

## **Unterrichtung**

**durch die Bundesregierung**

### **Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen der Änderungen der §§ 28 und 29 des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) im Rahmen der zweiten BDSG-Novelle**

#### **A. Auftrag**

Das Gesetz zur Regelung des Datenschutzaudits und zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften – die sogenannte BDSG-Novelle II (BT-Drs. 16/12011 mit den Änderungen der BT-Drs. 16/13657; in Kraft getreten am 1. September 2009, BGBl. I, Nr. 54, S. 2814 ff) – enthält in dem neu eingefügten § 48 BDSG den Auftrag an die Bundesregierung, dem Deutschen Bundestag über die Auswirkungen der Änderungen der §§ 28 und 29 BDSG bis zum 31. Dezember 2014 zu berichten. Dieser Berichtspflicht kommt die Bundesregierung im Folgenden nach.

#### **B. Bericht**

Wesentlicher Gegenstand der Änderungen in den §§ 28, 29 BDSG ist die Neuregelung des Umgangs mit personenbezogenen Daten für Zwecke des Adresshandels und der Werbung. Auf diese Neuregelungen bezieht sich die Evaluierungspflicht des § 48 S. 1 Nr. 2 BDSG, insbesondere vor dem Hintergrund der damals erwarteten erheblichen Auswirkungen auf die betroffenen Wirtschaftszweige (BT-Drs. 16/13657, S. 23).

#### **I. § 28 BDSG**

##### **Ziel der Regelung**

Die Novelle war unter anderem aufgrund des Umgangs mit personenbezogenen Daten für Zwecke des Adresshandels notwendig. Insbesondere waren vermehrt Fälle

aufgetreten, in denen Werbung aufgrund von unberechtigt gehandelten personenbezogenen Daten verschickt wurde. Deren Herkunft war mangels Transparenz größtenteils nicht nachvollziehbar. Insbesondere das sogenannte Listenprivileg des § 28 Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 BDSG a. F. hatte sich als besonders nachteilig für Betroffene im Sinne eines Schutzes vor unerwünschter Werbung erwiesen (BT-Drs. 16/12011, S. 1). Danach durften bestimmte personenbezogene Daten, wenn sie listenmäßig oder sonst zusammengefasst waren, für Zwecke der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung ohne Einwilligung des Betroffenen übermittelt und genutzt werden. Die praktische Anwendung dieser Vorschrift hatte dazu geführt, dass personenbezogene Daten weitläufig zum Erwerb angeboten wurden. Der Regierungsentwurf sah daher die vollständige Streichung des Listenprivilegs vor. Im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens wurden wesentliche Änderungen an dem Regierungsentwurf vorgenommen, da erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen – insbesondere Ar-

beitsplatzverluste – befürchtet wurden. Die geltende Regelung verzichtet auf eine vollständige Streichung des Listenprivilegs und setzt stattdessen auf größtmögliche Transparenz sowie eine Stärkung des Widerspruchsrechts der Betroffenen.

### Darstellung der Regelung

- Nach § 28 Absatz 3 Satz 1 BDSG ist die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels und der Werbung grundsätzlich zulässig, wenn der Betroffene eingewilligt hat. Besondere Anforderungen an eine wirksame Einwilligung für diese Zwecke regelt § 28 Absatz 3a BDSG. Danach ist der Inhalt der Einwilligung, wenn sie in anderer Form als der Schriftform erteilt wird, dem Betroffenen von der verantwortlichen Stelle schriftlich zu bestätigen. Der Betroffene soll so in die Lage versetzt werden, zu kontrollieren, ob die verantwortliche Stelle die Einwilligung korrekt protokolliert hat (BT-Drs. 16/12011, S. 33). § 28 Absatz 3a Satz 2 BDSG sieht des Weiteren vor, dass eine Einwilligung, die zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden soll, drucktechnisch besonders hervorzuheben ist.
- Nach § 28 Absatz 3 Satz 2 BDSG ist die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten zulässig, soweit diese sich auf die aufgeführten Listendaten (listenmäßig oder sonst zusammengefasste Daten über Angehörige einer Personengruppe, Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung, Name, Titel, akademische Grade, Anschrift und Geburtsjahr) beschränkt und einer der Tatbestände des Satzes 2 Nummer 1 bis 3 erfüllt ist. Diese erfassen Eigenwerbung, berufsbezogene Werbung an die berufliche Anschrift des Betroffenen sowie Spendenwerbung.
- § 28 Absatz 3 Satz 3 BDSG gestattet der verantwortlichen Stelle, für Zwecke der Eigenwerbung weitere Daten hinzu zu speichern, die sie gestützt auf eine andere Befugnis rechtmäßig erhoben hat.
- Gemäß § 28 Absatz 3 Satz 4 BDSG dürfen die Listendaten des Satzes 2 für Zwecke der Werbung übermittelt werden, wenn die Übermittlung nach Maßgabe des § 34 Absatz 1a Satz 1 BDSG gespeichert wird. Für die anschließende Nutzung durch die empfangende Stelle verlangt das Gesetz eine eindeutige Kennzeichnung der Stelle, die die Daten erstmalig erhoben hat. Ziel der Regelung ist die Herstellung größtmöglicher Transparenz, um dem Betroffenen die Ausübung insbesondere seines Widerspruchsrechts nach § 28 Absatz 4 BDSG zu ermöglichen.
- § 28 Absatz 3 Satz 5 BDSG gestattet die Nutzung personenbezogener Daten im Sinne des Absatzes 3 Satz 2 für Zwecke der Werbung für fremde Angebote, soweit für den Betroffenen bei der Ansprache zum Zweck der Werbung, etwa aus der Werbesendung, die für die Nutzung der Daten verantwortliche Stelle eindeutig erkennbar ist. Einer eindeutigen Erkennbarkeit genügt nur eine Bezeichnung im Klartext (BT-Drs. 16/13657, S. 19).
- § 28 Absatz 3 Satz 6 BDSG enthält eine Interessenabwägungsklausel.
- § 28 Absatz 3 Satz 7 BDSG enthält eine Zweckbindungsklausel, mit der die Verwendung der dort genannten Daten zu anderen als den Zwecken, für die sie übermittelt wurden, untersagt wird.
- § 28 Absatz 3b BDSG enthält ein sogenanntes Koppelungsverbot. Es sieht vor, dass die verantwortliche Stelle den Abschluss eines Vertrags nicht von einer Einwilligung des Betroffenen in Werbung oder Adresshandel abhängig machen darf, wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist.
- § 28 Absatz 4 BDSG stärkt das Widerspruchsrecht des Betroffenen. Nach alter Rechtslage war man erst bei der werblichen Ansprache über sein Widerspruchsrecht zu unterrichten. Absatz 4 Satz 2 sieht nunmehr vor, dass der Betroffene sowohl bei der Ansprache zum Zweck der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung als auch bei Begründung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses über die verantwortliche Stelle sowie über das Widerspruchsrecht zu unterrichten ist. Zudem sieht Absatz 4 Satz 4 vor, dass für das Widerspruchsrecht keine strengere Form verlangt werden darf als für die Begründung des rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses. Ziel dieser Regelung war, missbräuchliche Formanforderungen an den Widerspruch zu unterbinden.

### Auswirkungen in der Praxis

Als relevanten Akteuren im Bereich des Datenschutzes wurden den Datenschutzaufsichtsbehörden und Wirtschaftsverbänden von der Bundesregierung im April 2014 Fragebögen zugesandt, die im Folgenden wiedergegeben werden. Sie enthalten eine kurze Erklärung der Norm und eine Frage nach den Punkten, die im Gesetzgebungsverfahren kritisch waren. Die Fragen orientieren sich an dem jeweilig abfragbaren Wissen. Die ausgewerteten und zusammengefassten Antworten der Behörden und Verbände sind jeweils eingearbeitet.

