

Kundendatenschutz

Leitfaden für die Praxis

Herausgegeben von

der Gesellschaft für Datenschutz und
Datensicherung e.V., Bonn

und

dem Zentralverband der deutschen
Werbewirtschaft e.V., Berlin

mit Unterstützung durch

den Deutschen Industrie- und
Handelskammertag e.V., Berlin

2006

Kundendatenschutz

Leitfaden für die Praxis, 1. Auflage, 2006

Herausgeber: Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft e.V.
(ZAW) und
Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherung e.V. (GDD)

- Alle Rechte vorbehalten -

© 2006 Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft e.V. (ZAW)
Am Weidendamm 1A • 10117 Berlin

Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherung e.V. (GDD) Pari-
ser Str. 37 • 53117 Bonn

Nachdruck und Vervielfältigung jeder Art sind nur mit ausdrückli-
cher Genehmigung des ZAW bzw. der GDD gestattet.

Verlag edition ZAW
ISBN 3-931937-37-2

Vorwort

Die persönliche Ansprache des zielgruppengerechten Konsumenten durch die Anbieter von Waren oder Dienstleistungen gehört zu den effizientesten Mitteln der Kundengewinnung und -bindung. Allerdings: Nicht alles, was technisch möglich ist - und betriebswirtschaftlich vielleicht durchaus interessant erscheint - lässt sich auch einwandfrei realisieren. Der Grund liegt in den engen rechtlichen Grenzen, die zahlreiche Gesetze - z.B. das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb oder das Bundesdatenschutzgesetz - dem Gestaltungs- und Variantenreichtum von Direktmarketingmaßnahmen setzen.

Die vorliegende Schrift soll zum einen einen praxisorientierten Überblick vermitteln: über rechtmäßige Maßnahmen, aber auch unerlaubte Aktionen, über die Rechtspositionen des umworbenen Kunden als dem sog. „Betroffenen“ und über die bestehenden Kontrollmechanismen. Zum anderen soll sie - und das ist das eigentliche Anliegen der beiden Herausgeberorganisationen - Hilfestellung denjenigen Unternehmen bieten, die das Medium der Direktwerbung und Methoden des Customer Relationship Managements in ihre Vertriebsstrukturen integriert haben. Eine Betrachtung der Darstellung mit wissenschaftlichen Diskussionen und entsprechenden Nachweisen wurde bewusst vermieden. Die angegebenen Fundstellen sind keine erschöpfenden Nachweise von Gerichtsentscheidungen und Literaturmeinungen sondern stellen nur eine - allerdings für entscheidungserheblich gehaltene - Auswahl dar.

Die Arbeit nimmt nicht für sich in Anspruch, vollständig und abschließend die Praxis abzubilden oder alle Rechtsfragen erschöpfend zu behandeln. Sie beschränkt sich vielmehr auf die Beschreibung typischer Abläufe, Fallgestaltungen und rechtlicher Probleme und will damit auch die Möglichkeit einer „Parallelwertung“ anderer vergleichbarer, hier ausdrücklich nicht angesprochener Verfahren eröffnen.

*Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW
Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherung GDD*

April 2006

Inhaltsverzeichnis

Kapitel I: Kundendatenschutz - Worum geht es?	9
1. Daten als Grundlage der Kundenbeziehung	9
2. Die Datenschutzregeln des BDSG	11
2.1 Die informationelle Selbstbestimmung	11
2.2 Der Anwendungsbereich des BDSG	12
2.3 Transparenz gegenüber dem Betroffenen	14
2.4 Fazit	15
3. Datenschutz und unlauterer Wettbewerb	15
3.1 Wettbewerbswidrige Kundenansprache	15
3.2 Wechselbeziehungen zwischen UWG und BDSG	19
Kapitel II: Wie kann man in Kontakt mit Kunden treten?	23
1. Daten als Ausgangsbasis	23
2. Die rechtliche Situation	24
3. Grundsatz der Direkterhebung	25
4. Folgen fehlender oder unvollständiger Information	28
5. Allgemeine Ansprache mit Responseelementen	28
6. Auswertung allgemein zugänglicher Quellen	31
7. Erwerb der Daten von Dritten	32
7.1 Adresshandel	32
7.2 Bewertung der Kaufkraft des potenziellen Kunden	39
7.2.1 Allgemeines	39
7.2.2 Aussortieren durch Waschabgleich	39
7.2.3 Bewertung mit Hilfe soziodemografischer Daten	40
8. Die Kontaktaufnahme per Online-Kommunikation	41
8.1 Der Ablauf der Online-Kommunikation	41
8.2 Erhebung im Internet - Inhaltsebene	43
8.3 Erhebung zur/bei der Nutzung von Onlinediensten - Diensteebene	48
8.4 Informationspflichten	53

Kapitel III: Wie können Kundendaten zur Werbung eingesetzt werden?	57
1. Die Interessen von Werbungtreibenden und Umworbenen ..	57
2. Briefwerbung/Mailings	59
2.1 Die informierte Duldung	59
2.2 Information über die „verantwortliche Stelle“	61
2.3 Ausübung des Widerspruchs	62
2.4 Handlungspflichten des Unternehmens.....	63
2.5 Die Robinsonliste	65
3. Telefon-, Fax- und E-Mailwerbung	65
3.1 Allgemeines	65
3.2 Werbung per Telefon	66
3.3 Werbung per Fax.....	70
3.4 Werbung per E-Mail	71
3.5 Robinsonlisten.....	71
4. Vertreterbesuche	72
Kapitel IV: Welche Daten werden für den Vertrag mit dem Kunden benötigt?	73
1. Die Zweckbestimmung des Vertrages	73
2. „Nebenbei“ mitgeteilte Daten	74
3. Daten zur Identifikation des Kunden	75
4. Bezahlung mittels EC-Karte	77
5. Storno und Umtausch.....	77
6. Kommunikationsdaten	79
7. Daten zur Bonität des Kunden	80
7.1 Die Berechtigung zur Überprüfung der Kreditwürdigkeit.....	80
7.2 Interne und externe Warndateien	81
7.3 Auskunftfeien	82
7.4 Bewertung durch Scoring	85
7.5 Soziodemografische Adressenbewertung	89

Kapitel V: Welche Daten können zur Fortsetzung der Kundenbeziehung genutzt werden?91

1. Die Löschungs- und Sperrungspflichten nach Wegfall der Zweckbestimmung..... 91
2. Die Möglichkeit der Zweckerweiterung oder -änderung93
3. Mehr Wissen über den Kunden.....95
 - 3.1 Neue Methoden der Zielgruppenfindung 95
 - 3.2 Verbraucherscoring/soziodemografische Bewertung.....95
 - 3.3 Datawarehouse/Datamining97
 - 3.4 Profilbildung.....97
4. Wie erhalte ich die Kundenbeziehung?..... 98
 - 4.1 Customer Relationship Management (CRM)98
 - 4.2 Kundenkonto99
 - 4.3 Kundenkarten100
5. Schutz vor unerwünschten Kunden durch Videoüberwachung103

Kapitel VI: Wann dürfen Kundendaten weitergegeben werden?.....107

1. Allgemeines107
2. Inanspruchnahme von Dienstleistern/ Auftragsdatenverarbeitung107
3. Weitergabe von Kundendaten an Stellen im Ausland.....110
 - 3.1 Freier Datenfluss innerhalb der EU..... 110
 - 3.2 Weitergabe in Drittländer110
4. Inkassounternehmen112
5. Adressvalidierung113
6. Eigenwerbung mit Kundendaten115
 - 6.1 Allgemeines.....115
 - 6.2 Verwendung von Kundenbildern zu Werbezwecken.....115
 - 6.3 Sonstige Formen der Werbung mit Kundendaten117

Kapitel VII: Welche Rechte kann der Betroffene geltend machen?	119
1. Unabdingbare Rechtspositionen	119
2. Transparenzrechte	119
2.1 Information bei der Direkterhebung	119
2.2 Benachrichtigung	119
2.3 Auskunft	123
2.4 Einsicht in das Verzeichnissverzeichnis	124
3. Gestaltungsrechte	126
3.1 Allgemeines	126
3.2 Berichtigung	127
3.3 Löschung	127
3.4 Sperrung	127
3.5 Allgemeines Widerspruchsrecht	128
Kapitel VIII: Wer achtet auf die Einhaltung der Spielregeln?	131
1. Ein komplexes Kontrollsystem	131
2. Der Kunde	131
3. Die Aufsichtsbehörde	135
4. Mitbewerber, Wettbewerbs- und Verbraucher-verbände... ..	135
5. Staatsanwaltschaft/Gericht	137
6. Datenschutzbeauftragter	138
Abkürzungsverzeichnis	141
Stichwortverzeichnis	143

Kapitel I: Kundendatenschutz - Worum geht es?

1. Daten als Grundlage der Kundenbeziehung

Kundengewinnung und **Kundenbindung** sind für jedes Unternehmen existenzielle Fragen. Bei den hierzu beschrittenen Wegen ist jedoch der Konflikt mit dem Datenschutz häufig nicht fern¹.

1

So mag der Versender von Dritte-Welt-Waren, der Adressen der Käufer einer Blindenwerkstatt in der Hoffnung erworben hatte, hier eine karitativ eingestellte Kundschaft ansprechen zu können, nicht damit gerechnet haben, anschließend in eine Auseinandersetzung mit der Datenschutzaufsichtsbehörde verwickelt zu werden, die den Erwerb der Daten als rechtswidrig beurteilte².

2

Auch wenn es auf den ersten Blick nur um Adressen ging: Es handelt sich um vom Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) geschützte **personenbezogene Daten**. Dazu zählen nicht nur qualifizierte, den Betroffenen besonders kennzeichnende Angaben sondern auch so banale Merkmale wie Anschrift oder Telefonnummer. Hier kam jedoch mit besonderer Relevanz die Klassifizierung des Adresseninhabers als Blindenwarenkäufer hinzu.

3

BDSG

§ 1 Abs. 1: Zweck dieses Gesetzes ist es, den Einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird.

§ 3 Abs. 1: Personenbezogene Daten sind Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer Person (Betroffener).

