

**Antworten der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e.V.,  
Bonn**

**Vorbemerkung:**

*Seit der Neuregelung von Werbung und Adresshandel im Rahmen der BDSG-Novellierung im Jahr 2009 erhält die GDD regelmäßig Mitgliedsanfragen zu § 28 Abs. 3 BDSG. Zur Unterstützung der Datenschutzpraxis bei der Umsetzung der Neuregelungen hat die GDD im Jahr 2011 zudem die dritte, grundlegend überarbeitete Auflage ihres gemeinsam mit dem ZAW herausgegebenen Leitfadens zum Kundendatenschutz veröffentlicht.*

*Im Zusammenhang mit der Beratungstätigkeit, aber auch im Rahmen der Schulungsaktivitäten der GDD zeigt sich immer wieder, dass die Anwendung der Neuregelungen zur Werbung in den Unternehmen erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Die hoch abstrakte Regelung mit ihren vielfältigen Verweisungen und komplexen Detailanforderungen ist selbst für Juristen nur bei entsprechender Spezialisierung lesbar. Die Nichtjuristen unter den Datenschutzpraktikern bzw. die zur Anwendung der BDSG-Regelungen verpflichteten Fachabteilungen haben umso größere Schwierigkeiten mit dem Verständnis der Regelungen. Diese werden auch durch die seit der Novellierung veröffentlichten Praxisleitfäden einschlägig tätiger Organisationen bzw. entsprechende Empfehlungen der Aufsichtsbehörden kaum behoben. Die mangelnde Verständlichkeit der gesetzlichen Regelungen hindert die durchgängige Umsetzung der gesetzlichen Regelungen durch die Wirtschaft und führt zur Rechtsunsicherheit bei den Unternehmen, welche personenbezogene Werbung betreiben.*

*Anfragen zu § 29 BDSG erhält die GDD in deutlich geringerer Zahl, was auch damit zusammenhängen dürfte, dass die Regelungen in § 29 BDSG Stellen betreffen, deren Kerngeschäft in der Weitergabe personenbezogener Daten besteht, wie z.B. Auskunftsteien und Adresshändler. Solche Stellen verfügen aber häufig über ausreichend eigene Datenschutzexpertise bzw. arbeiten mit entsprechend spezialisierten Beratern zusammen.*

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

Der Düsseldorfer Kreis stellt in seinem Papier zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten für werbliche Zwecke (Stand: Dezember 2013) im Abschnitt 4.3 jedoch fest, dass die Bestätigung „im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang“ zur Einwilligung erfolgen muss, wobei ein Zeitraum von bis zu drei Monaten noch als angemessen angesehen wird. Es ist anzunehmen, dass sich die Praxis an dieser zeitlichen Vorgabe orientieren wird.

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

Dazu liegen der GDD keine näheren Informationen vor.

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

Insbesondere weil durch eine solche Verbindung von schriftlicher Bestätigung und Werbung Portokosten gespart werden können, ist anzunehmen, dass von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird. Dies gilt umso mehr,

seit das angesprochene Papier des Düsseldorfer Kreises die Zulässigkeit eines derartigen Vorgehens explizit feststellt (Abschnitt 4.3 des Papiers).

- 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?

Der elektronisch erteilten Einwilligung kommt in der Praxis erhebliche Bedeutung zu. Auf die Regelung wird insbesondere dann zurückgegriffen, wenn Einwilligungen in Werbung im Online-Bereich (z.B. bei Bestellung über einen Webshop) oder per Telefon (z.B. im Rahmen eines telefonischen Vertragsabschlusses) eingeholt werden. Hier ermöglicht § 28 Abs. 3a BDSG die Einholung einer rechtskonformen Einwilligung, ohne dass ein Medienbruch in dem Sinne erfolgen muss, dass der Betroffene noch eine Erklärung in Papierform abgeben muss.