### Stellungnahmen der Aufsichtsbehörden für den Datenschutz

Mit Ausnahme von Sachsen, Schleswig-Holstein und Rheinland-Pfalz haben alle Datenschutzaufsichtsbehörden der Länder die Fragen beantwortet. Zu einem großen Teil war ihnen allerdings eine inhaltliche Antwort aufgrund fehlender Erhebungen nicht möglich.

#### *Allgemeine Fragen*

- a) *Wie hat sich die Anzahl an Beschwerden über unerwünschte Werbung seit Inkrafttreten der BDSG-Novelle II in Ihrem Aufsichtsbereich entwickelt?*

Bayern berichtete von einer etwa gleichgebliebenen Anzahl von Beschwerden (im Schnitt ca. 150 Fälle pro Jahr). Diese Fälle bezogen sich sowohl auf eine gestiegene Anzahl von Beschwerden bezüglich E-Mail-Werbung einerseits (da diese selbst angestiegen ist), als auch auf eine zurückgehende Anzahl von Beschwerden bezüglich rechtswidriger Telefonanrufe (Cold-Calls). Brandenburg, Nordrhein-Westfalen und Hessen berichteten ebenfalls von keiner signifikanten Änderung.

Berlin und Baden-Württemberg berichteten hingegen von einer erhöhten bzw. stetig steigenden Anzahl von Eingaben im Bereich unerwünschter Werbung seit 2009. Leicht rückläufig waren die Zahlen aus Hamburg.

- b) *In wie vielen Fällen konnten Verstöße gegen die Vorschriften für die Verarbeitung und Nutzung zu Werbezwecken festgestellt werden (ungefähre Angaben sind ausreichend)?*

Niedersachsen und Thüringen berichteten von einer nahezu hundertprozentigen Quote. Baden-Württemberg meldete eine Quote von drei Vierteln, Bayern von zwei Dritteln und Hessen von einem Viertel.

- c) *Wo liegen die Hauptmängel bei den Verstößen (dazu evtl. auch unten)?*

Hier wurden hauptsächlich folgende Punkte genannt:

- E-Mail-Werbung außerhalb von Bestandskundenverhältnissen (siehe § 7 Abs. 3 UWG) ohne Einwilligung
- Nichtbeachtung des Werbewiderspruchs, § 28 Absatz 4 Satz 1 BDSG
- Keine Unterrichtung über das Werbewiderspruchsrecht, § 28 Absatz 4 Satz 2 BDSG
- Keine Information in der Werbung zur Datenherkunft, § 28 Absatz 3 Satz 4 und Satz 5 BDSG
- Datenerhebung für Werbung aus sonstigen allgemein zugänglichen Quellen über die in § 28 Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 BDSG genannten Verzeichnisse hinaus (z. B. Internet-Anbieterkennzeichnungen, Presse, etc.)

- d) *Wie wirken sich die Neuregelungen insgesamt auf die Zahl der bei Ihnen eingehenden Eingaben und der festgestellten Verstöße aus?*

Hier wurde von etwa unveränderten Zahlen berichtet. Allerdings gibt es aufgrund der neuen Transparenzpflichten auch eine steigende Tendenz zur Feststellung von Verstößen diesbezüglich.

### *Im Einzelnen*

#### **1. Werbung mit Einwilligung, § 28 Absatz 3 Satz 1 i. V. m. Absatz 3a BDSG**

*Nach § 28 Absatz 3 Satz 1 BDSG ist die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung grundsätzlich zulässig, wenn der Betroffene eingewilligt hat. Die besonderen Anforderungen an eine wirksame Einwilligung regelt § 28 Absatz 3a BDSG. Danach ist der Inhalt der Einwilligung, wenn sie in anderer Form als der Schriftform erteilt wird, dem Betroffenen von der verantwortlichen Stelle schriftlich zu bestätigen. Im Falle einer elektronisch erklärten Einwilligung ist die Einwilligung zu protokollieren und der Betroffene muss diese jederzeit abrufen und widerrufen können. Der Betroffene soll so in die Lage versetzt werden, zu kontrollieren, ob die verantwortliche Stelle die Einwilligung korrekt protokolliert hat (BT-Drs. 16/12011, S. 33). § 28 Absatz 3a Satz 2 BDSG sieht des Weiteren vor, dass eine Einwilligung, die zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden soll, in drucktechnisch deutlicher Gestaltung besonders hervorzuheben ist.*

*a) Liegen Ihnen Beschwerden vor, die die Einwilligung zu Werbezwecken betreffen?*

Zehn Datenschutzbeauftragte bejahten diese Frage. Keine verneinte sie.

*b) Falls es um schriftlich erteilte Einwilligungen geht: Entsprechen die von Ihnen im Rahmen von Beschwerden oder aus sonstigen Gründen überprüften Einwilligungen den Anforderungen des § 4a und § 28 Absatz 3a BDSG, insbesondere im Hinblick auf Informationsgehalt, Verständlichkeit und drucktechnische Hervorhebung?*

Neun Datenschutzbeauftragte verneinten dies.

*c) Wo liegen die Hauptmängel bei schriftlich erteilten Einwilligungen?*

Beanstandet wurden vor allem der fehlende Hinweis auf das Widerspruchsrecht oder dessen Nichtbeachtung sowie die sehr allgemeinen, verklausulierten und marketingspezifischen Formulierungen („meine Daten“, „Weitergabe an befreundete Unternehmen“), die bezüglich der von der Einwilligung umfassten Tatbestände intransparent sind. Auch die Werbungswege würden im Einzelnen nicht oder unverständlich beschrieben. Gelegentlich fehlten drucktechnische Hervorhebungen nach § 28 Absatz 3a Satz 2 BDSG, wie z. B. bei einem fettgedruckten Absatz, der in seitenlangen AGBs untergeht oder eine unvollständige Anschrift der verantwortlichen Stelle.

Niedersachsen wies ferner auf das Spezialproblem der werblichen Ansprachen der sog. „Kaffeefahrten-Branche“ hin, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die jeweils verantwortliche Stelle ihre wahre Identität durch Angabe lediglich einer Postfachadresse zu verschleiern versucht. Eine datenschutzrechtliche bzw. strafrechtliche Verfolgung dieser Branche sei in den überwiegenden Fällen daher nicht möglich. Über die Postfach-Adressen seien die Verantwortlichen nicht dingfest zu machen, weil die Deutsche Post AG nicht verlangt, dass sich Postfach-Nutzer eindeutig identifizieren.

*d) Falls die Einwilligung in anderer Form als der Schriftform erteilt wird: Kommen die verantwortlichen Stellen ihrer Verpflichtung nach § 28 Absatz 3a Satz 1 BDSG nach, dem Betroffenen den Inhalt der Einwilligung schriftlich zu bestätigen?*

Zwei Datenschutzbeauftragte verneinten, vier Datenschutzbeauftragte bejahten diese Frage. Berlin wies auf die Spezialmaterie der Telefonwerbung hin, die hier ein größeres Problem sei. Es werden Einwilligungen über Webseiten, auf denen angeblich die Teilnahme an Gewinnspielen möglich sei, fingiert. Auch IP-Adressen und Zeitstempel werden vorgelegt. Die Betroffenen legten jedoch glaubwürdig dar, dass sie an derartigen Gewinnspielen niemals teilgenommen hätten. In solchen Fällen gestalte sich die Aufklärung sehr schwierig.