Ähnlich ging es dem Inhaber eines Auktionshauses, dem die Versteigerung des Inventars eines insolventen Bauunternehmens

4

¹ Podlech/Pfeifer, Die informationelle Selbstbestimmung im Spannungsfeld zu modernen Werbestrategien, RDV 1998, S. 139.

² Vgl. Hamburgischer Datenschutzbeauftragter, 5. Tätigkeitsbericht (1987), S. 106.

übertragen war. Nachdem er sich die Faxnummern der Bauunternehmen der Region verschafft hatte, lud er diese per **Fax** zu der lukrative Schnäppchen bietenden Versteigerung ein. Dass er anschließend auf Grund der Klage eines seiner potenziellen Kunden zur Unterlassung derartiger Werbung und zur Übernahme der angefallenen Gerichts- und Anwaltskosten verurteilt werden würde³, hatte er wohl nicht vorausgesehen. Unzulässig war diese Art der werblichen Ansprache u.a. wegen der unzumutbaren **persönlichkeitsrechtswidrigen Belästigung** durch die Werbung.

5

Zielgerichtetes Marketing setzt voraus, dass man seine Kunden kennt und ihnen ihren Bedürfnissen entsprechende Angebote machen kann. Hierzu dient z.B. die Ausgabe von **Kundenkarten**. Gegen Gewährung eines (geringfügigen) Rabatts, von Prämien oder sonstigen Sonderkonditionen erhält das Unternehmen Kenntnis vom **Konsumverhalten** seiner Kunden und damit wichtige Hinweise für sein Produktangebot und seine Vertriebsstrategien. Nicht verwundern sollte die Zahl der Unternehmen, die sich nach Einführung solcher Karten in datenschutzrechtliche Auseinandersetzungen - vornehmlich mit Verbraucherschutzorganisationen - verstrickt sahen⁴. Erforderlich ist nämlich, dass der Kunde weiß, worauf er sich einlässt und erst nach vollständiger Information über die Verwendung seiner Daten seine Bereitschaft zur entsprechenden Nutzung erklärt.

6

Insoweit nicht nur datenschutz- sondern zugleich auch wettbewerbswidrig ist es, wenn der Kunde bewusst über die eigentlichen Zwecke der Verwendung seiner Daten getäuscht wird, so z.B. wenn ein Unternehmen unter Vorspiegelung einer **Markt- und Meinungsumfrage** in Wirklichkeit Werbung für ein bestimmtes Produkt macht oder dem Betroffenen Daten entlocken will, die anderen Werbungtreibenden für Marketingzwecke zur Verfügung gestellt werden sollen.

7

Schließlich hilft es auch nicht immer weiter, wenn man auf „Nummer Sicher“ gehen will und die **Einwilligung** des Kunden

³ Vgl. OLG Hamm vom 18.01.2005 - 4 U 126/04 -, RDV 2005, S. 118.

⁴ Zur Praxis der AGB-Verbandsklage vgl. Heidemann-Peuser, Rechtskonforme Ausgestaltung von Datenschutzklauseln, DuD 2002, S. 389.

zu der beabsichtigten Verwendung seiner Daten einholt. Bescheinigen lassen musste sich das der Veranstalter eines Sweepstakes, dessen Teilnahmebedingungen die **Veröffentlichung** von Name und **Bild**⁵ der Gewinner vorsah. Das Gericht erkannte hierin eine mit dem Recht der **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** nicht zu vereinbarende pauschale Ermächtigung zum Eingriff in das Persönlichkeitsrecht⁶.

2. Die Datenschutzregeln des BDSG

2.1 Die informationelle Selbstbestimmung

Das Bundesverfassungsgericht⁷ geht davon aus, dass grundsätzlich jeder selber darüber bestimmen soll, wer durch die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten Wissen über ihn ansammelt. Der Gesetzgeber hat daher den Umgang mit personenbezogenen Daten unter ein **Verbot mit Erlaubnisvorbehalt** gestellt (§ 4 Abs. 1 BDSG). Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist danach grundsätzlich verboten und nur gestattet, wenn

- sich eine gesetzliche Erlaubnisregelung findet *oder*
- der Betroffene (= Kunde) in der gesetzlich vorgeschriebenen Art und Weise eingewilligt hat.

Erlaubnis- aber auch Verbotsregelungen können sich aus Vorschriften ergeben, die die Nutzung von Kundendaten speziell regeln (so z.B. im Handels-, Gewerbe- oder Steuerrecht). Ansonsten erlaubt aber auch das BDSG selbst unter bestimmten Voraussetzungen die Verarbeitung von Kundendaten zu Marketingzwecken (§§ 28, 29 BDSG).

Findet sich kein gesetzlicher Erlaubnistatbestand für die beabsichtigte Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung, so ist die Einholung einer **Einwilligung** erforderlich, d.h. eine in voller Kenntnis der beabsichtigten Verarbeitungen freie und jederzeit widerrufliche,

⁵ Vgl. zur Werbung mit Kundenbildern nachstehend Rdnr. 261 ff.

⁶ OLG Karlsruhe, Urteil vom 17.07.1987- 14 U 234/85 -, RDV 1988, S. 146.

⁷ BVerfG, Urteil vom 15.12.1983 - 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, BVerfGE 65, S. 1.

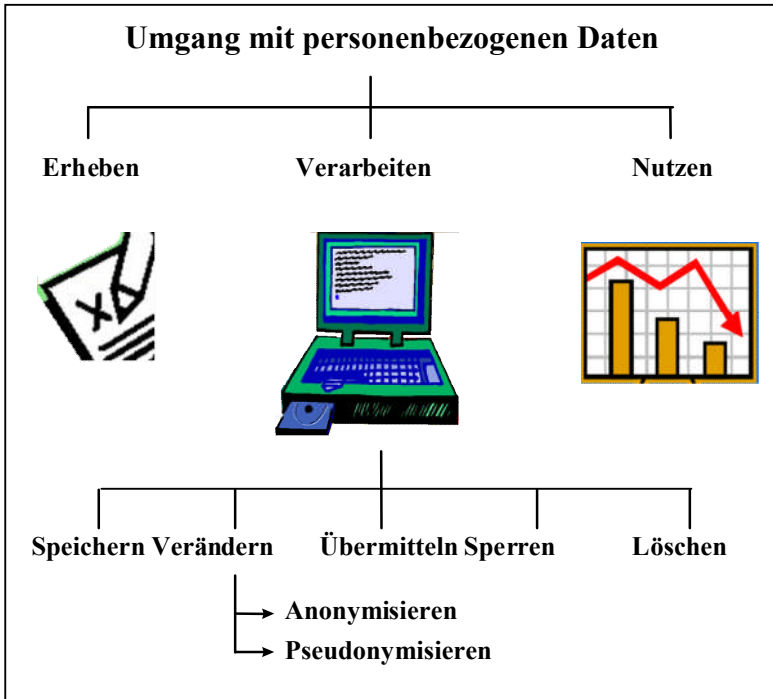
in der Regel schriftlich abzugebende Erklärung des Betroffenen (§ 4a Abs. 1 BDSG).

§ 4a Abs. 1 BDSG: Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht. Er ist auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung sowie, soweit nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich oder auf Verlangen, auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie besonders hervorzuheben.

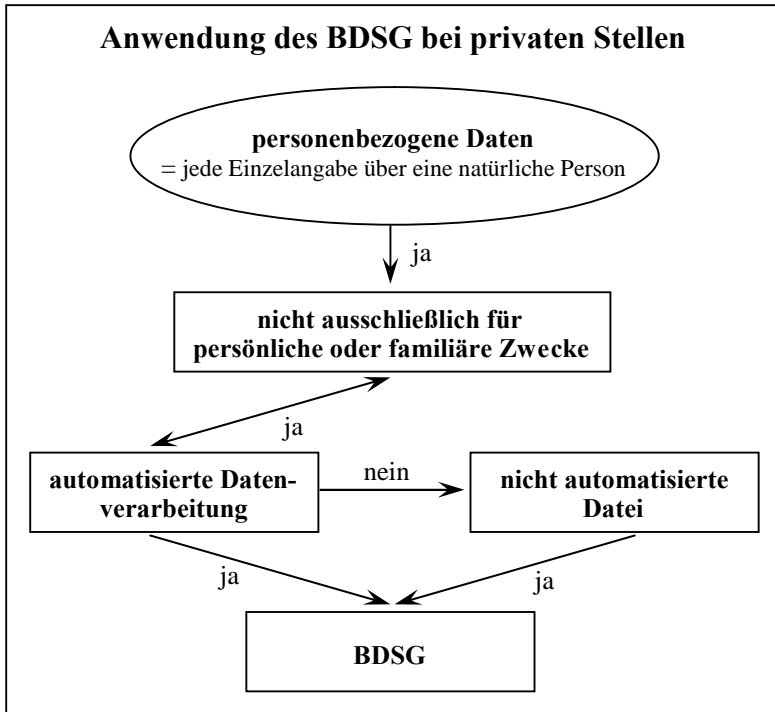
- 11 Eine Einwilligung sollte aber nur dann eingeholt werden, wenn kein gesetzlicher Verarbeitungstatbestand vorhanden ist, da ansonsten bei dem Betroffenen der Eindruck entsteht, dass die Verarbeitung gänzlich im Rahmen seines informationellen Selbstbestimmungsrechts liegt und damit gegebenenfalls durch den Widerruf der Einwilligung wieder beendet werden kann.

2.2 Der Anwendungsbereich des BDSG

- 12 Das BDSG reglementiert nicht nur die *Verarbeitung* im eigentlichen Sinne, d.h. das Speichern, Verändern (hierzu gehört auch das Pseudonymisieren und das Anonymisieren), Übermitteln, Sperren und Löschen von personenbezogenen Daten (§ 3 Abs. 4 BDSG), sondern auch die vorgelagerte Phase des *Erhebens* (Beschaffens) und die nachgelagerte Phase des *Nutzens* (interne Verwendung gespeicherter Daten). Dabei steht jede dieser Phasen unter dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, d.h., sie ist gegebenenfalls gesondert auf ihre Zulässigkeit zu prüfen. Andererseits ist die Erhebung, Speicherung und gegebenenfalls Übermittlung aber häufig auch durch die gleiche Zweckbestimmung legitimiert.