Handelt es sich bei der einwilligenden Person um einen Kunden mit einem passwortgeschützten Online-Benutzerkonto („Mein Konto“), kann die jeweils abgegebene Einwilligung dort zur Einsicht vorgehalten und die Möglichkeit des Widerrufs unmittelbar über das Benutzerkonto eingeräumt werden. Daneben kommt der Versand des Einwilligungstextes bzw. eines entsprechenden Links per E-Mail in Betracht.

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

Auf verschiedenste Weise (Fettdruck, Kursivdruck, Unterstreichungen, Umrahmungen, gesteigerte Schriftgröße, andere Schriftart sowie Kombinationen aus diesen Gestaltungsmöglichkeiten).

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

Vgl. GDD/ZAW-Leitfaden zum Kundendatenschutz, 3. Auflage, Rdn. 279 ff., 382 ff. Zu möglichen branchenspezifischen Unterschieden können keine fundierten Aussagen gemacht werden.

## 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?

Das Ausmaß der Datenverarbeitung und -nutzung für Werbezwecke scheint weitgehend gleich geblieben zu sein.

- b) Bereitet die Begrenzung auf ein Gruppenmerkmal in § 28 Absatz 3 Satz 2 BDSG in der Praxis Probleme?

Der Großteil der Unternehmen, die von der GDD beraten wird, betreibt Werbung nach § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Alt. 1 BDSG, d.h. Eigenwerbung gegenüber Kunden bzw. Interessenten. Diese Stellen sind nach § 28 Abs. 3 Satz 3 BDSG zur „Zuspeicherung“ berechtigt. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll diese Regelung der verantwortlichen Stelle ermöglichen, 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. Eine Beschränkung auf lediglich ein die Gruppe bezeichnendes Selektionsmerkmal besteht insofern nicht.

Soweit Übermittlungen von personenbezogenen Daten für Werbezwecke Dritter betroffen sind, ist die Beschränkung auf ein Gruppenmerkmal nicht neu, sondern bestand bereits vor der Novellierung der Werberegelungen im Jahr 2009 (vgl. § 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3a) BDSG alte Fassung).

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

Davon ist nicht auszugehen.

Für Unternehmen, die Werbung gegenüber Verbrauchern (B2C-Werbung) betreiben, ist die Sonderregelung für allgemein zugängliche Verzeichnisse in § 28 Absatz 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG von untergeordneter Bedeutung, da

unternehmerisches Ziel nicht massenhafte gestreute, sondern der gezielte Versand von Werbung ist. Die für eine zielgerichtete Werbung benötigten Informationen, insbesondere Informationen zu einem potenziellen Produktinteresse des Adressaten, lassen sich allgemein zugänglichen Verzeichnissen im Sinne von § 28 Absatz 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG aber regelmäßig nicht entnehmen.

Etwas anderes gilt im Bereich der B2B-Werbung. Hier können insbesondere Branchenverzeichnisse eine interessante Informationsquelle darstellen. Über diese kann festgestellt werden, welche Personen einer bestimmten Berufsgruppe in einer bestimmten Region tätig sind, um spezifische berufsbezogene Werbung zu versenden. B2B-Werbung kommt aber regelmäßig eine geringere belästigende Wirkung zu als Werbung gegenüber Verbrauchern.

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

Für durchschnittliche mittelständische Unternehmen dürften sich die wirtschaftlichen Auswirkungen in Grenzen gehalten haben, da zum einen deren Werbemöglichkeiten im Wesentlichen erhalten geblieben sind (Möglichkeit der Bestandskundenwerbung gemäß § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG) und zum anderen auch der Anpassungsbedarf im Hinblick auf die Unternehmensprozesse begrenzt war.

Anderes mag gelten für Stellen, deren Kerngeschäft in der Weitergabe von Daten zu Werbezwecken besteht, insbesondere Adresshändler, bzw. verbundene Unternehmen, zwischen denen Marketingkooperationen bestehen.

