nennen sind: Farblich, fett gedruckt, umrandet, in einem anderen Schriftbild u.ä.m.

### **Öffentliche Verzeichnisse**

Die einfachste Methode an Kundendaten zu kommen, bleiben die allgemein zugänglichen Verzeichnisse, wie Telefon-, Adressbücher und Einwohnermelderegister. Diese Daten dürfen nach dem Datenschutzgesetz grundsätzlich für Werbung, Umfragen und Ähnliches genutzt werden. Der Betroffene kann auch hier nur der Weitergabe zu Werbezwecken widersprechen, nicht aber der generellen Weitergabe.

### **Einwilligung des Betroffenen**

§ 28 Abs. 3 S. 1 BDSG hält zunächst an dem Grundsatz fest, dass die Verwendung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung nur zulässig ist, wenn der Betroffene schriftlich eingewilligt hat. 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.

Eine konkludente, stillschweigende oder gar mutmaßliche Einwilligung reicht hingegen nicht aus. Die grundsätzlich vorgesehene Schriftform soll das Einverständnis des Betroffenen dokumentieren, dass seine personenbezogenen Daten auch für Zwecke der Werbung oder des Adresshandels verwendet werden können. Die Schriftform soll es zugleich ermöglichen, etwaige Grenzen der Einwilligung 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.

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.

### ***Daten freiberuflich oder gewerblich Tätiger***

Darüber hinaus bleibt die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten zulässig, soweit es sich um listenmäßig oder sonst zusammengefasste Daten handelt, die sich auf die Zugehörigkeit des Betroffenen zu dieser Berufsgruppe, seine Berufs-, Branchen oder Geschäftsbezeichnung bezieht, seinen Namen, akademischen Grad, seine Anschrift und sein Geburtsjahr beschränken und die Verarbeitung oder Nutzung zum Zwecke der Werbung für eigene Angebote bei dem Betroffenen oder aus allgemein zugänglichen Adress-, Rufnummern-, Branchen- oder vergleichbaren Verzeichnissen erhoben hat.

Soweit es sich um die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung 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 (§ 28 Abs. 3 Nr. 2 BDSG). 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 unterliegt 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, für das die Datenerhebung erforderlich ist.

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 gegenüber 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.

### ***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 (§ 28 Abs. 3 Satz 3 BDSG). 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 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.

### ***Fehlende Einwilligung des Betroffenen***

Fehlt es an einer schriftlichen Einwilligung des Betroffenen, bleibt die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten dennoch zulässig, wenn die verantwortliche Stelle die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten an dem Ziel ausrichtet, so wenig personenbezogene Daten wie möglich zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen, insbesondere die Daten anonymisiert oder pseudonymisiert, soweit dies nach dem Verwendungszweck möglich ist und keinen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Es muss aber auch in diesem Falle sichergestellt werden, dass der Betroffene die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann.

### ***Adresshandel***

Das Listenprivileg erlaubt auch nach der neuen Fassung den Unternehmen, Kundendaten an ein anderes Unternehmen weiterzugeben, ohne dass der Betroffene hierüber informiert zu werden braucht oder ausdrücklich zustimmen muss. Die Daten dürfen zu diesem Zweck auch mit weiteren Daten angefüllt

werden. So kann ein Fachbuchverlag eine Liste von ihren Kunden anfertigen, die auch Belletristik gekauft haben und an einen solchen Buchversender weiterverkaufen. Will dies der Betroffene nicht, muss er auch künftig aktiv widersprechen. Das ist besonders bei Internetgeschäften kompliziert, z. B. wenn in einem Bestellformular eine solche Möglichkeit des Widerspruchs nicht vorgesehen ist. In diesem Falle müsste der Betroffene eine E-Mail mit einem Widerspruch hinterherschicken und hoffen, dass die Mail zur Kenntnis genommen und beachtet wird. Hätte sich der ursprüngliche Gesetzesentwurf durchgesetzt, wäre der Betroffene gerade insofern weitaus besser geschützt.

### ***Der jetzige Kompromiss***

Der jetzige Kompromiss sieht ein eingeschränktes Listenprivileg vor. Generell müssen Bürger vorab zustimmen, dass ihre Daten genutzt werden dürfen. Davon gibt es einige Ausnahmen:

- Unternehmen dürfen ohne Einwilligung des Betroffenen ihren Waren Werbung beipacken, z. B. Verlage Ihren Zeitschriften auch Werbung eines Versandhändlers beifügen, der ausschließlich Kleidung im Angebot hat.
- Verkauft der Versender seine Kundendaten an einen anderen Versender und spricht dieser den Betroffenen werblich an, muss der Werbende dem Betroffenen mitteilen, woher die Daten stammen. Will der Betroffene nicht, dass er von diesem Versender weiterhin werblich angesprochen wird, bleibt ihm wieder nur, dieser Werbung ausdrücklich zu widersprechen.

### **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)