*e) Welche Rolle spielt nach Ihrer Erfahrung die elektronisch erklärte Einwilligung? Wie wird in der Praxis sichergestellt, dass bei einer elektronisch erklärten Einwilligung die Betroffenen den Inhalt jederzeit abrufen und widerrufen können?*

Die stetig zunehmende Bedeutung der elektronischen Einwilligung wurde durchgehend bestätigt. Der Bereich der Internet-Dienstleister, der Email-Werbung und der Newsletter werde immer größer. Eine besondere Rolle spiele hierbei das Double-Opt-In-Verfahren. Hier wird der Text der Einwilligung, inklusive Angaben zum Widerspruch, per E-Mail zugesendet. Zur Wirksamkeit der Einwilligung muss dann noch ein in der E-Mail enthaltener Link betätigt werden.

Die Ermöglichung der Ab- und Widerrufbarkeit wurde jedoch unterschiedlich beurteilt. Manche Datenschutzbeauftragte berichteten, dass dies kein größeres Problem sei, andere wiederum verwiesen darauf, dass die strengen Anforderungen des § 28 Absatz 3a Satz 1 Alternative 2 BDSG selten vollständig erfüllt werden. Gerade kleinere Unternehmen betrieben den aus ihrer Sicht unverhältnismäßigen technischen Aufwand einer jederzeitigen Abrufbarkeit nicht.

## **2. Ausnahmen für bestimmte Werbezwecke, § 28 Absatz 3 Satz 2 BDSG**

*§ 28 Absatz 3 Satz 2 BDSG sieht für bestimmte Werbezwecke Ausnahmen von dem Erfordernis der Einwilligung vor.*

- a) *Werden die Grenzen der Ausnahmetatbestände, die Absatz 3 Satz 2 für bestimmte Werbezwecke enthält, in der Praxis eingehalten*
- hinsichtlich der Beschränkung auf ein Gruppenmerkmal,*
  - bei beruflicher Werbung,*
  - bei der Spendenwerbung?*

*Falls nein: Bitte erläutern Sie die Hauptmängel.*

Der Rücklauf war hier gering. Bayern berichtete, dass aufgrund der Möglichkeit des Hinzuspeicherns weiterer Daten bei der Eigenwerbung, die Begrenzung auf ein Gruppenmerkmal abgemildert werde und deshalb insofern kaum Praxisprobleme bestünden. Andere Datenschutzbeauftragte bemerkten hierzu jedoch, dass die Unternehmen das Problem auch durch die Definition des Begriffs der „Gruppe“ umgehen. Eine „geschickte“ Definition ermögliche z. B. die Inkorporierung von eigentlich zwei Gruppenmerkmalen in einen Ausdruck.

- b) *Hat die Sonderregelung für allgemein zugängliche Verzeichnisse in § 28 Absatz 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG zu einer Zunahme der unerwünschten Werbung geführt?*

Die Antworten waren hier etwa ausgewogen. Insbesondere seien Daten aus Liegenschaftskatastern und Vermittlungsregistern der Industrie- und Handelskammern benutzt worden, was von den Aufsichtsbehörden auf die Unkenntnis der Bedeutung des Ausdrucks „allgemein zugängliche Verzeichnisse“ zurückgeführt wurde.

## **3. Hinzuspeicherung, § 28 Absatz 3 Satz 3 BDSG**

*§ 28 Absatz 3 Satz 3 BDSG gestattet der verantwortlichen Stelle, für Zwecke der Werbung für eigene Angebote Daten hinzu zu speichern, um die bestehenden Kunden gezielter ansprechen zu können (BT-Drs. 16/12011, S. 32).*

- a) *Haben Sie Erkenntnisse darüber, in welchem Umfang die Unternehmen von der Regelung Gebrauch machen, für Zwecke der Werbung für eigene Angebote Daten hinzu zu speichern?*

Soweit Erhebungen vorlagen, wurde durchgehend auf eine verbreitete Nutzung dieser Hinzuspeicherung hingewiesen. In diesem Zusammenhang wurde auch von umfangreichen Profilbildungen berichtet.

- b) *Lassen sich Aussagen über die Arten personenbezogener Daten treffen, die von den Unternehmen auf dieser Grundlage hinzu gespeichert werden?*

Hier wurde vor allem von Kaufvertragsdaten, Dienstleistungsdaten und E-Mail-Adressen berichtet. Die Hinzuspeicherungspraxis wird durch die Aufsicht als relativ uneingeschränkt bewertet. Auch sei die Hinzuspeicherung von Telefonnummern aufgefallen, deren Hinzuspeicherung von den Behörden als rechtswidrig eingestuft wird, da keine Eröffnung neuer werblicher Ansprachewege durch die Norm bezweckt wurde.

#### 4. Übermittlung zu Werbezwecken, § 28 Absatz 3 Satz 4 BDSG

§ 28 Absatz 3 Satz 4 BDSG enthält eine Übermittlungs- und, in Verbindung mit Satz 7, eine Nutzungsbefugnis für zusammengefasste personenbezogene Daten nach Absatz 3 Satz 2 zum Zwecke der Werbung. Voraussetzung für eine zulässige Übermittlung ist, dass die übermittelnde Stelle die Übermittlung nach Maßgabe des § 34 Absatz 1a Satz 1 BDSG speichert. Für die anschließende Nutzung durch die empfangende Stelle verlangt das Gesetz, dass die erstmalig erhebende Stelle aus der Werbung eindeutig hervorgeht. Ziel dieser Regelung ist die Herstellung größtmöglicher Transparenz, um dem Betroffenen die Ausübung seiner Auskunfts- und Widerspruchsrechte und gegebenenfalls auch der Aufsichtsbehörde die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Erhebung und Verarbeitung zu ermöglichen (BT-Drs. 16/13657, S. 19).

- a) Wird den gesetzlichen Transparenzanforderungen durch die Unternehmen genüge getan  
- durch Speicherung nach § 34 Absatz 1a Satz 1 BDSG?  
- durch Benennung der Stelle, die die Daten erhoben hat, auf der Werbung?

Mehrere Datenschutzbeauftragte berichteten, dass die Verpflichtung zur Angabe der Datenherkunft bei Adressübermittlung nicht immer bekannt sei. Das Problem sei bei der Speicherung nach § 34 Absatz 1 BDSG nicht so groß. Hier würden bei Verstößen allerdings oft Bußgeldverfahren eingeleitet.

- b) Wie erfolgt die Angabe der erstmalig erhebenden Stelle in der Praxis? Ist diese Angabe vollständig (insb. ladungsfähige Anschrift), leicht zugänglich und verbraucherfreundlich gestaltet?

Hier wurde nur von wenigen Beschwerdefällen berichtet. Allerdings verwiesen einige Datenschutzbeauftragte auch auf den Umstand, dass eine ladungsfähige Adresse so gut wie nie benannt werde und die Angabe meist deutlich kleiner als der Werbetext gestaltet sei.

#### 5. Datennutzung für Fremdwerbung, § 28 Absatz 3 Satz 5 BDSG

§ 28 Absatz 3 Satz 5 BDSG gestattet die Nutzung personenbezogener Daten im Sinne des Absatzes 3 Satz 2 für Zwecke der Werbung für fremde Angebote, soweit für den Betroffenen bei der Ansprache zum Zweck der Werbung, etwa aus der Werbesendung, die für die Nutzung der Daten verantwortliche Stelle eindeutig erkennbar ist.

- a) Liegen Ihnen Beschwerden vor, die die „Beipackwerbung“ und „Fremdwerbung“ betreffen?