### **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?

Nach den Erfahrungen der GDD wird von der Möglichkeit der Zuspeicherung rege Gebrauch gemacht. Insbesondere ist postalische Werbung für Unternehmen auch ein Kostenfaktor, so dass solche möglichst nur an Personen versandt werden soll, die Interesse an den beworbenen Produkten bzw. Dienstleistungen haben könnten. Die wenigsten Unternehmen wollen mit einer Werbeaktion ihren kompletten Kundenkreis ansprechen, so dass es entsprechender Selektionsmerkmale bedarf.

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

Vorwiegend dürfte es sich um Informationen zum bisherigen Kaufverhalten, Produktpräferenzen und ähnliche Informationen handeln.

#### **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)?

Es ist zweifelhaft, ob die Neuregelungen zur Werbung in § 28 Abs. 3 BDSG in der Praxis durchgehend Beachtung finden (vgl. Einleitung). Dies gilt auch für die Angabe der ersterhebenden Stelle im Zusammenhang mit der Datenübermittlung zu Werbezwecken (§ 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG). Sofern § 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG beachtet wird, hat die Pflicht zur Angabe der erstmalig erhebenden Stelle in der Werbung regelmäßig einen „dämpfenden“ Effekt auf die Stelle, die personenbezogene Daten für Werbezwecke anderer Stellen übermitteln möchte. Insbesondere wenn es sich um eine andauernde Geschäftsbeziehung handelt oder weitere potenzielle Vertragsabschlüsse mit dem Betroffenen im Raum stehen, wird der Adressgeber diesen nicht durch eine Übermittlung für Werbezwecke Dritter verärgern wollen, die sich auf ihn zurückführen lässt. Von dieser Möglichkeit machen allerdings Unternehmen des Adresshandels Gebrauch, die die Daten aus allgemein zugänglichen Verzeichnissen erhoben haben. Gleichzeitig wird damit der Verpflichtung nach § 28 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 BDSG nachgekommen.

- 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?

Eine einheitliche Formulierungsweise besteht nicht. Der Deutsche Dialogmarketing Verband (DDV) macht z.B. folgenden Formulierungsvorschlag: *Wenn Sie künftig unsere interessanten Informationen und Angebote nicht mehr erhalten möchten, können Sie bei uns der Verwendung Ihrer Daten für Werbezwecke widersprechen. Teilen Sie uns dies bitte möglichst schriftlich unter Beifügung des Werbemittels mit Ihrer Adresse mit. Ihre hier verwendete Adresse wurde von [NAME UND ORT DER ERSTMALIG ERHEBENDEN STELLE] erhoben.*

Deutscher Dialogmarketing Verband e.V., Datenschutznovellen 2009 - Auswirkungen auf das Dialogmarketing, Sept. 2009, S. 16.

Die Information erfolgt üblicherweise in der Fußzeile des Werbeanschreibens.

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

Dazu, inwiefern in der Praxis die notwendigen Speicherungen gemäß § 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG i.V.m § 34 Abs. 1a Satz 1 BDSG erfolgen, kann keine Aussage gemacht werden. Im Übrigen vgl. die Antwort auf die vorstehende Frage.

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

Konkrete Zahlen zur Entwicklung der Auskunftsbegehren liegen der GDD nicht vor. Auf Grund der Presseberichterstattung im Zusammenhang mit den „Datenschutzskandalen“ in den Jahren 2008 und 2009 und der nachfolgenden Gesetzesänderung scheint es aber zunächst vermehrt zu Auskunftersuchen gekommen zu sein. Insgesamt lässt sich feststellen, dass Begehren nach § 34 BDSG auf Grund des gestiegenen Datenschutzbewusstseins in der Bevölkerung seit Jahren eher zu als abnehmen.

## **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?

Die Instrumente der „Beipackwerbung“ und „Fremdwerbung“ werden von den Unternehmen in jedem Fall genutzt. Angaben zum konkreten Umfang der Nutzung können indes nicht gemacht werden. Bedeutung erlangen die genannten Instrumente insbesondere im Konzern- bzw. Unternehmensverbund. Auch Unternehmen des Adresshandels nutzen sie als Adressbroker, um werbende Unternehmen bzw. ihre Werbematerialien und passende Zielgruppenadressen zusammenzubringen.