Die Regelungen des BDSG stellen im Wesentlichen auf die durch die Möglichkeiten *automatisierter Verarbeitung* eintretenden Gefahren ab. Seine Regelungen greifen im Bereich der Privatwirtschaft daher nur, wenn die Daten entweder automatisiert (d.h. unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen) oder aber zumindest in einer Auswertungen zulassenden Struktur (*Datei*) verarbeitet werden. Ausgenommen sind Verarbeitungen, die ausschließlich privaten oder familiären Zwecken dienen.



2.3 Transparenz gegenüber dem Betroffenen

14

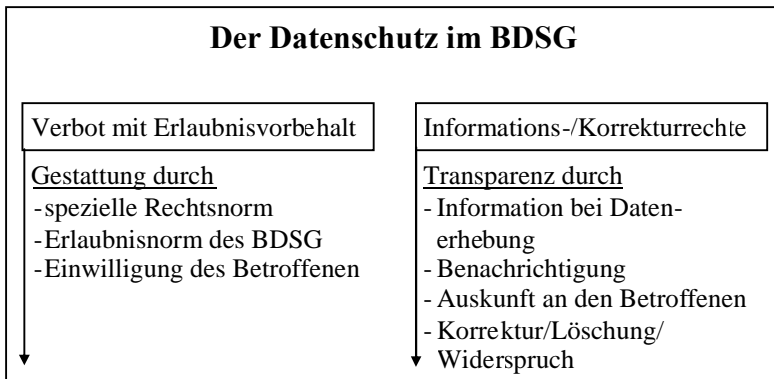
Das BDSG verlangt *Transparenz* für den Kunden⁸. Der Kunde muss informiert werden, von wem welche Arten von Daten für welche Zwecke verarbeitet werden. Dies gilt bei der Datenerhebung beim Betroffenen (§ 4 Abs. 3 BDSG), der Speicherung von nicht beim Betroffenen erhobenen Daten (§ 33 Abs. 1 BDSG) ebenso wie bei der Einwilligung (§ 4a Abs. 1 BDSG). Will der Kunde Kenntnis über die Daten im Einzelnen haben, steht ihm ein Recht auf *Auskunft* zu (§ 34 BDSG). Bei unrichtigen oder unzulässigen Verarbeitungen kann er *Korrekturrechte* (§ 35 BDSG) geltend machen.

⁸ Vgl. im Einzelnen nachstehend Rdnr. 269 ff.

2.4 Fazit

Gewährleistet wird das *Persönlichkeitsrecht* des Betroffenen somit zum einen dadurch, dass die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung seiner Daten entweder durch ein Gesetz oder von ihm selbst „freigegeben“ sein muss. Zum anderen sollen keine Verarbeitungen „hinter dem Rücken“ des Betroffenen stattfinden, weshalb das BDSG den verantwortlichen Stellen umfassende Informations- und Transparenzpflichten auferlegt.

15



Werden die Kontakte mit dem Kunden im Rahmen des *E-Commerce* über das Internet hergestellt, so wird der Datenschutz noch durch die speziellen Regelungen des Teledienste- und des Teledienste-Datenschutzgesetzes (TDG, TDDSG) sichergestellt⁹.

16

3. Datenschutz und unlauterer Wettbewerb

3.1 Wettbewerbswidrige Kundenansprache

Auf die Möglichkeiten zur Gewinnung neuer Kunden geht auch das *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* ein. Dabei steht häufig die Art und Weise der Aufnahme des Kundenkontakts im Blickpunkt - sei es, dass der Interessent/Kunde über die wahren Absichten getäuscht wird, sei es, dass er „über den Tisch

17

⁹ Vgl. im Einzelnen nachstehend Rdnr. 84 ff.

gezogen“ werden soll oder dass er sich in unzumutbarer Weise belästigt sieht.

UWG

§ 2 Abs. 1 Nr. 1: Wettbewerbshandlung (ist) jede Handlung einer Person mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder die Erbringung oder den Bezug von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern.

§ 3: Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, sind unzulässig.

§ 7 Abs. 1: Unlauter im Sinne von § 3 handelt, wer einen Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt.

18 Beispiele unlauteren Handelns zählen die §§ 4 bis 7 UWG auf. Dazu gehören etwa:

- 19 - **Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit durch Ausübung von Druck (§ 4 Nr. 1 UWG):** Hierunter kann z.B. das sog. „*Anreißen*“ von Kunden fallen, d.h. das gezielte Ansprechen von Passanten an öffentlichen Orten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Werbende zunächst als solcher nicht erkennbar ist und der Angesprochene sich auch nicht sofort dem Gespräch entziehen kann. Auch ein „übertriebenes Anlocken“ durch das Versprechen von Zusatzleistungen kann hierunter fallen. Dies ist dann der Fall, wenn die Art der Zusatzleistung die Rationalität der Nachfragenscheidung verdrängt¹⁰.

¹⁰ Noch keine Bedenken hatte das OLG Hamburg dagegen (Urteil vom 10.04.2003 - I ZR 291/00 -, NJW 2003, S. 3197), dass bei Begründung einer zweijährigen Mitgliedschaft in einem Buchklub fünf Bücher unentgeltlich überlassen werden. Der BGH (Urteil vom 09.06.2004 - I ZR 187/02 -, EWiR 2004, S. 841) sah in der Werbung eines Fahrschulunternehmens, nach der

- **Ausnutzen der Unerfahrenheit von Kindern (§ 4 Nr. 2 UWG):** Beispielsweise ist die Erhebung von Daten von Kindern als Mitglieder eines Kinder-Automobil-Clubs durch einen Autohersteller zwecks frühzeitiger Kundenbindung ohne Einwilligung der Eltern unzulässig¹¹.

20
- **Verschleierung des Werbecharakters der Wettbewerbshandlung (§ 4 Nr. 3 UWG):** Dies ist z.B. dann der Fall, wenn Daten unter Vorspiegelung einer Meinungsumfrage zu Werbezwecken erhoben werden sollen¹² oder wenn Teilnehmer eines angeblichen Preisausschreibens zu einer Gewinnausgabe eingeladen werden und es sich tatsächlich um eine Verkaufsveranstaltung handelt.

21
- **Verschleierung der Teilnahmebedingungen bei Preisausschreiben oder Gewinnspielen mit Werbecharakter (§ 4 Nr. 5 UWG):** Soll der Gewinner eines Wettbewerbs zu Werbezwecken mit Bild - auch Fotos können personenbezogene Daten i.S. des BDSG sein - veröffentlicht werden, genügt ein Hinweis in den AGB nicht¹³.

22
- Unabhängig von derartigen Fallkonstellationen handelt unlauter, wer Marktteilnehmer *in unzumutbarer Weise belästigt* (§ 7 Abs. 1 UWG). Eine derartige Belästigung kann etwa in einem Eindringen in die Individualsphäre durch „offensives“ Ansprechen auf der Straße oder durch einen unerbetenen Telefonanruf (sog. *cold call*) liegen. Für die Wettbewerbswidrigkeit bestimmend¹⁴ ist dabei nicht nur das Gewicht der Belästigung im kon-

23

jeder Fahrschüler zur bestandenen Prüfung einen Gutschein in Höhe von 250 € für einen Fahrzeugkauf in einem bestimmten Autohaus erhalte, ebenfalls noch kein unlauteres Wettbewerbsverhalten.

¹¹ OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 30.06.2005 - 6 U 168/04 -, RDV 2005, S. 270.

¹² OLG Köln, Urteil vom 22.11.1991 - 6 U 103/91 -.

¹³ OLG Karlsruhe, Urteil vom 17.07.1987 - 14 U 234/85 -, RDV 1988, S. 146.

¹⁴ So der BGH für das sog. „Anreißen“ von Kunden (Urteil vom 01.04.2004 - I ZR 227/01 -, RDV 2004, S. 218) oder unerbetene telefonische Ansprache

kreten Einzelfall sondern auch der Grad der Belästigung, der bei einem Umsichgreifen der Werbemethode eintreten würde. Für den Fall unerbetener telefonischer Kundenwerbung wird diesem Aspekt in § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG Rechnung getragen.

24 Unter verschiedenen der genannten Aspekte kann auch die Gewinnung von Kunden im Rahmen sog. **Laien- oder Freundschafstwerbung** unzulässig sein. Kunden zur Gewinnung neuer Kunden anzuleiten, ist zwar nicht generell unzulässig. Dies gilt insbesondere für Branchen, in denen diese Werbeform üblich ist, wie z.B. im Zeitschriftenhandel, im Bausparwesen oder im Rahmen sog. Sammelbestellungen. Jedoch können die Begleitumstände zur **unsachlichen Beeinflussung** und **unzumutbaren Belästigung** des Umworbenen führen.

25 Letzteres ist etwa dann anzunehmen, wenn gegen Zahlung einer - unverhältnismäßigen - Prämie private Beziehungen kommerzialisiert werden sollen und der Betroffene in seiner Privatsphäre - gegebenenfalls verdeckt - ausgeforscht wird oder in eine „Zwangssituation“ gerät, weil er seinem Freund, Nachbarn oder Arbeitgeber nicht ohne weiteres etwas abschlagen möchte. Diese Situation kann auch eintreten, wenn ein Unternehmen einen ihm benannten Interessenten „auf Empfehlung“ seines Kunden anspricht¹⁵. Unzulässig kann die Einschaltung des Laien auch sein, wenn der Laie mangels Sachkenntnis keine hinreichende Produktinformation geben kann¹⁶. Insoweit besonders problematische „**verdeckte Laienwerbung**“ liegt vor, wenn der Kunde Adressen

selbst für den Fall, dass in anderer Sache bereits Vertragsbeziehungen bestehen (zuletzt OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 21.07.2005 - 6 U 175/04 -, RDV 2005, S. 269).