Etwas mehr als die Hälfte der Behörden berichtete von entsprechenden Beschwerden. Es wird auf unterschiedliche Auffassungen bezüglich der Verweisung in Satz 5 („Unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des Satzes 2 ...“) hingewiesen. Die Aufsichtsbehörden gehen von einer Einschränkung auf Listendaten aus, während zahlreiche Wirtschaftsvertreter dies negieren.

- b) Werden nur die Daten im Sinne des Absatzes 3 Satz 2 (Listendaten) für Zwecke der Werbung für fremde Angebote genutzt?

Diese Frage wurde in etwa zu gleichen Teilen bejaht und verneint.

- c) Wie erfolgt in diesen Fällen die Angabe der für die Nutzung der Daten verantwortlichen Stelle? Ist diese Angabe vollständig (insb. ladungsfähige Anschrift), leicht zugänglich und verbraucherfreundlich gestaltet?

Teilweise wurde von einem vollständigen Fehlen der Angabe, zumindest aber der fehlenden Angabe der ladungsfähigen Anschrift berichtet. Falls eine Angabe erfolge, werde oft die – drucktechnisch deutlich zurückgenommene – Formel „Verantwortlich im Sinne des BDSG für die Nutzung Ihrer Daten ist das Unternehmen x“ benutzt, die für wenig verständlich und damit verbraucherunfreundlich gehalten wird. Gerade im Letter-Shop-Verfahren mit mehreren beteiligten Unternehmen, herrsche für den Betroffenen oft Unklarheit bezüglich seines Anspruchsgegners. Hierbei erhält ein Dienstleister (ein Lettershop) von dem werbenden Unternehmen vorgedrucktes, nicht personalisiertes Werbematerial. Ein weiteres - nicht in Konkurrenz zum werbenden Unternehmen stehendes - Unternehmen (Adresseigner), stellt dem Lettershop Adressen zur Verfügung, die dieser im Auftrag des Adressgebers mit dem Werbematerial zusammenführt und postalisch verschickt.

- d) *Sind Ihnen Fälle bekannt, in denen es zu Verstößen gegen die Vorschrift des § 28 Absatz 3 Satz 5 gekommen ist? Worin lagen diese Verstöße?*

Es wurde hier teilweise vom Fehlen der Angabe der verantwortlichen Stelle berichtet.

#### **6. Koppelungsverbot, § 28 Absatz 3b BDSG**

*§ 28 Absatz 3b BDSG sieht vor, dass die verantwortliche Stelle sich die Einwilligung des Betroffenen nach Absatz 3 Satz 1 in eine Verwendung seiner personenbezogenen Daten nicht auf dem Wege verschaffen darf, dass sie hiervon den Abschluss eines Vertrages abhängig macht, sofern dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen Leistungen ohne die Einwilligung nicht in zumutbarer Weise möglich ist.*

- a) *In welcher Anzahl und welchem Umfang sind Verstöße gegen das Koppelungsverbot zu verzeichnen? Sind dabei bestimmte Schwerpunkte erkennbar, z.B. bei bestimmten Unternehmen oder bestimmten Leistungen?*
- a) *Welche Leistungen sind von Verstößen gegen das Koppelungsverbot betroffen?*

Es wurden keine Verstöße mitgeteilt.

#### **7. Widerspruchsrecht, § 28 Absatz 4 BDSG**

*§ 28 Absatz 4 BDSG normiert das Widerspruchsrecht des Betroffenen und soll in seiner Neufassung dessen Stärkung dienen (BT-Drs. 16/12011, S. 33).*

- b) *Wird Widersprüchen nach § 28 Absatz 4 Satz 1 BDSG von den Unternehmen Rechnung getragen? In wie vielen Fällen wurden in diesem Zusammenhang Bußgelder nach § 43 Absatz 2 Nummer 5b BDSG verhängt?*

Sechs Datenschutzbeauftragte berichteten, dass die Unternehmen den Widersprüchen grundsätzlich Rechnung trügen. Vier Aufsichtsbehörden verneinten dies und berichteten von insgesamt 23 Bußgeldverfahren. Sie verwiesen teilweise auf fehlende technische Vorrichtungen bei den Unternehmen, um Widersprüche überhaupt zu verarbeiten. Ein Problem stelle es auch dar, wenn ein Unternehmen vor Widerspruchseinlegung schon Druckaufträge oder Lettershop-Aufträge vergeben habe, da eine Aussortierung in diesen Fällen meist unmöglich oder zumindest unzumutbar sei. Hinzu komme, dass selbst bei einer Verarbeitung des Widerspruchs oft eine Löschung anstatt einer Sperrung erfolge, sodass die Ansprache bei erneutem Datenerwerb oder erneuter Datenverarbeitung nicht unterbleibe.

- c) *Werden die Anforderungen des Absatzes 4 Satz 2 hinsichtlich der Unterrichtungspflicht über das Widerspruchsrecht bereits bei Begründung des rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses von den Unternehmen eingehalten?*

Hierzu lagen nur wenige repräsentative Erhebungen vor. Die beiden Datenschutzbeauftragten, die über solche verfügten, verneinten die Frage.

- d) *Wie erfolgt konkret die Unterrichtung über die verantwortliche Stelle und das Widerspruchsrecht? Sind diese Angaben vollständig (insb. ladungsfähige Anschrift), leicht zugänglich und verbraucherfreundlich gestaltet?*

Die Unterrichtung sei in den meisten Fällen nicht vollständig. Meist fehle die ladungsfähige Anschrift. Verbraucherfreundlichkeit sei in den seltensten Fällen gegeben.

- e) *In wie vielen Fällen wurden in diesem Zusammenhang Bußgelder nach § 43 Absatz 1 Nummer 3 BDSG verhängt?*

Es wurden – soweit Erhebungen überhaupt vorlagen – von insgesamt 24 Verfahren berichtet.

- f) *Welche Erkenntnisse liegen Ihnen dazu vor, ob Unternehmen ihrer Sperrverpflichtung in den Fällen des § 28 Absatz 4 Satz 3 BDSG nachkommen?*

Hierzu lagen – mit der Ausnahme von Bayern, das keine Probleme benennt – nirgends Erkenntnisse vor.

- g) *Wird das Verbot nach § 28 Absatz 4 Satz 4 BDSG, für den Widerspruch eine strengere Form zu verlangen als für die Begründung des Schuldverhältnisses, eingehalten? In wie vielen Fällen wurden in diesem Zusammenhang Bußgelder nach § 43 Absatz 1 Nummer 3a BDSG verhängt?*

Meist lagen keine Erkenntnisse vor. Soweit sie allerdings vorlagen, wurde die Einhaltung des Verbotes bejaht.

### **Stellungnahmen der Wirtschaftsverbände**

Folgende Verbände haben Stellung genommen:

- Deutscher Dialogmarketingverband e.V. (DDV)
- Bundesverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands (BvDnet. e.V.)
- Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM)
- Verband Deutscher Zeitschriftenverleger (VDZ)
- Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft e.V. (ZAW)
- Deutsche Kreditwirtschaft / Bundesverband der deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e.V. (BVR)
- Berliner Datenschutzrunde c/o Verlag für die deutsche Wirtschaft AG
- Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV)
- Bundesverband deutscher Versicherungskaufleute (BVK)
- Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbz)
- Callcenter Verband Deutschland e.V.
- Bundesverband Deutscher Postdienstleister e.V. (BvDP)
- Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V. (GDD)
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag e.V. (DIHK)
- Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V. (BeVH)

### **Grundsätzliche Wertung der Verbände**

Viele Verbände berichteten, dass es keine größeren Anwendungsprobleme gebe, klagen aber über spürbare Beeinträchtigungen. Einige Unternehmen berichteten von Marktveränderungen durch erhebliche Reduzierungen im Marketingbereich, z.B. beim postalischen Direktmarketing, das insbesondere für mittelständische Unternehmen wichtig sei. Das Minimum an benötigter Freiheit sei zwar erreicht, aber auch gewahrt. Die Möglichkeit der Unternehmen, angemessen zu werben, sei ihnen nicht genommen worden. Zwar sei die Novelle belastend, ein aber im Ergebnis verkraftbarer Interessenausgleich. Weitere Verschärfungen werden durchweg abgelehnt. Auch wurde durchgängig berichtet, dass der gesetzessystematische Grundsatz der einwilligungs-basierten Werbung, in der Praxis die Ausnahme darstelle. Nach Auffassung der Verbraucherverbände läuft die gesetzgeberische Intention des Opt-In somit leer.