Die Mehrzahl der kleinen und mittelständischen Unternehmen setzt diese Instrumente nicht ein, sondern konzentriert sich in der Regel auf die Eigenwerbung gemäß § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG gegenüber eigenen Kunden bzw. Interessenten.

- 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?

Ob die Neuregelung zu einer Reduktion der Fremdwerbung geführt hat, kann nicht beurteilt werden. In der Praxis wird von den Möglichkeiten des § 28 Abs. 3 Satz 5 BDSG häufig in Konzernkonstellationen bzw. durch verbundene Unternehmen Gebrauch gemacht. Die Zusendung von Fremdwerbung verbundener Unternehmen, evtl. sogar mit ähnlicher Firmierung, wird von den Betroffenen aber vielfach nicht so belästigend empfunden wie „echte“ Fremdwerbung.

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

Hierzu liegen der GDD keine Informationen vor. Festgestellt werden kann, dass es in der Praxis für Außenstehende kaum nachvollziehbar ist, auf Basis welcher Selektionen der Datenbestand für eine Werbung im Sinne von § 28 Abs. 3 Satz 5 BDSG zustande gekommen ist, wie viele Selektionsmerkmale also konkret verwendet wurden, um den Bestand an zu bewerbenden Personen aus dem Gesamtbestand auszufiltern.

Jedenfalls nach dem Wortlaut des § 28 Abs. 3 Satz 5 BDSG ist dessen Anwendbarkeit im Übrigen nicht auf Listendaten beschränkt. Im Hinblick auf ihre Einleitung („Unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des Satzes 2...“) liest sich die Vorschrift vielmehr so, als ob sie als einzige Voraussetzung neben einer Interessenabwägung die Erkennbarkeit der verantwortlichen Stelle aufstellt. Vgl. hierzu GDD/ZAW-Leitfaden zum Kundendatenschutz, 3. Auflage, Rdn. 343 ff.

- 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?

In der Praxis finden sich insbesondere folgende Gestaltungen:

- Einem eigenen (Werbe-)Anschreiben wird Werbematerial eines anderen Unternehmens beigelegt. Die verantwortliche Stelle ergibt sich insofern aus dem Absender des Anschreibens.
- Es wird nur fremdes Werbematerial versandt. Das Werbematerial wird mit einem Hinweis versehen wie z.B. „verantwortliche Stelle im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes“, „Diese Werbung wird versendet von ... / wird Ihnen zugesendet durch...“, „Absender dieses Schreibens ist ...“.

Die Anforderungen an die Benennung der Stelle, die für die Nutzung der Daten verantwortlich ist, werden inzwischen durch die Anwendungshinweise des Düsseldorfer Kreis zur Werbung (Stand: Dezember 2013), Abschnitt 3.12 konkretisiert. Es ist zu erwarten, dass sich die Praxis hieran ausrichten wird.

## 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?

Das Koppelungsverbot nimmt in der Praxis eine untergeordnete Rolle ein, denn nur wenige Unternehmen machen den Vertragsschluss davon abhängig, dass eine Einwilligung in Werbung erteilt wird. § 28 Abs. 3b BDSG begründet zudem kein generelles Kopplungsverbot, sondern verbietet die Verbindung von Einwilligungserteilung und Vertragsschluss nur dann, wenn dem Betroffenen ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich

ist. Existiert also auf dem Markt ein vergleichbares Vertragsangebot ohne Einwilligungserfordernis, greift § 28 Abs. 3b BDSG nicht ein.

In der Rechtsprechung der Zivilgerichte ist darüber hinaus nicht eindeutig, ob und unter welchen Bedingungen eine solche Koppelung die Wirksamkeit der Einwilligung verhindert.

## 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).

Die GDD hat ihre Mitglieder und Seminarteilnehmer darauf hingewiesen, dass seit der BDSG-Novelle 2009 der Hinweis auf den Werbewiderspruch, soweit die Daten aus einem rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnis stammen, auch schon bei Begründung desselben erfolgen muss. Die Vorverlagerung der Verpflichtung zum Hinweis auf den Werbewiderspruch sei insbesondere bei der Gestaltung von Bestell- und Antragsformularen zu beachten.