¹⁵ Vgl. Urteil des OLG Karlsruhe vom 12.07.1995 - 4 W 45/95 -, RDV 1997, S. 33: „Wird von einem Zeitungsverlag eine Prämie für die Mitteilung von Nichtbeziehem seiner Zeitung ausgelobt, denen er sodann „auf Empfehlung“ des Informanten ein Probeabonnement anbietet, so verstößt dies unter dem Gesichtspunkt unzulässiger Laienwerbung gegen § 1 UWG und ist zudem irreführend gemäß § 3 UWG.“

¹⁶ Vgl. zur unzulässigen Aktion einer Krankenkasse „Mitglieder werben Mitglieder“, wobei für 30 neue Mitglieder eine Reise im Wert von 1000,- DM ausgelobt war: OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.03.2000 - 20 U 66/99 -, WRP 2000, S. 1191.

von Dritten ohne deren Einverständnis weitergibt und bereits dafür oder bei Gewinnung des Neukunden eine nennenswerte Provisionszahlung oder eine sonstige ins Gewicht fallende Belohnung erhält.

Richtet ein Automobilhändler an Käufer der von ihm vertriebenen Fahrzeuge brieflich die Aufforderung, ihm die Adressen anderer potenzieller Kaufinteressenten mitzuteilen, und verbindet er diese Aufforderung mit dem Versprechen, die Mitteilung den eventuellen Interessenten bei der werblichen Ansprache zu verschweigen und dem Informanten im Falle des Zustandekommens eines Kaufvertrages eine Geldprämie von 100,- DM zu zahlen, so ist dies unter mehreren Gesichtspunkten - in erster Linie wegen der damit angestrebten Laienwerbung in verdeckter Form - in Würdigung der Gesamtumstände sowie der bestehenden Nachahmungsgefahr wettbewerbswidrig i.S.d. UWG¹⁷.

26

3.2 Wechselbeziehungen zwischen UWG und BDSG

Bei den aufgezeigten Beispielen unlauteren Wettbewerbs handelt es sich regelmäßig gleichzeitig um einen Verstoß gegen das BDSG. Dies ergibt sich daraus, dass der potenzielle Kunde entgegen den **Transparenzpflichten** des BDSG über die Zweckbestimmung der Datenerhebung nicht hinreichend informiert bzw. durch die Art und Weise der Datenerhebung in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt wird.

27

Hat ein Unternehmen Kundendaten eines Mitbewerbers „unter der Hand“¹⁸ von einem Mitarbeiter der Konkurrenz erworben, so kann zum einen der Konkurrent die **Löschung** der Daten verlangen; ein Löschungsrecht bezüglich rechtswidrig übermittelter Daten steht zum anderen aber auch dem Betroffenen zu. Allgemein gesprochen: Unter Verstoß gegen das UWG erfolgte Da-

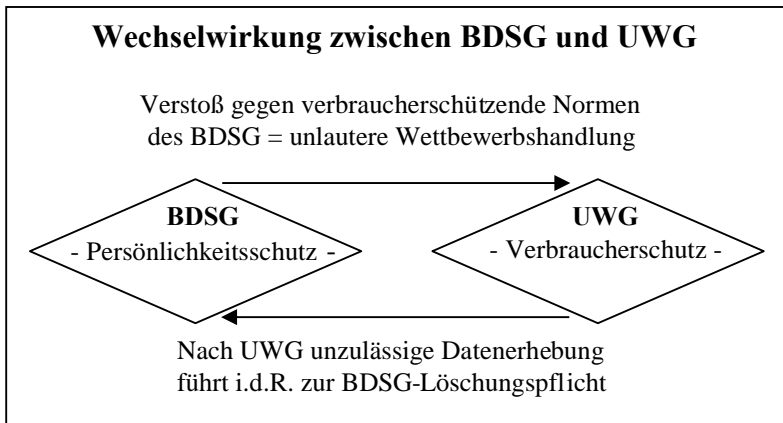
28

¹⁷ BGH, Urteil vom 14.05.1990 - I ZR 2004/90 -, DB 1992, S. 646 = NJW 1992, S. 2419 = RDV 1993, S. 124.

¹⁸ Dieser Verrat von Geschäftsgeheimnissen ist untersagt und strafrechtlich sanktioniert (§ 17 UWG).

tenerhebungen oder -verarbeitungen können auch ein Verarbeitungsverbot nach dem BDSG zur Folge haben¹⁹.

- 29 Ein unlauteres Handeln kann schließlich darin liegen, dass Dienstleistungen angeboten werden, deren Durchführung einen Datenschutzverstoß indiziert. So räumte das OLG Düsseldorf²⁰ einem Wettbewerber einen Unterlassungsanspruch gegenüber einem Dienstleistungsunternehmen ein, das die Archivierung von Patientendaten durch Personen anbietet, die außerhalb der Untersuchungs- und Behandlungsstätte tätig sind, und dabei nicht darauf hinweist, dass vorab die Zustimmungserklärungen der betroffenen Patienten eingeholt werden müssen.



- 30 Eine weitere Frage ist, ob Verstöße gegen das BDSG zugleich unlauteres Handeln im Sinne des UWG darstellen.
- 31 Nach § 4 Nr. 11 UWG liegt ein unlauteres Handeln auch dann vor, wenn einer gesetzlichen Vorschrift zuwider gehandelt wird, „die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln“. Nach der Rechtsprechung hat das

¹⁹ Vgl. hierzu im Einzelnen Busse, Wechselwirkungen zwischen BDSG und UWG - Auswirkungen auf das Direktmarketing, RDV 2005, S. 260; Heil, Neues Wettbewerbsrecht: Wechselwirkungen zwischen UWG und Datenschutz, RDV 2004, S. 205; Schulze zur Wiesche, Die neuen Zulässigkeitsgrenzen für Direktmarketing, CR 2004, S. 742.

²⁰ Urteil vom 20.08.1996 - 20 U 139/95 -, CR 97, S. 536.

BDSG - jedenfalls mit der Gesamtheit seiner Normen - keine **verbraucherschützende Funktion**²¹. Selbst bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur Belehrung über das gegenüber der Zusendung von Werbung bestehende **Widerspruchsrecht** (§ 28 Abs. 4 S. 2 BDSG) hat die Rechtsprechung²² einen gleichzeitigen UWG-Verstoß verneint.

Die gleichzeitige Funktion des Verbraucherschutzes ist jedoch den bei der Datenerhebung bestehenden Informationspflichten nach § 4 Abs. 3 BDSG zuzusprechen, insbesondere weil diese weitgehend mit den Informationspflichten beim Fernabsatz (§ 312c Abs. 1 Nr. 1 BGB²³) korrespondieren²⁴.

32

²¹ Zur verbraucherschützenden Aufgabe des Datenschutzes vgl. allgemein: Müller, Datenschutz als Verbraucherschutz, in: Bäumler/von Mutius (Hrsg.), Datenschutz als Wettbewerbsvorteil, 2002, S. 20; Weichert, Datenschutz als Verbraucherschutz, DuD 2001, S. 264.

²² HansOLG, Urteil vom 09.06.2004 - 5 U 186/03 -, RDV 2005, S. 119 (Leitsatz); OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.02.2004 - I 7U 149/03 -, RDV 2004, S. 222 = ZUM-RD 2004, S. 236.

²³ Vgl. ferner Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht - BGBInfoVO - in der Fassung der Bekanntmachung vom 05.08.2002 (BGBl. I 3002), zuletzt geändert durch Gesetz vom 02.12.2004 (BGBl. I 3102).

²⁴ Vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 02.02.2001 - 13 U 204/98 -, RDV 2001, S. 131.

Kapitel II: Wie kann man in Kontakt mit Kunden treten?

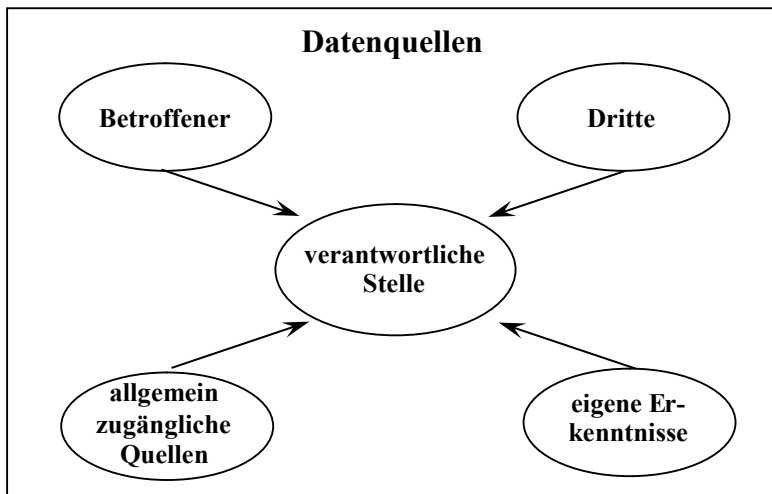
1. Daten als Ausgangsbasis

Um mit einer direkten Ansprache, also personenbezogen, werben zu können, benötigt man **Kontaktadressen** potenzieller Interessenten, seien es zunächst auch nur Name und Anschrift. Aber auch Telefon- oder Faxnummer und die E-Mail-Adresse sind für eine Kontaktaufnahme von großem Interesse. Der Erfolg der Werbung hängt jedoch davon ab, dass solche Interessenten angesprochen werden, die als Abnehmer der beworbenen Produkte überhaupt in Betracht kommen. Daher können z.B. der Beruf, die Vermögenssituation, ein Hobby oder das Alter für die „**Zielgruppe**“ eine Rolle spielen.

33

Die Wege zur **Beschaffung von Daten** sind vielfältig. Man kann sich per Couponanzeige, Postwurfsendung oder Vertreterbesuch an den Betroffenen wenden. Die Daten können von anderen Unternehmen oder geschäftsmäßigen Adresshändlern bezogen werden. Auch können sog. allgemein zugängliche Quellen wie Telefonbücher, Zeitungsanzeigen oder sonstige Veröffentlichungen ausgewertet werden.

34



- 35 Auf welchem Wege auch vorgegangen werden soll, das BDSG stellt für das von ihm als „**Erheben**“ bezeichnete Beschaffen der Daten Spielregeln auf. Werden diese nicht beachtet, so besteht die Gefahr, dass auch die gesamte nachfolgende Datenverarbeitung bzw. -nutzung als unzulässig anzusehen ist.

