von **Dr. Sebastian Kraska**

Datenschutz-Listenprivileg: Ende der Übergangsfrist

Seit dem 01.09.2012 gilt der im Jahr 2009 novellierte § 28 BDSG auch hinsichtlich der Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten zu Werbezwecken uneingeschränkt. Dies soll zum Anlass genommen werden, über die Neuerungen für die Werbewirtschaft zu berichten.

Beitrag von Herrn Diplom-Jurist Michael Stolze, LL.M. LL.M. [http://www.iitr.de].

Einleitung

Im Rahmen der 2009 erfolgten Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) normierte der Gesetzgeber in § 47 Nr. 2 BDSG eine Übergangsfrist für die Verarbeitung und Nutzung vor dem 1. September 2009 erhobener oder gespeicherter Daten. Hiernach war § 28 BDSG, insbesondere dessen Absatz 3, in der bis dahin geltenden Fassung für Zwecke der Werbung bis zum 31. August 2012 weiter anzuwenden. Für die Werbewirtschaft endete somit die Übergangszeit, in welcher es je nach Erhebungsdatum unterschiedliche Datensätze geben konnte, die unterschiedlich genutzt werden durften.

Spätestens seit dem 01.09.2012 hat sich somit die Werbewirtschaft mit der veränderten Rechtslage auseinanderzusetzen. Angesichts der ebenfalls 2009 verschärften Bußgelder für unzulässige Werbung (vgl. § 43 BDSG) und etwaiger wettbewerbsrechtlicher Abmahnungen sollte dieser Fristablauf seine ihm gebührende Aufmerksamkeit erhalten, ohne dabei Anlass zu Panik zu geben.

§ 28 Abs. 3 BDSG a.F. vs. § 28 Abs. 3 BDSG n.F.: Unterschiede aber kein Paradigmenwechsel

Von der Einwilligung des Betroffenen abgesehen, war ein Kernelement zur Rechtfertigung von Datenverarbeitung zu Werbezwecken bei der alten Rechtslage das sog. Listenprivileg. § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG a.F. erlaubte, dass bestimmte listenmäßig zusammengefasste Daten, die Unternehmen bei ihren Kunden zuvor erhoben hatten, auch ohne deren Einwilligung durch diese für Werbezwecke verwendet werden konnten. Das Listenprivileg wurde während des Gesetzgebungsverfahrens stark in Frage gestellt, da der Gesetzgeber den Adresshandel abschaffen wollte, doch wurde es schließlich doch in die neue Fassung des § 28 Abs. 3 BDSG übernommen. Dies allerdings mit Einschränkungen und ergänzt um ein Transparenzgebot.

Verschärfte Anforderungen bei der Einwilligung

Ausgangspunkt des datenschutzrechtlichen Erlaubnisvorbehalts nach § 28 Abs. 3 BDSG ist die schriftliche (§ 126 Abs. 1 BGB) Einwilligung des Betroffenen. Im Vergleich zu den die Einwilligungsvoraussetzungen allgemein regelnden §§ 4, 4 a BDSG wird zunächst der Unterschied deutlich, dass die §§ 4, 4 a BDSG zwar ebenfalls an das Schriftformerfordernis anknüpfen, dies jedoch nur grundsätzlich tun und auch andere Formen der Einwilligung zulassen, sofern eine andere Form ausnahmsweise angemessen ist.

Im Falle einer nicht schriftlich erteilten Einwilligung muss die verantwortliche Stelle nach § 28 Abs. 3 a S. 1 BDSG verfahren, wonach die verantwortliche Stelle im Falle der Einwilligung nach § 4 a Abs. 1 Satz 3 BDSG darüber hinaus verpflichtet ist, dem Betroffenen den Inhalt der Einwilligung schriftlich zu bestätigen.
Dies gilt vorbehaltlich einer elektronisch erteilten Einwilligung deren Protokollierung durch die verantwortliche Stelle sichergestellt ist und der Betroffene deren Inhalt jederzeit abrufen und die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann.