Einige Verbände berichten über einen sehr geringen Rücklauf des Fragebogens von Seiten ihrer Mitgliedsunternehmen, was sie auf die Komplexität der Vorschriften und die daraus resultierende Rechtsunklarheit und Rechtsunsicherheit zurückführen.

#### **1. Werbung mit Einwilligung, § 28 Absatz 3 Satz 1 i. V. m. Absatz 3a BDSG**

*Nach § 28 Absatz 3 Satz 1 BDSG ist die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung grundsätzlich zulässig, wenn der Betroffene eingewilligt hat. Die besonderen Anforderungen an eine wirksame Einwilligung regelt § 28 Absatz 3a BDSG. Danach ist der Inhalt der Einwilligung, wenn sie in anderer Form als der Schriftform erteilt wird, dem Betroffenen von der verantwortlichen Stelle schriftlich zu bestätigen. Im Falle einer elektronisch erklärten Einwilligung ist die Einwilligung zu protokollieren und der Betroffene muss diese jederzeit abrufen und widerrufen können. Der Betroffene soll so in die Lage versetzt werden, zu kontrollieren, ob die verantwortliche Stelle die Einwilligung korrekt protokolliert hat (BT-Drs. 16/12011, S. 33). § 28 Absatz 3a Satz 2 BDSG sieht des Weiteren vor, dass eine Einwilligung, die zusammen mit ande-*

*ren Erklärungen schriftlich erteilt werden soll, in drucktechnisch deutlicher Gestaltung besonders hervorzuheben ist.*

- a) Innerhalb welcher Zeitspanne wird den Betroffenen eine schriftliche Bestätigung ihrer nicht schriftlich erteilten Einwilligung in der Regel zugesandt?*

Klare Zeitspannen konnten nicht überall angegeben werden. Im Online-Sektor erfolge die Bestätigung jedenfalls meist im Rahmen des Double-Opt-In-Verfahrens unverzüglich. Bei einer telefonischen Einwilligung erfolge sie gesondert oder zusammen mit der ersten Werbesendung. Bezüglich des Zeitraums wurden Angaben von „spätestens innerhalb weniger Tage“ (BITKOM) bis zu „drei Monaten“ (DDV) gemacht.

- b) Wie erfolgt die schriftliche Bestätigung (gesondertes Schreiben oder elektronisch per E-Mail oder pdf-Dokument)?*

Hier wurden alle Varianten genannt: E-Mail (selbst oder im angehängten pdf-Dokument), SMS und Briefpost. Das Erfordernis der „Schriftlichkeit“ der Bestätigung im rechtstechnischen Sinne von § 126 Bürgerliches Gesetzbuch wird nur vom BeVH bejaht.

- c) Erfolgt die schriftliche Bestätigung zeitgleich mit Zusendung des Werbeschreibens?*

Diese Frage wurde etwa zu gleichen Teilen bejaht und verneint, allerdings wurde eine Tendenz zum gesonderten Schreiben festgestellt. Soweit es um schriftliche Bestätigungen ging, wurde sie häufig bejaht. Elektronische Bestätigungen per SMS oder E-Mail erfolgten gesondert.

Der vzbv beklagte Fälle in Verträgen platzierter „vorangekreuzter Klauseln“, was einem Opt-In-Charakter widerspräche.

- d) Welche Rolle spielt in der Praxis die elektronisch erklärte Einwilligung? Wie wird sichergestellt, dass bei einer elektronisch erklärten Einwilligung die Betroffenen den Inhalt jederzeit abrufen und widerrufen können?*

Die Bedeutung der elektronisch erklärten Einwilligung wurde mit – Ausnahme des BVR – durchweg als herausragend beurteilt, ebenso wie diejenige des Double-Opt-In-Verfahrens. Letzteres wird hauptsächlich durch E-Mails angewendet, teilweise aber auch durch SMS. Relevante Bereiche sind hier Newsletter, Kundenportale, Online-Gewinnspiele, Social-Media-Angebote und Smartphone-Apps.

Die Ab- und Widerrufbarkeit werde teilweise durch die versendete E-Mail, die den vollen Einwilligungs- und Widerrufstext enthalte, sichergestellt. Die Nachricht enthalte dann einen „Opt-Out-Link“, mittels dessen der Widerruf möglich sei. Bei „log-in“-basierten Webseiten seien die Informationen über den personalisierten Account abrufbar. Es wurde auch davon berichtet, dass Unternehmen einen telefonischen Verbraucherservice eingerichtet haben, der diesbezüglich Auskunft erteilt.

- e) Wie wird die geforderte besondere Hervorhebung in drucktechnisch deutlicher Gestaltung praktisch realisiert?*

Es werden hauptsächlich Fettdruck, Umrahmung und Grauunterlegung genutzt. Oft wurde berichtet, dass es hier zu Schwierigkeiten bei der Kombination mit anderen Hervorhebungsanforderungen des Verbraucherschutzrechts kommt.

- f) Wurden Handlungsempfehlungen erstellt, um den Unternehmen Wege für eine rechtskonforme Umsetzung der Anforderungen aufzuzeigen? Gibt es branchenspezifische Unterschiede?*

Handlungsempfehlungen wurden vereinzelt erstellt. Es wird auch angeführt, dass sie oft aufgrund fehlender einheitlicher Systeme und Vertriebswege nicht sinnvoll seien. Der DDV hat den „Best Practice Guide“ („Datenschutz-Novellen 2009 - Auswirkungen auf das Dialogmarketing“) erstellt. Der ZAW hat zusammen mit dem GDD einen Praxisleitfaden „Kundendatenschutz“ herausgegeben, dessen dritte Auflage die Novelle berücksichtigt. Der GDV informiert seine Mitglieder durch regelmäßige Schreiben und Schulungen. Der DIHK hat eine Consumer Privacy Policy erstellt.

Branchenspezifische Unterschiede wurden kaum angeführt. Teilweise lag dies an fehlenden Erhebungen, teilweise an fehlenden Unterschieden.

## **2. Ausnahmen für bestimmte Werbezwecke, § 28 Absatz 3 Satz 2 BDSG**

*§ 28 Absatz 3 Satz 2 BDSG sieht für bestimmte Werbezwecke Ausnahmen von dem Erfordernis der Einwilligung vor.*

- a) *Wie hat sich die Neuregelung des Listenprivilegs auf das Ausmaß der Datenverarbeitung und -nutzung für Werbezwecke ausgewirkt?*

Die meisten Unternehmen berichten von einer erheblichen Reduzierung. Der DDV und der ZAW als Dachverband berichten z.B. von einem Rückgang von 25 – 35 %. Sie schätzen den Rückgang im Bereich des „Listbroking“ (Vermittlung von Adresdaten eines Unternehmens zur Anmietung durch einen Dritten) auf 20 %. Einzelne ZAW- sowie BITKOM-Mitglieder berichteten von 60 % Rückgängen.