2. Die rechtliche Situation

- 36 Wegen des *Verbots mit Erlaubnisvorbehalt* (§ 4 Abs. 1 BDSG) muss bereits bei der Datenerhebung - jedenfalls, wenn die Daten anschließend gespeichert werden - geprüft werden, ob sich eine gesetzliche Regelung findet, die die Erhebung legitimiert. Soweit nicht bereits eine spezielle Norm, also eine Vorschrift, die auf den konkreten Sachverhalt abstellt, die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der Erhebung oder Verarbeitung regelt, ist auf § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG als zentrale Erlaubnisvorschrift abzustellen.

§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG: Das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke ist zulässig,

1. (...)

2. soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt, (...).

- 37 Es gilt neben dem Grundsatz der Datensparsamkeit und Datenvermeidung (§ 3a BDSG) das sog. *Erforderlichkeitsprinzip*. Dies bedeutet, dass nur solche Daten erhoben und gespeichert werden dürfen, die zur sachgerechten Informationszusendung notwendig sind. Abzuwägen sind das - grundsätzlich berechnete - Interesse des Werbungtreibenden an den für die werbliche Ansprache erforderlichen Daten und die möglicherweise entgegenstehenden *schutzwürdigen Interessen* des Betroffenen (Umworbenen).

Soweit auch § 28 BDSG nicht zum Ziel führt, bleibt nur noch das Einholen einer **Einwilligung**²⁵ des Betroffenen. 38

Erforderlich ist die Einwilligung regelmäßig, wenn sog. **besondere Arten personenbezogener Daten** betroffen sind. 39

§ 3 Abs. 9 BDSG: Besondere Arten personenbezogener Daten sind Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualleben.

Das BDSG gestattet die Verarbeitung dieser Daten nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen (§ 28 Abs. 6 bis 9), zu denen Zwecke des Marketing grundsätzlich nicht gehören.

3. Grundsatz der Direkterhebung

Das BDSG betont darüber hinaus den Grundsatz der **Direkterhebung** beim Betroffenen. Grundsätzlich sollen Informationen über den Betroffenen nicht hinter seinem Rücken beschafft werden. Er soll vielmehr wissen, worauf er sich einlässt. Um dies zu gewährleisten, hat der Gesetzgeber die Regelung des § 4 Abs. 3 S. 1 BDSG geschaffen. 40

Die **Unterrichtungspflicht** entfällt, wenn der Betroffene bereits auf andere Weise Kenntnis erlangt hat. Erforderlich ist insoweit die positive Kenntnis des Betroffenen. Hinsichtlich der **Empfänger** der Daten genügt es, wenn nach den Umständen des Einzelfalles mit der Weitergabe an diese gerechnet werden muss. Die „Branchenüblichkeit“ einer Datenübermittlung oder sonstigen Datenweitergabe ist dafür zwar ein Indiz, allerdings kommt es immer auf den Blickwinkel des jeweils Betroffenen an. Es empfiehlt sich daher, den Betroffenen im Zweifelsfall zu unterrichten. 41

²⁵ Vgl. vorstehend Rdnr. 10 f.

§ 4 Abs. 3 S. 1 BDSG: Werden personenbezogene Daten beim Betroffenen erhoben, so ist er, sofern er nicht bereits auf andere Weise Kenntnis erlangt hat, von der verantwortlichen Stelle über

1. die Identität der verantwortlichen Stelle,
 2. die Zweckbestimmungen der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung und
 3. die Kategorien von Empfängern nur, soweit der Betroffene nach den Umständen des Einzelfalles nicht mit der Übermittlung an diese rechnen muss,
- zu unterrichten.

42 Dabei sind der Name und die ladungsfähige Anschrift der verantwortlichen Stelle anzugeben. Der Hinweis auf den Zweck der Erhebung soll den Betroffenen darüber unterrichten, wozu die Daten benötigt werden, soweit die **Zweckbestimmungen** nicht offensichtlich sind. Dabei sind sämtliche Zwecke anzugeben.

43 Soll also per Couponanzeige Prospektmaterial oder ein Freixemplar einer Zeitschrift angefordert werden und dient die Adresse ausschließlich der Zusendung der angeforderten Lieferung, so ist eine Information über diese (offensichtliche) Zweckbestimmung entbehrlich. Soll der Interessent jedoch anschließend beworben werden, ist diese Absicht mitzuteilen.

Formulierungsbeispiel:

Wir speichern Ihre Daten zur Zusendung der angeforderten Probeexemplare und um Ihnen auch künftig Informationen über unsere aktuellen Produkte zukommen lassen zu können.

44 Sollen die Daten Dritten, z.B. dem **Konzernverbund** angehörenden Firmen, zu Werbezwecken zur Verfügung gestellt werden, ist auch dieses mitzuteilen.

Formulierungsbeispiel:

Wir verarbeiten die Daten, um Ihren Informationswunsch zu erfüllen sowie für eigene Werbezwecke. Des Weiteren stellen wir die Daten namhaften (alternativ: mit uns konzernverbundenen) Unternehmen der XY-Branche zur Verfügung, damit auch diese Ihnen Angebote zukommen lassen können.

Werden Daten erhoben, die für die Zusendung des Informationsmaterials oder des Probeexemplars nicht erforderlich sind (hierzu genügt regelmäßig die Adresse), so ist auf den Werbezweck und die Freiwilligkeit der Angaben hinzuweisen.

45

Formulierungsbeispiel:

Um Ihnen zukünftig Ihren Bedürfnissen entsprechende Produktinformationen zukommen lassen zu können, bitten wir noch um folgende freiwillige Angaben.

Gegebenfalls können die auszufüllenden Datenfelder auch mit einem Sternchen versehen werden, das in einer Fußnote entsprechend erläutert wird.

46

Zur praxisgerechten Handhabung der Hinweispflicht ist bei **Couponheften** (Hefte mit mehreren an diverse Firmen adressierten Postkarten) und **Verbundwerbung** (Werbung zur Prospektanforderung von verschiedenen Unternehmen auf einer Postkarte) auch eine leicht modifizierte Verfahrensweise akzeptabel. Ist schon auf Grund der Größe des Coupons die Aufbringung der Information nach § 4 Abs. 3 BDSG nicht möglich, genügt ein genereller Hinweis (z.B. in einem Anschreiben oder auf dem Deckblatt des Heftes)²⁶.

47

²⁶ Bei Coupons in Zeitschriften kann es gegebenenfalls genügen, wenn der Betroffene im Rahmen der Ausführung der Bestellung auf die weitere Werbeabsicht hingewiesen wird, so Innenministerium Baden-Württemberg, Dritter Tätigkeitsbericht (2005), Datenschutz im nicht öffentlichen Bereich, S. 51f.

4. Folgen fehlender oder unvollständiger Information

- 48 Gesetzlich ungeregelt ist die Frage, welche Rechtsfolgen die Nichtbeachtung dieser Informationspflichten nach sich zieht.
- 49 Ein Verstoß gegen die Informationspflicht nach § 4 Abs. 3 S. 1 BDSG wirkt sich jedenfalls dann auf die Zulässigkeit des Datenumgangs aus, wenn der Grundsatz von *Treu und Glauben* verletzt ist²⁷. Dies ist nicht nur der Fall, wenn über die Zwecke der Datenerhebung getäuscht wird, sondern auch, wenn Verarbeitungen stattfinden sollen, auf die sich die Betroffenen bei Kenntnis der Zweckbestimmung möglicherweise nicht einlassen würden²⁸. In diesem Fall besteht Grund zur Annahme, dass *schutzwürdige Interessen* des Betroffenen beeinträchtigt werden (§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG). Eine insoweit unzulässige Datenerhebung hat zur Folge, dass die Daten nicht weiterverwendet (verarbeitet oder genutzt) werden dürfen und der Betroffene einen Anspruch auf Löschung dieser Daten hat (§ 35 Abs. 2 Nr. 1 BDSG).
- 50 Somit empfiehlt sich die korrekte Erfüllung der Informationspflicht aus § 4 Abs. 3 BDSG auch schon deshalb, weil sonst ein hohes Risiko besteht, dass die gesamte anknüpfende Datenverarbeitung als unzulässig eingestuft wird.

5. Allgemeine Ansprache mit Responseelementen

- 51 Werbemedien mit *Coupons* erleichtern es den Interessenten, in Kontakt mit dem werbenden Unternehmen zu treten. Gleichzeitig kann das werbende Unternehmen den Informationsfluss steuern und durch die Gestaltung der Coupons für seine Zwecke relevante Daten erfragen.
- 52 Dabei sind verschiedene Fallgestaltungen möglich. Zum einen ist an die reine Informationsanforderung zu denken. Diese kann etwa dergestalt erfolgen, dass Interessenten in einem allgemeinen

²⁷ Innenministerium Baden-Württemberg, Hinweise zum BDSG Nr. 41 (RDV 2004, S. 234 ff.; im Internet bereitgestellt unter www.im.bwl.de).

²⁸ Vgl. auch Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 8. Auflage, München 2005, § 4, Rdnr. 47.

Prospekt oder Flyer die Möglichkeit geboten wird, Spezialkataloge oder Informationen zu bestimmten Produkten anzufordern. Zum anderen können **Preisausschreiben** oder **Gewinnspiele** veranstaltet werden, die den potenziellen Interessenten einen zusätzlichen Anreiz zur Preisgabe ihrer Daten geben sollen.

Die Frage, welche Daten mittels dieser Werbemedien abgefragt werden dürfen, hängt entscheidend von der Art der angeforderten Information ab: 53

Name und Anschrift 54

Sollen die Informationen per Post übersandt oder soll der Gewinner eines Preisausschreibens ermittelt werden, sind Name und Anschrift naturgemäß erforderlich.

E-Mail-Adresse 55

Sollen die Informationen per E-Mail übermittelt werden, ist die Kenntnis der E-Mail-Adresse erforderlich. Ansonsten ist diese Angabe freiwillig und als solche zu kennzeichnen. Soll die E-Mail-Adresse für eigene Werbeaktionen verwendet werden, ist insbesondere § 7 UWG zu beachten, der die Verwendung von E-Mail-Adressen für Werbezwecke ohne Einwilligung des Interessenten nur unter eingeschränkten Bedingungen zulässt²⁹.