„Schriftliche Bestätigung“ im Sinne § 28 Abs. 3 a BDSG

§ 28 Abs. 3 a S. 1 BDSG lässt offen, wie die „schriftliche Bestätigung“ genau zu erfolgen hat. Während ein gemäß § 126 Abs. 1 BGB eigenhändig unterzeichnetes Schriftstück jedenfalls ausreichend ist, erscheint dies im Falle der Textform nach § 126 b BGB fraglich (z.B. durch Bestätigung via bloßer E-Mail ohne qualifizierte Signatur).

Sinn und Zweck der schriftlichen Bestätigung ist die Kontrollmöglichkeit des Betroffenen, ob die verantwortliche Stelle ihrer Dokumentationspflicht auch nachgekommen ist (BT-Drs 16/2011, S. 38).

Plath/Frey (Direktmarketing nach der BDSG-Novelle: Grenzen erkennen, Spielräume optimal nutzen, BB 2009, S.1762 (1766)) greifen in diesem Zusammenhang die für die Wirtschaft nicht zu vernachlässigende Frage nach den zusätzlichen Portokosten auf, die entstünden, müsste die Bestätigung unverzüglich erfolgen. Zusätzliche Kosten fielen dann jedoch nicht an, könnte die Bestätigung zusammen mit der Rechnung, also zeitlich verzögert zur Datenerhebung, erfolgen. Plath/Frey halten dies im Lichte der Gesetzesbegründung für zulässig, solange die Bestätigung eindeutig formuliert ist und auf die Bestellung Bezug nimmt. Zur Sicherheit wird jedoch empfohlen, vor dem Zugang der schriftlichen Bestätigung von Werbemaßnahmen abzusehen. Gegen diese Auslegung bestehen wohl keine nennenswerten Bedenken, insbesondere fordert der Wortlaut von § 28 Abs. 3 a S. 1 BDSG keinen unverzüglichen Zugang der Bestätigung und der Betroffene kann auch mit Rechnungsstellung seine Kontrollmöglichkeit wahrnehmen.

Erfordernis der drucktechnisch deutlichen Hervorhebung

Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie gemäß § 28 Abs. 3 a S. 2 BDSG in drucktechnisch deutlicher Gestaltung besonders hervorzuheben. Hinsichtlich der konkreten „drucktechnischen“ Gestaltung wird das BDSG wie schon bei der „schriftlichen Bestätigung“ ebenfalls nicht konkreter. Hilfreich ist hier jedoch die Gesetzesbegründung, welche in diesem Zusammenhang den Fettdruck, Schriftgröße, Formatierung, Schriftgröße und Einrahmung als Gestaltungsmittel nennt (BT-Drs. 16/13657, S. 32)

„Listenprivileg“ und Transparenzgebot

Hat das werbende Unternehmen keine Einwilligung des Betroffenen, ist die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten künftig 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 erforderlich ist.

Diese Listendaten müssen gemäß § 28 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 BDSG entweder beim Betroffenen, z.B. bei Vertragsschluss oder anlässlich eines sonstigen geschäftlichen Kontaktes erhoben oder einem allgemein zugänglichen Adress-, Rufnummern-, Branchen- oder vergleichbaren Verzeichnis entnommen worden sein. Dies gilt nicht für Angaben zur Gruppenzugehörigkeit des Betroffenen.

Weiterhin zulässig ist die Nutzung der Listendaten für Zwecke der Werbung im Hinblick auf die berufliche Tätigkeit des Betroffenen, sog. B2B-Bereich, und unter seiner beruflichen Anschrift und zu bestimmten Spendenzwecken (§ 28 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 und 3 BDSG)

Die Werbung kann dabei für eigene Angebote oder Angebote Dritter erfolgen. Hier kommt nun u.a. das Transparenzgebot ins Spiel, denn gemäß § 28 Abs. 3 S. 5 BDSG muss bei der Fremdwerbung für den Betroffenen bei der Werbeansprache die für die Nutzung der Daten verantwortliche Stelle eindeutig erkennbar sein. Dem Betroffenen muss es ohne weitere Recherche möglich sein, die verantwortliche Stelle eindeutig zu identifizieren.