Es wurde sehr oft auf den besonderen Nachteil für kleine und mittlere Unternehmen hingewiesen, die auf nun fehlende Listen für Spezialsortimente angewiesen seien. Dies hätte zu einigen Zusammenschlüssen und Insolvenzen geführt, wie der DDV berichtet. Profitiert hätten so die marktbeherrschenden Online-Dienste.

Allerdings seien diese Rückgänge (bei der auf die Interessen der Empfänger zugeschnittenen adressierten postalischen Werbung) in den Briefkästen der Bürger kaum spürbar, weil sie durch nicht-adressierte Werbesendungen kompensiert würden.

Von keinen signifikanten Auswirkungen berichteten allerdings der BvD, der GDV sowie der GDD.

- b) *Bereitet die Begrenzung auf ein Gruppenmerkmal in § 28 Absatz 3 Satz 2 BDSG in der Praxis Probleme?*
- c) *Hat die Sonderregelung für allgemein zugängliche Verzeichnisse in § 28 Absatz 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG zu einer Zunahme der unerwünschten Werbung geführt?*

Beide Fragen wurden durchgängig mit Nein beantwortet.

- d) *Welche wirtschaftlichen Auswirkungen der Neuregelung des Listenprivilegs konnten beobachtet werden?*

Mehrere Verbände klagten darüber, dass Anbieter von Adressen aufgrund der Pflicht zur Offenlegung der Herkunft der Daten den Markt verlassen hätten. Insgesamt sei die Zielgruppenansprache schwieriger geworden. Deshalb verlagerten Unternehmen ihr Werbebudget zunehmend in den Online-Bereich. Es wird von tendenziell sinkenden Werbeinvestitionen gesprochen. Dadurch werde vor allem die Neukundengewinnung schwieriger.

## **3. Hinzuspeicherung, § 28 Absatz 3 Satz 3 BDSG**

*§ 28 Absatz 3 Satz 3 BDSG gestattet der verantwortlichen Stelle, für Zwecke der Werbung für eigene Angebote Daten hinzu zu speichern, um die bestehenden Kunden gezielter ansprechen zu können (BT-Drs. 16/12011, S. 32).*

- a) *In welchem Umfang machen die Unternehmen von der Regelung Gebrauch, für Zwecke der Werbung für eigene Angebote Daten hinzu zu speichern?*

Es wurde durchweg von einer sehr ausgeprägten Hinzuspeicherungspraxis (mit dem Ziel der selektiveren Ansprache) berichtet.

- b) *Lassen sich Aussagen über die Arten personenbezogener Daten treffen, die von den Unternehmen auf dieser Grundlage hinzu gespeichert werden?*

Hier wurden vor allem von Daten zu Geschäftsabschlüssen, Interessenanfragen in der Vergangenheit, Produktpräferenzen, Geschlecht, Altersstufe, E-Mail-Adressen und Telefonnummern berichtet. In der Versicherungsindustrie würden zudem Versicherungsscheinnummern und Versicherungssparten hinzugespeichert.

#### 4. Übermittlung zu Werbezwecken, § 28 Absatz 3 Satz 4 BDSG

§ 28 Absatz 3 Satz 4 BDSG enthält eine Übermittlungs- und, in Verbindung mit Satz 7, eine Nutzungsbefugnis für zusammengefasste personenbezogene Daten nach Absatz 3 Satz 2 zum Zwecke der Werbung. Voraussetzung für eine zulässige Übermittlung ist, dass die übermittelnde Stelle die Übermittlung nach Maßgabe des § 34 Absatz 1a Satz 1 BDSG speichert. Für die anschließende Nutzung durch die empfangende Stelle verlangt das Gesetz, dass die erstmalig erhebende Stelle aus der Werbung eindeutig hervorgeht. Ziel dieser Regelung ist die Herstellung größtmöglicher Transparenz, um dem Betroffenen die Ausübung seiner Auskunfts- und Widerspruchsrechte und gegebenenfalls auch der Aufsichtsbehörde die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Erhebung und Verarbeitung zu ermöglichen (BT-Drs. 16/13657, S. 19).

- a) Ist durch diese Neuregelungen ein „dämpfender“ Effekt für die erstmalig erhebende Stelle erkennbar, personenbezogene Daten zum Zwecke der Werbung zu übermitteln (BT-Drs. 16/13657, S. 19)?

Die Frage wurde fast durchgängig bejaht. Vor allem wurde berichtet, dass sich einige markenstarke Adressgeber aus Sorge um die „Verwässerung“ ihrer Marke durch die Nennung auf der Werbung von schwächeren Unternehmen aus der Vermietung ihrer Adressen zurückgezogen hätten. Betroffen seien in jedem Fall eher die kleinen und mittleren Unternehmen.

Die Berliner Datenschutzrunde wies auf die nachteiligen Auswirkungen für gemeinnützige Organisationen hin, da hier allein für die Nutzungsmöglichkeit ohne Kennzeichnungspflicht nach § 28 Absatz 3 Satz 2 Nr. 3 BDSG kein Aufwand betrieben werde.

- b) Wie erfolgt bei der Werbung die Angabe der erstmalig erhebenden Stelle in der Praxis? Ist diese Angabe vollständig (insb. ladungsfähige Anschrift), leicht zugänglich und verbraucherfreundlich gestaltet? Hat sich hierfür eine einheitliche Verfahrensweise durchgesetzt? Gibt es Handlungsempfehlungen für die Unternehmen?

Klarheit und Verbraucherfreundlichkeit wurden bejaht. Eine ladungsfähige Anschrift werde so gut wie nie angegeben, wobei darauf verwiesen wurde, dass das Gesetz eine solche nicht fordere. Es erfolge höchstens die Angabe der Postadresse, oft nur der Firmenname. Hier wurde allerdings vom VDZ darauf hingewiesen, dass die Angabe der juristisch zutreffenden Bezeichnung der erstmals erhebenden Stellen häufig gerade nicht verbraucherfreundlich sei, da der Betroffene nur den Handelsnamen und gerade nicht den juristisch korrekten Namen kenne.

Von der Angabe einer ladungsfähigen Anschrift berichtete ausschließlich der GDV.

Zu einer etwaig einheitlichen Verfahrensweise konnten kaum Angaben gemacht werden. Teilweise aufgrund fehlender Erhebungen, teilweise aufgrund der Unmöglichkeit einer etwaigen Vereinheitlichung aufgrund der Unterschiedlichkeit der Konstellationen.

Handlungsempfehlungen zu § 28 Absatz 3 Satz 4 BDSG sind in dem unter 1f. beschriebenen Maße vorhanden.

- c) Wie wird den gesetzlichen Transparenzanforderungen durch die Unternehmen entsprochen?

Hauptsächlich wurde hier auf die Einhaltung der Anforderungen durch klare Kennzeichnung verwiesen, ohne dass dies spezifiziert wurde. Detaillierte Angaben wurden nicht gemacht. Der GDV berichtet von der Angabe der Adressherkunft auf der ersten Seite des Werbeschreibens.

- d) Wie hat sich die Anzahl der Auskunftsersuchen von Betroffenen seit Inkrafttreten der BDSG-Novelle II zahlenmäßig entwickelt?

Fast durchgängig wurde berichtet, dass es kurz nach Inkrafttreten der Novelle eine auf gesteigertem medialem Interesse basierende deutliche Zunahme der Anzahl der Auskunftsersuchen gab. Die Tendenz gehe jedenfalls nach unten. Vereinzelt wird auch von stark zurückgehenden Zahlen berichtet. Dies wurde mit der Befriedigung des Informationsbedürfnisses durch die Transparenzanforderungen begründet.