Telefonnummer 56

Die Telefonnummer kann beispielsweise abgefragt und genutzt werden, um Rückfragen zur Informationsanforderung (z.B. unleserliche Zustelladresse) zu ermöglichen. Da die Lieferung jedoch auch an Interessenten ohne Telefonanschluss erfolgen kann, ist die Angabe als freiwillig zu kennzeichnen. Soll die Telefonnummer für Werbeanrufe genutzt werden, muss dafür eine ausdrückliche Einwilligung des Interessenten eingeholt werden³⁰.

Unzulässig wäre es, die Bearbeitung einer Antwort-/Bestellkarte von der Vollständigkeit aller Angaben abhängig zu machen und dabei die Telefonnummer nicht nur für Rückfragen sondern auch für Werbezwecke zu verwenden. 57

²⁹ Vgl. nachfolgend Rdnr. 160 ff. sowie Splitzgerber/Zscherpe/Goldmann, Werbe-E-Mails - Zulässigkeit und Verantwortlichkeit, WRP 2006, S. 178.

³⁰ Vgl. im Einzelnen nachfolgend Rdnr. 151 ff.

58 Überreicht der Interessent seine *Visitenkarte*, auf der neben der Adresse auch elektronische Kommunikationsdaten verzeichnet sind, so kann hieraus nicht ohne weiteres die konkludente (schlüssige) Einwilligung entnommen werden, allgemein zu Marketingzwecken angerufen werden zu wollen.

59 ***Freiwillige Angaben***

Werden für die unmittelbare Durchführung der Informationsanforderung nicht benötigte Daten abgefragt, so ist die Kennzeichnung „freiwillig“ kein Freibrief für jegliche Datenverarbeitung. Der Interessent muss darüber informiert werden, welche Verarbeitungen beabsichtigt sind und was mit den freiwilligen Angaben geschieht.

60 ***Besonderheiten bei Gewinnspielen/Preisausschreiben***

Bei Gewinnspielen oder Preisausschreiben muss das sog. ***Kopplungsverbot*** (§ 4 Nr. 6 UWG) beachtet werden.

§ 4 Nr. 6 UWG: Unlauter im Sinne von § 3 handelt insbesondere, wer

(...)

6. die Teilnahme von Verbrauchern an einem Preisausschreiben oder Gewinnspiel von dem Erwerb einer Ware oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abhängig macht, es sei denn, das Preisausschreiben oder Gewinnspiel ist naturgemäß mit der Ware oder der Dienstleistung verbunden; (...).

Demnach darf die Teilnahme an einem Gewinnspiel oder Preisausschreiben nicht von einer Informationsanforderung oder der Preisgabe von Daten abhängig gemacht werden.

61 Bei der Gestaltung entsprechender Teilnahme-/Bestellformulare muss daher jeder Eindruck einer Verbindung von Informationsbestellung und Gewinnspielteilnahme vermieden werden. Gefordert ist eine optische und inhaltliche Trennung des Anforderungs- und des Gewinnspielteils. Der Hinweis auf den Gewinn muss so gestaltet werden, dass der verständige Verbraucher nicht annimmt, er müsse Informationen anfordern oder bestimmte Daten preisgeben,

um seine Gewinnchance zu wahren oder zu erhöhen. Wenn allerdings diese Vorgaben eingehalten werden, ist ein Nebeneinander von Gewinnspiel und Informationsanforderung auf einem Werbemedium zulässig³¹.

6. Auswertung allgemein zugänglicher Quellen

Adressen aus *allgemein zugänglichen Quellen* wie Telefon- oder Branchenbüchern, Publikums- und Fachzeitschriften usw. können zu Werbezwecken genutzt werden, es sei denn, die schutzwürdigen Interessen der Betroffenen überwiegen offensichtlich (§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG). So wäre es beispielsweise unzulässig, *Todesanzeigen* nach Daten der Angehörigen auszuwerten, um diese dann zwecks Anlageberatung zu bewerben. 62

Die Nutzung von Adressen kann auch aus anderen rechtlichen Gründen ausgeschlossen sein. So genießen Adresssammlungen als Datenbankwerke i.S.d. § 87a Urheberrechtsgesetz in der Regel *Urheberrechtsschutz*³². Auch in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vieler Adressdatenbanken finden sich Bestimmungen, die eine werbliche Nutzung der enthaltenen Daten ausschließen. Zu beachten ist ferner, dass der Betroffene über den dem Erhebungsvorgang nachfolgenden Verarbeitungsprozess - also die Übernahme und Speicherung der Daten - grundsätzlich³³ gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 BDSG zu *benachrichtigen* ist. Das speichernde Unternehmen hat gemäß § 33 Abs. 2 S. 2 BDSG schriftlich festzuhalten, unter welchen der gesetzlich geregelten Voraussetzungen gegebenenfalls von einer Benachrichtigung abgesehen wird. 63

Die *Zusammenführung von Daten* aus verschiedenen allgemein zugänglichen Quellen ist nur eingeschränkt zulässig. So wird von 64

³¹ BGH, Urteil vom 03.03.2005 - I ZR 117/02 -, GRUR 2005, S. 599.

³² So hat der BGH (Urteil vom 06.05.1999 - I ZR 199/96 -, RDV 1999, S. 263 = NJW 99, S. 2898) Telefonbüchern als Datenbanken i.S.d. § 87a UrhG Urheberrechtsschutz gewährt. Eine Übernahme der Daten durch Dritte zur Herstellung von Telefonbuch-CDs ist danach ohne entsprechende Nutzungsvereinbarung unzulässig.

³³ Zum Verfahren und den insoweit bestehenden Ausnahmen vgl. nachfolgend Rdnr. 270 ff.

den Datenschutzaufsichtsbehörden bemängelt, wenn Kleinanzeigen ausgewertet werden, um aus den dort angegebenen Telefonnummern mittels einer sog. *Inverssuche*³⁴ Adressdaten für Werbezwecke zu erhalten. Indem der Betroffene nur seine Telefonnummer angegeben habe, habe er kundgetan, dass er nur telefonisch und von konkreten Interessenten angesprochen werden wolle und sein Name und seine Adresse unbekannt bleiben sollen.

7. Erwerb der Daten von Dritten

7.1 Adresshandel

65 Zum Versand von Werbebotschaften können Adressen zunächst von Unternehmen erworben oder bei diesen genutzt werden, die den Verkauf oder die Vermietung von Adressen geschäftsmäßig betreiben. Die Rechtsgrundlage für ihre Tätigkeit findet sich in § 29 BDSG. Entweder werden dabei die Daten - gegebenenfalls nur zur vorübergehenden Nutzung - an das Werbungtreibende Unternehmen übermittelt. Oder der Versand wird von dem *Adresshändler* bzw. einem zwischengeschalteten Dienstleister im Wege des sog. *Lettershopverfahrens* durchgeführt, indem der Adresshändler unter Nutzung eigener oder fremder Datenbestände - Letzteres geschieht dann im Auftrag des Listeigners - die Zusammenführung des Werbemittels mit den Adressdaten sowie den Versand übernimmt.

66 Der *Handel mit Adressen* ist im Rahmen des § 29 BDSG zulässig, solange der Betroffene nicht widersprochen hat und die verantwortliche Stelle auch nicht aus sonstigen Gründen annehmen muss, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse am Abschluss der Übermittlung bzw. Nutzung hat.

³⁴ § 105 Abs. 3 TKG erlaubt die Auskunft über Namen oder Namen und Anschrift von Teilnehmern, von denen nur die Rufnummer bekannt ist. Eine solche Inverssuche ist jedoch nur erlaubt, wenn der Teilnehmer im Telefonbuch oder einem öffentlichen elektronischen Telefonverzeichnis eingetragen ist und gegen die Inverssuche keinen Widerspruch bei dem Telekommunikationsunternehmen eingelegt hat. Dieses hat den Widerspruch in den Telefonverzeichnissen zu vermerken.

§ 29 Abs. 1 und 2 BDSG:

(1) Das geschäftsmäßige Erheben, Speichern oder Verändern personenbezogener Daten zum Zweck der Übermittlung, insbesondere wenn dies der Werbung, der Tätigkeit von Auskunftsteilen, dem Adresshandel oder der Markt- und Meinungsforschung dient, ist zulässig, wenn

1. kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Erhebung, Speicherung oder Veränderung hat, oder
2. die Daten aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen werden können oder die verantwortliche Stelle sie veröffentlichen dürfte, es sei denn, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung, Speicherung oder Veränderung offensichtlich überwiegt.

§ 28 Abs. 1 S. 2 ist anzuwenden.

(2) Die Übermittlung im Rahmen der Zwecke nach Absatz 1 ist zulässig, wenn

1. a) (...) oder
b) es sich um listenmäßig oder sonst zusammengefasste Daten nach § 28 Absatz 3 Nr. 3 handelt, die für Zwecke der Werbung oder der Markt- oder Meinungsforschung übermittelt werden sollen, und
2. kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung hat. (...)

Aber auch den Adresshandel nicht geschäftsmäßig betreibende Unternehmen (z.B. Versandhandel) können ihre Kundendaten u.a. im Rahmen des sog. **Listenprivilegs** (§ 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG) für Werbezwecke anderer Unternehmen nutzen bzw. die Daten an diese übermitteln. Voraussetzung ist auch hier, dass der Betroffene nicht widersprochen hat (§ 28 Abs. 4 BDSG) und kein **schutzwürdiges Interesse** am Ausschluss der Übermittlung bzw. Nutzung besteht.

Ein solches besteht z.B. bei der Übermittlung der Bewohnerdaten eines *Altenheims* an den Veranstalter von Kaffeefahrten³⁵.

§ 28 Abs. 3 BDSG: (3) Die Übermittlung oder Nutzung für einen anderen Zweck ist auch zulässig:

(....)