Vgl. hierzu den von GDD und ZAW gemeinsam herausgegebenen Leitfaden zum Kundendatenschutz von Gola/Reif, 3. Auflage, Rdn. 348 ff. (mit Formulierungsbeispiel).

- 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?

Sofern die Datenerhebung formularmäßig geschieht, wird die Information über die verantwortliche Stelle und das Widerspruchsrecht regelmäßig mit den Informationen nach § 4 Abs. 3 BDSG verbunden. Teilweise finden sich die betreffenden Informationen unmittelbar unter den Formularfeldern zur Datenerhebung (Name, Adresse etc.), teilweise folgen sie später auf der-

selben Seite. Auch nur ein Hinweis auf nähere Information in der Datenschutzerklärung oder sogar nur die Erwähnung in der Datenschutzerklärung wird verwendet. Die zusätzlich notwendige Information im Zusammenhang mit der späteren Werbung erfolgt regelmäßig in der Fußzeile des Werbeanschreibens.

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

Nach Einschätzung der GDD ist das Verbot, für den Widerspruch eine strengere Form zu verlangen als für die Begründung des Schuldverhältnisses, in der Praxis kaum bekannt. Insofern würde es nicht überraschen, wenn diese Regelung in der Praxis häufiger missachtet wird, indem z.B. Vertragsschlüsse auch telefonisch erfolgen, der Betroffene bei eingehenden telefonischen Werbewidersprüchen dann aber aus „Dokumentationsgründen“ o.Ä. auf den Schriftweg verwiesen wird.

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

Hierzu liegen der GDD keine Zahlen vor.

## **8. 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?

In der Praxis herrscht nach wie vor Unklarheit, wie sich die in § 29 Abs. 1, 2 BDSG enthaltenen Verweise auf § 28 BDSG auswirken. Zum Teil wird vertre-

ten, dass Adresshändler eigene Adressbestände seit der Novellierung nur noch mit Einwilligung des Betroffenen generieren, nutzen bzw. übermitteln können. Zur Begründung wird angeführt, dass § 29 BDSG bzgl. der Speicher-, Nutzungs- und Übermittlungsbefugnis auf § 28 Abs. 3 BDSG verweise und die Verweise *leges speciales* gegenüber den übrigen in § 29 BDSG enthaltenen Regelungen seien. Die Ausnahmen in § 28 BDSG hätten aber nur die Werbung zum Gegenstand, nicht auch den Adresshandel; insofern könne auch § 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG keine Übermittlungen an diesen legitimieren.

Vgl. Wronka, RDV 2009, 247; RDV 2010, 159; ebenfalls pro Einwilligungserfordernis z.B. LfD Niedersachsen, XX. Tätigkeitsbericht (2009-2010), S. 43.

Eckhardt, DuD 2009, 587; Taeger in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Kommentar zum BDSG, § 28 Rdn.193; Gola/Schomerus, BDSG, 11. Auflage, § 29 Rdn. 36a.

Demgegenüber steht die Auffassung, dass den Verweisen in § 29 BDSG keine Spezialität zukommt und die Verweise praktische Auswirkung nur für die Gestaltung der Einwilligung haben. § 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG sei quasi bedeutungslos, wenn er nur nicht-geschäftliche Übermittlungen ohne Wiederholungsabsicht rechtfertigen würde. Im Rahmen des Verweises des § 29 Abs. 2 BDSG sei der Begriff der Werbung in § 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG „autonom, also nach der Begriffsbestimmung des § 29 BDSG auszulegen“.

Vgl. Hanloser, RDV 2010, 155. Der Auffassung, dass sich durch die Neugestaltung des Listenprivilegs für Adresshändler nichts geändert habe, ist auch Meltzian (DB 2009, 2643).

Eine einheitliche Position der Aufsichtsbehörden zu der Frage existiert nicht.