Bei speziellen Produktofferten wie im Gesundheits- und Nahrungsergänzungsbereich, wurde vom DDV von Ausreißern nach oben und bei Spendenwerbung von Ausreißern nach unten berichtet. Es wurde über den Missbrauch von Auskunftersuchen durch Webseiten wie „Selbstauskunft.net“ geklagt. Diese hätten 2012 einen zeitlich befristeten starken Anstieg verursacht.

#### **5. Datennutzung für Fremdwerbung, § 28 Absatz 3 Satz 5 BDSG**

*§ 28 Absatz 3 Satz 5 BDSG gestattet die Nutzung personenbezogener Daten im Sinne des Absatzes 3 Satz 2 für Zwecke der Werbung für fremde Angebote, soweit für den Betroffenen bei der Ansprache zum Zweck der Werbung, etwa aus der Werbesendung, die für die Nutzung der Daten verantwortliche Stelle eindeutig erkennbar ist.*

- a) *In welchem Umfang werden die Instrumente der „Beipackwerbung“ und der „Fremdwerbung“ von den Unternehmen genutzt?*

Es wurde durchgängig von einer breiten Nutzung von Fremdwerbung im Rahmen des Lettershop-Verfahrens berichtet, welches auf der Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG basiert. Die Berliner Datenschutzrunde berichtet von einem Rückgang der Fremdwerbung.

Aufgrund der oben beschriebenen Vorbehalte marktstarker Unternehmen bezüglich ihres Rufes („Verwässerung“), wird teilweise eine rückgängige Tendenz festgestellt.

Was Beipackwerbung betrifft, so wird auch hier eine rege Nutzung bzw. teilweise sogar eine Zunahme von bis zu 30 %, z. B. im Bereich des Online-Shoppings, festgestellt.

- b) *Hat die gesetzliche Regelung dazu geführt, dass verantwortliche Stellen von der Möglichkeit der Fremdwerbung nur noch in wenigen Fällen Gebrauch machen, um eventuelle negative Auswirkungen durch zu viel, unerwünschte oder qualitativ minderwertige Werbung zu verhindern?*

Je zwei Verbände bejahten und verneinten dies.

- c) *Werden nur die Daten im Sinne des Absatzes 3 Satz 2 (Listendaten) für Zwecke der Werbung für fremde Angebote genutzt?*

Dies wurde mit zwei Ausnahmen bejaht.

- d) *Wie erfolgt bei der Werbung die Angabe der für die Nutzung der Daten verantwortlichen Stelle in der Praxis? Ist diese Angabe vollständig (insb. ladungsfähige Anschrift), leicht zugänglich und verbraucherfreundlich gestaltet?*

Es wurde auf die Angabe von Name und Ort des Unternehmens verwiesen und die Verbraucherfreundlichkeit bejaht. Ladungsfähige Anschriften werden - mit Ausnahme der Angaben des GDV - nicht angegeben. Von der Berliner Datenschutzrunde wurde allerdings berichtet, dass nur Angaben erfolgten, die „Rückschlüsse auf die verantwortliche Stelle“ zuließen.

#### **6. Koppelungsverbot, § 28 Absatz 3b BDSG**

*§ 28 Absatz 3b BDSG sieht vor, dass die verantwortliche Stelle sich die Einwilligung des Betroffenen nach Absatz 3 Satz 1 in eine Verwendung seiner personenbezogenen Daten nicht auf dem Wege verschaffen darf, dass sie hiervon den Abschluss eines Vertrages abhängig macht, sofern dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen Leistungen ohne die Einwilligung nicht in zumutbarer Weise möglich ist.*

*Welche Erfahrungen haben Sie mit dem Koppelungsverbot gemacht?*

*Gibt es in einzelnen Branchen, insb. im Banken- und Versicherungsbereich, Handlungsempfehlungen für die Unternehmen?*

Hier wurde berichtet, dass das Verbot entweder eingehalten werde oder von vornherein in der Branche keine Rolle spiele. Der VDZ berichtete allerdings, dass das Koppelungsverbot insbesondere Unternehmen mit Nischenangeboten belaste.

## 7. Widerspruchsrecht, § 28 Absatz 4 BDSG

§ 28 Absatz 4 BDSG normiert das Widerspruchsrecht des Betroffenen und soll in seiner Neufassung dessen Stärkung dienen (BT-Drs. 16/12011, S. 33).

- a) Welche Handlungsempfehlungen werden den Unternehmen zur Unterrichtung über das Widerspruchsrecht bei Begründung des rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses gegeben (§ 28 Absatz 4 Satz 2 BDSG).

Es wurde teilweise berichtet, dass entsprechende Belehrungen (teilweise inklusive Formulierungsvorschlägen z. B. im DDV-Best Practice Guide und dem GDD-Praxisleitfaden Kundendatenschutz) empfohlen werden, die auch fast ausnahmslos befolgt würden.

- b) Wie erfolgt konkret die Unterrichtung über die verantwortliche Stelle und das Widerspruchsrecht? Sind diese Angaben vollständig (insb. ladungsfähige Anschrift), leicht zugänglich und verbraucherfreundlich gestaltet?

Auch hier erfolgt meist - aber auch höchstens - die Angabe der Postanschrift. Die Antworten enthielten keine näheren Erläuterungen zur Form der Angabe.

- c) Wird das Verbot, für den Widerspruch eine strengere Form zu verlangen als für die Begründung des Schuldverhältnisses, eingehalten?

Obwohl die meisten Verbände von der grundsätzlichen Einhaltung des Verbots berichten, berichtete der GDD davon, dass das Verbot bei seinen Mitgliedern kaum bekannt sei. Der DDV berichtete, dass um die Einhaltung einer strengeren Form gebeten werde (z. B., dass bei einem Widerspruch das Werbeschreiben zurückgeschickt wird), dies aber nicht zu einer Verpflichtung gemacht werde. Inwieweit der freiwillige Charakter der Aufforderung aus der Formulierung hervorgeht, wurde nicht geschildert.

- d) Wie hat sich die Anzahl der Widersprüche, die bei den Unternehmen eingehen, seit Inkrafttreten der BDSG-Novelle II nach Ihrer Kenntnis zahlenmäßig entwickelt?

Soweit Erhebungen vorlagen, wurde von einem gleichbleibend niedrigem Niveau berichtet. Dementgegen berichtete BITKOM allerdings von einer Verdreifachung. Auch der GDV und der BvDP berichteten von einer Zunahme. Beide Verbände führten dies, wie oben dargestellt, auf die gesteigerte Kundensensibilität durch Medienberichte zurück.

## II. § 29 BDSG

### Ziel der Regelung

Eingefügt wurden durch die BDSG-Novelle II im Wesentlichen eine Verweisung auf § 28 Absatz 3 bis 3b BDSG in § 29 Absatz 1 Satz 2 BDSG und eine Verweisung auf § 28 Absatz 3 bis 3b BDSG in § 29 Absatz 2 Satz 2 BDSG. Hierbei handelt es sich lediglich um redaktionelle Folgeänderungen zu § 28 BDSG (BT-Drs. 16/12011, S. 34).

Aus der Begründung der Evaluierungspflicht des § 48 BDSG (BT-Drs.16/13657, S. 23) ergibt sich, dass § 29 nur insoweit evaluiert werden muss, als die genannten Zwecke der Verwendung personenbezogener Daten durch die BDSG-Novelle(n) betroffen sind. Eine Evaluierung der Absätze 6 und 7, die mit der BDSG-Novelle III eingefügt wurden, ist mithin entbehrlich.