3. für Zwecke der Werbung, der Markt- und Meinungsforschung, wenn es sich um listenmäßig oder sonst zusammengefasste Daten über Angehörige einer Personengruppe handelt, die sich auf

- a) eine Angabe über die Zugehörigkeit des Betroffenen zu dieser Personengruppe,
- b) Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung,
- c) Namen,
- d) Titel,
- e) akademische Grade,
- f) Anschrift und
- g) Geburtsjahr

beschränken und kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Abschluss der Übermittlung oder Nutzung hat,

(...).

In den Fällen des Satzes 1 Nr. 3 ist anzunehmen, dass dieses Interesse besteht, wenn im Rahmen der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses gespeicherte Daten übermittelt werden sollen, die sich

1. auf strafbare Handlungen,
2. auf Ordnungswidrigkeiten sowie
3. bei Übermittlung durch den Arbeitgeber auf arbeitsrechtliche Rechtsverhältnisse

beziehen.

³⁵ Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit, Jahresbericht 2004, S. 96.

Übermittelt werden dürfen im Rahmen des Listenprivilegs jedoch nur im Gesetz aufgezählte listenmäßig oder sonst zusammengefasste Daten über Angehörige einer Personengruppe, soweit eine Beschränkung auf die folgenden Angaben stattfindet: Angabe über die Zugehörigkeit zur Personengruppe (z.B. Hobbygärtner), Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung, Name, Titel, akademische Grade, Anschrift, Geburtsjahr.

68

Gegebenenfalls ist der Verkauf der Kundendaten eines der letzten Geschäfte, das ein in **Insolvenz** gegangenes Unternehmen noch tätig. Auch dies ist aber nur im Rahmen der durch das BDSG gezogenen Grenzen zulässig, auf deren Einhaltung auch der Käufer der Adressen zu achten hat³⁶.

69

Berliner Landesbeauftragter für Informationsfreiheit und Datenschutz, Jahresbericht 2002, S. 132:

„Ein Berliner Unternehmen hatte die Kundendaten des Hamburger Unternehmens aufgekauft, um die Kunden des Hamburger Unternehmens zu bewerben. Zwischen den Vertragspartnern wurde vereinbart, dass nicht nur die in der Werbewirtschaft üblichen und durch § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG gestatteten Daten wie Name, Anschrift, Zugehörigkeit zu einer Personengruppe übermittelt wurden sondern eine Vielzahl von Daten, durch die der Datenaufkäufer in die Lage versetzt wurde, bei den einzelnen potenziellen Neukunden auch festzustellen, ob es sich um „interessante Akquiseobjekte“ handelte. Im Einzelnen wurden folgende Daten übermittelt: Lieferadressennummer, Kundennummer, Liefername, Lieferstraße, Lieferort, Adressenabnahmestelle, Rechnungsadresse, Telefon-/Faxnummer, E-Mail-Adresse, Bankverbindung, Kontoinhaber, Zahlungsart, Kundenart, Besteuerung, Lieferbeginn und Verbrauch.

Wir haben das Berliner Unternehmen darauf hingewiesen, dass es für den Kauf eines derartigen Datensatzes keine

³⁶ Vgl. auch Landesbeauftragte für den Datenschutz und Informationsfreiheit NRW, 17. Tätigkeitsbericht (2005), 5.3 zur Weitergabe von Abonentendaten durch insolvente Zeitungsverlage.

Rechtsgrundlage im Bundesdatenschutzgesetz gibt und somit die Erhebung und Speicherung dieser Daten rechtswidrig war und nach § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG auch als Ordnungswidrigkeit geahndet werden könnte.“

- 70 Da für eine zulässige Übermittlung die in der Liste zusammengefasste Personengruppe nur durch ein einziges Merkmal beschrieben sein darf, werden die Möglichkeiten, die sich aus dem Listenprivileg ergeben, in der Praxis vielfach als unzureichend angesehen. Oder anders ausgedrückt: Die Berufung auf § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG wird nur in Ausnahmefällen möglich sein.
- 71 Möglichkeiten des gezielten Versands der Werbebotschaft werden daher auch dadurch realisiert, dass **Listeigner** - das können z.B. Versandhändler, Buchclubs und ähnliche Unternehmen, aber auch Adresshändler und Direktmarketingunternehmen sein - ihre Datenbestände nach Konsumenten mit gewünschten Merkmalen durchforsten und dann selbst oder unter Einschaltung eines für sie als Auftragnehmer tätigen Lettershops den Versand der Werbung übernehmen. Hier findet dann „nur“ eine **Datennutzung** statt, die zwar auch im Hinblick auf die Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der Betroffenen zu überprüfen ist, jedoch in der Regel unbedenklich sein wird.
- 72 Werbung treibende Unternehmen mit Eignern der für sie interessanten Datenbestände zusammenzuführen, ist die Aufgabe sog. **Listbroker** (Adressmakler). Ein Listbroker verfügt über dezidierte Kenntnisse der auf dem Markt vorhandenen Adressbestände und vermittelt zwischen Unternehmen, die eine Werbekampagne bei definierten Zielgruppen planen, und Unternehmen, die über entsprechende Datenbestände verfügen. Das reine Listbroking hat keinerlei unmittelbare Datenverarbeitung zum Gegenstand und ist damit datenschutzrechtlich irrelevant.
- 73 Die Marketingzwecke privilegierende Zulässigkeitsregel des § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG schließt den Rückgriff auf die übrigen Übermittlungserlaubnisse des § 28 BDSG nicht aus. Danach kann sowohl das eigene berechtigte Interesse als auch ein solches des Datenempfängers die Übermittlung von Kundendaten zu Marketingzwecken rechtfertigen. Das Unternehmen muss aber davon

ausgehen können, dass hierdurch *schutzwürdige Interessen* der Betroffenen nicht beeinträchtigt werden.

Kann Letzteres - wie es z.B. bei dem *Bankgeheimnis* unterworfenen Daten der Fall ist - nicht ausgeschlossen werden, so ist eine Einwilligung des Kunden einzuholen. Dabei sind zum einen die Datenflüsse, Zweckbestimmungen und konkreten Empfänger³⁷ hinreichend zu beschreiben. Zum anderen ist der Kunde darauf hinzuweisen, dass er die Erklärung auch streichen bzw. jederzeit widerrufen kann.

74

Einwilligungserklärung³⁸

für die Datenübermittlung zwischen der Bank und ihren Kooperationspartnern

Die Erklärung ist freiwillig und ohne Einfluss auf den Vertrag mit der Bank.

Die ... -Bank (genaue Anschrift)

und

1.) ...

2.) ...

3.) ... (jeweils genaue Anschrift)

- im Folgenden Kooperationspartner genannt -

75

³⁷ So sind nach Ansicht der Aufsichtsbehörden bei Übermittlungen im Finanzverbund die möglichen Datenempfänger - die Angabe „Verbundpartner“ oder „inländische Tochtergesellschaften“ allein genügt nicht - ebenso zu nennen wie die zu übermittelnden Daten, wobei der Zusatz „und vergleichbare Daten“ der Kreditwirtschaft die Möglichkeit gibt, in gewissem Umfang auf veränderte Bedingungen zu reagieren (vgl. HambDSB, 16. Tätigkeitsbericht (1997), S. 88). Von der Benennung der selbständigen Außendienstmitarbeiter wird in der Praxis im Hinblick auf deren Vielzahl und Fluktuation abgesehen. Die abstrakte Angabe ist aber erforderlich (Beispiel: „des für ihren Bezirk zuständigen Außendienstmitarbeiters/Finanzberaters“). Ist der Empfänger mit Adresse benannt, so entfällt für ihn die Benachrichtigungspflicht nach § 33 BDSG.

³⁸ Der Text wurde entnommen bei Schaffland/Wiltfang, BDSG, § 4a, Anhang 1 (Stand: Lieferung 1/04).

arbeiten im Interesse einer umfassenden Beratung und Betreuung ihrer Kunden zusammen.

Damit mich/uns auch die Kooperationspartner der o. a. Bank sowie deren zuständige Außendienstmitarbeiter in allen Fragen zu Finanzdienstleistungen (z.B. Bausparen, Baufinanzierung, Immobilienvermittlung, sonstige Kreditinstituts- und Versicherungsprodukte) umfassend beraten können, bin ich/sind wir damit einverstanden, dass die o.a. Bank den Kooperationspartnern bzw. deren zuständigen Außendienstmitarbeitern die für die Aufnahme und Durchführung der Beratung erforderlichen Angaben zur dortigen Datenverarbeitung und Nutzung übermittelt.

Übermittelt werden dürfen (einzelne Datenkategorien können gestrichen werden):

- Personalien (Name, Anschrift, Geburtsdatum, Familienstand, Beruf oder vergleichbare Daten)
- Kontokorrent (Saldo/Limit oder vergleichbare Daten)
- Karten (Produkt/Anzahl oder vergleichbare Daten)
- Einlagen (Produktart, Guthaben, Verzinsung, Laufzeit oder vergleichbare Daten)
- Kredite (Produktart, Guthaben, Verzinsung, Laufzeit oder vergleichbare Daten)
- Verwahrungsgeschäfte (Kurswert oder vergleichbare Daten).

In diesem Rahmen entbinde ich/entbinden wir die o. a. Bank zugleich vom Bankgeheimnis.

Diese Einwilligungserklärung kann ich/können wir ohne Einfluss auf den Vertrag mit der Bank jederzeit für die Zukunft widerrufen.

(Ort, Datum)

(Unterschrift des Kunden)

7.2 Bewertung der Kaufkraft des potenziellen Kunden

7.2.1 Allgemeines

Nicht zu verkennen ist das Interesse der Unternehmen, nur solche Personen anzusprechen und als Kunden zu gewinnen, die hinsichtlich ihrer „**Kaufkraft**“ für die angebotenen Produkte in Frage kommen bzw. solche Adressen direkt zu selektieren, bei denen der Abschluss des Geschäfts möglicherweise zu einem finanziellen Risiko führt. Jedoch kann das bloße Interesse, nur „erwünschte“ Kunden werblich anzusprechen, das Erheben und Speichern von die konkrete finanzielle Situation beschreibenden Daten einer Person regelmäßig nicht rechtfertigen.