Das Transparenzgebot findet sich auch bei der entsprechenden Datenübermittlung zu Werbezwecken, denn die Stelle, die die Daten erstmalig erhoben hat, muss aus der Werbung die dann der Dritte (Empfänger der Listendaten) sendet, eindeutig hervorgehen.

Wenngleich der Gesetzgeber den Adresshandel nicht abgeschafft hat, soll das Transparenzgebot diesen einschränken. Der Betroffene soll dadurch in die Lage versetzt werden, besser nachvollziehen zu können, welchen „Weg“ seine Daten gegangen sind und ggf. der weiteren Nutzung bei der für ihn leicht zu erkennenden richtigen Stelle zu widersprechen.

Möglichkeit der Hinzuspeicherung weiterer Daten

§ 28 Abs. 3 S. 3 BDSG ermöglicht der Werbewirtschaft den Listendaten weitere Angaben hinzuzuspeichern. Dies stellt aber keinen speziellen Speicherungserlaubnistatbestand dar. Anderenfalls könnten die Listendaten als „Hebel“ zu einer unkontrollierten Speicherung weiterer nicht privilegierter Daten werden. Die weiteren Daten müssen daher für sich betrachtet im Einklang mit den datenschutzrechtlichen Erlaubnisnormen erhoben und gespeichert werden.

Kein Widerspruch

Der Betroffene darf gemäß § 28 Abs. 4 BDSG der Nutzung zu Werbezwecken nicht widersprochen haben. Der Werbende muss den Betroffenen auf sein Widerspruchsrecht schon bei Vertragsschluss besonders hervorgehoben hinweisen.

Diese Widerspruchs-Regelung existierte auch schon nach altem Recht. Da ihre Missachtung jedoch die Unzulässigkeit der Datennutzung zu Werbezwecken zur Folge hat und der Gesetzgeber auch die Bußgeldvorschriften nach § 43 BDSG verschärft hat, soll an dieser Stelle hierauf noch einmal hingewiesen werden.

Speicher- und Auskunftspflicht

Werden Daten zu Werbezwecken erhoben, muss gemäß § 28 Abs. 3 S. 4 i.V.m. § 34 Abs. 1 a S. 1 BDSG die verantwortliche übermittelnde Stelle die übermittelnden Daten und den Empfänger für zwei Jahre speichern und auf Verlangen des Betroffenen Auskunft erteilen. Gemäß § 34 Abs. 1 a S. 2 BDSG wird auch der Empfänger der Daten entsprechend verpflichtet.

Verhältnismäßigkeit und Zweckbindung

§ 28 Abs. 3 S. 5 und 6 BDSG normieren weiterhin, aber eher deklaratorisch, dass die Nutzung der Daten zu Werbezwecken nur dann zulässig ist, wenn keine schutzwürdigen Interessen des Betroffenen entgegenstehen und der Zweckbindungsgrundsatz gewahrt wird.

Fazit

Die Nutzung von bestimmten, listenmäßig zusammengefassten Daten zu Zwecken der Werbung bleibt weiterhin privilegiert. Die Position der Betroffenen, insbesondere wenn sie Verbraucher sind, wird aber gestärkt. Der Gesetzgeber hat die Regelungen zur Einwilligung zu Gunsten der Betroffenen verschärft und flankiert das Listenprivileg nun mit einem Transparenzgebot, welches den Betroffenen in die Lage versetzt, seine Rechte wirksam geltend machen zu können. Bedauerlich erscheint, dass der ohnehin gesetzessystematisch komplizierte § 28 BDSG noch unübersichtlicher geworden ist. Angesichts der angehobenen Bußgelder ist umso mehr eine präzise datenschutzrechtliche Ausgestaltung werbender

Maßnahmen geboten.

Autor:
Dr. Sebastian Kraska
Rechtsanwalt