### Auswirkungen in der Praxis

#### Stellungnahmen der Aufsichtsbehörden für den Datenschutz

#### *Geschäftsmäßige Datenerhebung und -speicherung zum Zwecke der Übermittlung, § 29 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 Satz 2 BDSG*

*Die Änderungen in § 29 Absatz 1 und 2 sind notwendige redaktionelle Änderungen und Folgeänderungen, durch die die Änderungen in § 28 Absatz 3 bis 3b auch auf die geschäftsmäßige Datenerhebung und -verarbeitung übertragen werden.*

*Welche Auswirkungen zeigen die Verweise auf § 28 BDSG in der aufsichtsbehördlichen Praxis? Welche Besonderheiten ergeben sich hinsichtlich der oben unter Nr. 1 – 6 gestellten Fragen bei der geschäftsmäßigen Datenerhebung und -speicherung zum Zweck der Übermittlung?*

Es liegen hierzu kaum Erhebungen vor. Für problematisch wurde aber vor allem die unter den Behörden noch streitige Verweisung gehalten. Es scheint nicht klar zu sein, ob Adresshandel jetzt nur noch mit Einwilligung möglich ist, oder auch hier das (eingeschränkte) Listenprivileg Anwendung findet.

Es wurde auch kritisch darauf hingewiesen, dass eine der wichtigsten Erhebungsquellen für Adresshändler (vor allem Online-)Gewinnspiele seien. Die jeweiligen Unternehmen befänden sich oft im Ausland und schützten als „Fakes“ nie Gewinne aus.

### **Stellungnahmen der Verbände**

#### ***Geschäftsmäßige Datenerhebung und -speicherung zum Zwecke der Übermittlung, § 29 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 Satz 2 BDSG***

*Die Änderungen in § 29 Absatz 1 und 2 sind notwendige redaktionelle Änderungen und Folgeänderungen, durch die die Änderungen in § 28 Absatz 3 bis 3b auch auf die geschäftsmäßige Datenerhebung und -verarbeitung übertragen werden.*

*Welche Auswirkungen zeigen die Verweise auf § 28 BDSG in der Praxis? Welche Besonderheiten ergeben sich hinsichtlich der oben unter Nr. 1 – 6 gestellten Fragen bei der geschäftsmäßigen Datenerhebung und -speicherung zum Zweck der Übermittlung?*

Die Antworten waren bei den Verbänden sehr uneinheitlich. DDV (und ZAW) berichteten z. B. von einem Umsatzrückgang von 50 - 60 %. Der BvD geht von einer Umgestaltung bzw. Aufgabe einiger Geschäftsmodelle aus. Andere Verbände berichteten vom Fehlen jeglicher signifikanter Auswirkungen, wie z. B. der VDZ. Viele Verbände berichteten auch, dass der Adresshandel in ihrer Branche keine Rolle spiele (z. B. GDV und DIHK).

Es wurde jedenfalls teilweise über die Rechtsunsicherheit bezüglich der Verweisung in § 29 Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 Satz 2 BDSG geklagt. Zum Teil wird angenommen, dass Adresshändler eigene Adressbestände seit der Novelle nur noch mit Einwilligung des Betroffenen generieren, nutzen und übermitteln dürfen. Es wird allerdings auch vertreten, dass § 29 insoweit keine speziellere Regelung treffen wollte und die Verweisung nur für die Ausgestaltung der Einwilligung Bedeutung habe.

### C. Fazit

Die Antworten der Aufsichtsbehörden und Verbände haben gezeigt, dass das Ziel der zweiten BDSG-Novelle grundsätzlich erreicht wurde. Die strukturellen Veränderungen im Rahmen der Novelle haben – auch in der Praxis – den Anfall von Daten gesenkt, ihren Schutz, soweit sie anfallen, gesteigert und die Transparenz für die Betroffenen sowie ihre Widerrufsrechte gestärkt. Die verbleibenden Probleme, auf die vor allem die Behörden hinweisen, beziehen sich vor allem auf Fälle von Rechtsverstößen. Diese müssen durch stärkere Kontrollen und Sanktionierungen der Datenschutzaufsichtsbehörden verringert werden. Legislative Abhilfemöglichkeiten wären hier nicht zielführend.

#### **Auswirkungen der europäischen Datenschutz-Grundverordnung**

Auf europäischer Ebene wird seit Anfang 2012 ein Entwurf der EU-Kommission für eine Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) verhandelt [*Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Warenverkehr*]. Ziel des Entwurfs ist die Schaffung eines „modernen, unionsweit einheitlichen Datenschutzrechts“ durch die Ersetzung der Richtlinie 95/46/EG, die auch Grundlage des Bundesdatenschutzgesetzes ist. Das übergeordnete Ziel des Entwurfs ist eine weitgehende Harmonisierung des Datenschutzes in der Europäischen Union.

Eine Verordnung ist gemäß Artikel 288 Absatz 2 Satz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Nationales Recht, das einer Verordnung entgegensteht, wird unanwendbar. Dies folgt bereits aus dem generellen Anwendungsvorrang des Unionsrechts gegenüber dem mitgliedstaatlichen Recht. Aus der Unmittelbarkeit der Geltung einer Verordnung ergibt sich, dass es keiner mitgliedstaatlicher Umsetzungs- oder Ausführungsakte oder verbindlicher Auslegungsregeln bedarf und diese auch unzulässig sind, wenn sie die unmittelbare Geltung der Verordnung berühren. Die Unanwendbarkeit nationaler Regelungen schließt nach Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes auch bloße Wiederholungen ein, da sie Unsicherheit über die Rechtsnatur der anwendbaren Vorschriften und über den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens hervorrufen können.

Der Rat der Europäischen Union hat im Juni 2014 beschlossen, bis zum Jahr 2015 einen soliden, allgemeinen Rahmen für den Datenschutz in der EU zu verabschieden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die endgültige Beschlussfassung über die Verordnung durch den Rat und das Europäische Parlament erst nach Abschluss des Trilogs mit der Kommission erfolgt. In diesem Zusammenhang setzt sich die Bundesregierung für den Erhalt des deutschen Datenschutzniveaus ein.

Unabhängig von seinem Inhalt wird dieser EU-Rechtsakt erhebliche Auswirkungen auf das nationale Datenschutzrecht haben. Im Entwurf der Kommission ist eine zweijährige Umsetzungsfrist vorgesehen, um den Mitgliedsstaaten die Bereinigung und Anpassung ihrer nationalen Rechtssysteme zu ermöglichen. Für das deutsche Datenschutzrecht bedeutet dies, dass sowohl das bereichsspezifische Datenschutzrecht als auch die datenschutzrechtlichen Grundentscheidungen des BDSG überprüft und gegebenenfalls angepasst werden müssen.

Die DS-GVO wird das Datenschutzrecht europaweit einheitlich regeln. Die DS-GVO wird auch den Adresshandel und die Werbung betreffen. So enthält der zurzeit im Rat diskutierte Entwurf in seinem Artikel 6 eine Rechtsgrundlage für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten, die auch für Werbung und Adresshandel gelten. Auch sind Regelungen zur Einwilligung, zum Widerspruchsrecht sowie zu umfangreichen Informationspflichten enthalten.

Ungeachtet fehlender fachlicher Erforderlichkeit wäre es nicht zielführend, während der laufenden Verhandlungen über die DS-GVO das nationale Datenschutzrecht zu novellieren, da noch nicht feststeht, wie die maßgeblichen europäischen Regelungen ausgestaltet sein werden. Sollte nach Verabschiedung der Verordnung im Bereich der Werbung und des Adresshandels ein mitgliedstaatlicher Spielraum verbleiben, so kann dessen konkrete Ausgestaltung erst im Lichte des genauen Wortlauts der Verordnung erfolgen.