76

7.2.2 Aussortieren durch Waschabgleich

Adressbestände können bereinigt werden, indem unerwünschte Kunden durch Abgleich mit einer Referenzdatei herausgefiltert werden. Dieser **Waschabgleich** ist auf zwei Wegen möglich³⁹:

77

Zum einen besteht die Möglichkeit, dass eine Auskunftfei oder ein sonstiger>Listeigner den Adressbestand des Unternehmens mit einer dort geführten Datei mit „Negativadressen“ abgleicht und den „bereinigten“ Bestand zurückgibt. Diese Konstellation ist datenschutzrechtlich insofern problematisch, als der Adressseigner mittels der bei ihm vorhandenen Ausgangsdaten die selektierten Adressen rekonstruieren kann. Die darin liegende **Datenübermittlung** setzt ein berechtigtes Interesse voraus, das in der Regel erst beim bevorstehenden Abschluss eines Geschäftes mit wirtschaftlichem Risiko besteht. Geht es aber darum, z.B. Werbung für hochwertigen Schmuck an vermutlich besonders potente Adressaten zu richten, so sind entgegenstehende schutzwürdige Interessen nicht zu erkennen.

78

Zum anderen kann der Versand der Werbebotschaft durch Einschaltung eines Direktmarketingunternehmens oder eines Adress-

79

³⁹ Vgl. zum Folgenden Innenministerium Baden-Württemberg, Dritter Tätigkeitsbericht, 2005, Datenschutz im nicht öffentlichen Bereich, S. 25 f.

brokers erfolgen, das bzw. der zuvor einen Waschabgleich durchgeführt hat. Da das Unternehmen in diesem Fall keine Kenntnis erlangt, wer die „schwarzen Schafe“ innerhalb seiner Interessenten-/Kundendatenbank sind, ist dieses Verfahren aus Datenschutzsicht unproblematisch.

7.2.3 Bewertung mit Hilfe soziodemografischer Daten

- 80 Ein weiterer Weg zur Beurteilung der Kaufkraft ist die Bewertung von Adressen durch Heranziehung *soziodemografischer Daten* (d.h. Daten über die soziale Struktur der Bevölkerung in bestimmten Wohnbereichen) des jeweiligen *Wohngebietes* oder *Straßenabschnitts*.
- 81 Hierbei kann auf das Angebot von Dienstleistern zurückgegriffen werden, die Datenbanken mit entsprechend aufgearbeiteten Informationen entweder zum „Ankauf“ anbieten oder aber die Datenbestände eines Listeigners durch entsprechenden Abgleich mit den soziodemografischen Daten anreichern. Dabei geht es z.B. um die Qualität der Wohnlage, das Wahlverhalten der Bewohner oder die Zahl der Autobesitzer in dem betreffenden Viertel. Diese Daten werden zur Analyse von Interessenten- oder Kundendaten herangezogen, um Adressdaten entsprechend der gewünschten *Zielgruppe* einordnen zu können (z.B. nach Kaufkraft).
- 82 Die soziodemografische Datenbank besteht i.d.R. aus anonymen und kumulierten Datensätzen und ist somit datenschutzrechtlich nicht weiter problematisch. Rechtliche Schwierigkeiten bereitet dagegen die Verknüpfung der soziodemografischen Daten mit den personenbezogenen Daten der Interessenten bzw. Kunden. Für die Verknüpfung der Daten gilt das *Verbot mit Erlaubnisvorbehalt* (§ 4 Abs. 1 BDSG). Ob die Bewertung des Kunden mittels statistischer und daher nur bedingt zutreffender Daten zulässig ist, hängt - ebenso wie bei dem insoweit vergleichbaren *Scoring*⁴⁰ - davon ab, welcher Art die zu Grunde liegenden Daten bzw. die hieraus abgeleiteten Erkenntnisse sind.

⁴⁰ Vgl. im Einzelnen nachfolgend Rdnr. 196 ff.

Während die Heranziehung einer statistischen Bewertung der **Kaufkraft eines Straßenabschnitts** (z.B. an Hand der Häuserstruktur, des Wählerverhaltens, der Berufe der Bewohner) noch durch das legitime Interesse⁴¹ an zielgerichteter Werbung gedeckt ist, sieht dies bei Hinweisen von der Art „asozial“ oder „Asylanten“ oder sonstigen diskriminierenden Angaben anders aus. Unzulässig ist auch, wenn die bewertete Einheit so klein ist, dass es sich nicht mehr um statistische Angaben sondern um konkrete Aussagen zu einem Haushalt oder sogar einer Person handelt.

83

8. Die Kontaktaufnahme per Online-Kommunikation

8.1 Der Ablauf der Online-Kommunikation

Inzwischen gibt es kaum noch ein Handelsunternehmen oder einen Dienstleister, der nicht versucht, mit potenziellen Kunden „elektronisch“ in Kontakt zu treten, sei es, dass er sich auf einer eigenen Homepage präsentiert und dort Informationen bereitstellt, sei es, dass er über eine E-Mail-Adresse erreichbar ist und seine Kunden per E-Mail (z.B. per regelmäßigen Newsletter) über seine Angebote informiert.

84

Bei der Beschaffung der Kontaktdaten für die Online-Kommunikation sind gegenüber der zuvor betrachteten Offline-Kommunikation einige Besonderheiten zu beachten, wobei drei Ebenen der Datenerhebung zu unterscheiden sind:

85

Inhaltsebene (Ebene 1)

Die Inhaltsebene bezeichnet diejenige Ebene, auf der der Austausch der eigentlichen Kommunikationsinhalte stattfindet (z.B. Angabe der erforderlichen Informationen zur Bezahlung und Lieferung einer online gekauften Ware). Es handelt sich also um dieselben Informationen, die auch im Rahmen eines herkömmlichen Geschäftes preisgegeben werden. Es werden lediglich elekt-

86

⁴¹ Als unzulässig bewertet wurde jedoch der Verkauf einer CD-ROM mit einem entsprechenden Programm zur „Kaufkraft- und Risikoanalyse“, die jedermann auch zu bloßen „Neugierauskünften“ dienen sollte, vgl. Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit NRW, Bericht 2005, S. 57.

ronische Formulare anstelle von solchen aus Papier verwandt.

Auf die Inhaltsebene findet das BDSG Anwendung.

Diensteebene/Transportbehälterebene (Ebene 2)

87 Auf der Diensteebene/Transportbehälterebene findet die technische Interaktion zwischen Nutzer und Anbieter statt. Hierzu stellt der Anbieter die Plattform in Form eines sog. Tele- bzw. Mediendienstes zur Verfügung. Beispiele für derartige Dienste sind:

- das Bereitstellen von Internetseiten zur Vermittlung oder zum Abruf von Informationen über Waren- und Dienstleistungsangebote (Teledienst),
- das Bereitstellen von Internetseiten mit redaktionell-journalistisch aufbereiteten Informationen wie z.B. das Angebot einer Online-Zeitschrift (Mediendienst) oder
- der Zugang zu einem besonders geschützten Bereich.

88 Im Hinblick auf diese zweite Ebene ist das **Multimediarrecht** maßgeblich, also das Teledienste- und Teledienstedatenschutzgesetz (TDG/TDDSG) sowie der Mediendienstestaatsvertrag (MDSStV). Die genannten Regelwerke finden Anwendung, soweit personenbezogene Daten bei der Nutzung von **Tele- oder Mediendiensten** anfallen. Hierzu gehören ausgehend von der IP-Adresse des Internet-Nutzers auch Kennung und Passwort zur Nutzung eines Online-Dienstes oder sonstige personenbezogene Daten zur Anmeldung für einen Online-Dienst.

Telekommunikationsebene/Transportebene (Ebene 3)

89 Auf dieser Ebene findet der technische Datentransport, z.B. der Netzbetrieb, statt. Dieser erfolgt in der Form der Telekommunikation. Maßgebliche Rechtsgrundlage für die entsprechenden Provider ist das Telekommunikationsgesetz (TKG).

90 Da alle drei Ebenen unterschiedlichen Rechtsgrundlagen folgen, ist es für die Nutzung von online erhobenen Daten zu Marketingzwecken wichtig, festzustellen, auf welcher Ebene und in welchem Zusammenhang die Daten erhoben wurden. Hierbei spielen die erste und zweite Ebene die größte Rolle.

8.2 Erhebung im Internet - Inhaltsebene

Soweit die Inhaltsebene betroffen ist, folgt die Datenerhebung im Internet und die weitere Nutzung der erhobenen Daten grundsätzlich den gleichen Spielregeln wie im Offline-Bereich. D.h., bei der Erhebung muss klar werden, wer für welche Zwecke Daten erhebt, wer die Daten nutzen soll und welche Angaben für den jeweiligen Zweck erforderlich (verpflichtend) und welche freiwillig sind. 91

Dies berührt weitere Informationspflichten z.B. nach der Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht⁴² nicht. 92

Webportale

Besondere Beachtung muss die Gestaltung der *Abfrageformulare* finden. Häufig sind als „freiwillig“ gekennzeichnete Felder auf programmtechnischer Ebene als Pflichtfeld angelegt, so dass die Nutzer unzulässigerweise zur Eingabe der Daten gezwungen werden. Auch genügt es nicht, in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder den Datenschutzhinweisen auf die Zweckbestimmung der Datenerhebung hinzuweisen. Vielmehr sollten die Angaben zur Zweckbestimmung unmittelbar bei dem Erhebungsvorgang erfolgen bzw. abrufbar sein. Zum Schutz der Daten muss der Anbieter ferner ein Datenschutz- und *Datensicherheitskonzept* für das Internetangebot implementieren. 93

Der Verband der deutschen Internetwirtschaft empfiehlt, bei der Gestaltung eines Web-Formulars auf folgende Punkte zu achten⁴³: 94

1. leicht auffindbares Eingabefenster für E-Mail-Adresse
2. Grundsatz der Datensparsamkeit: Es sind nur Informationen abzufragen, die tatsächlich benötigt werden. Den Interessenten ist der Hintergrund der Abfrage zu erläutern.

⁴² Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht - BGBInfoVO - in der Fassung vom 05.08.2002 (BGBl. I 3002), zuletzt geändert durch Gesetz vom 02.12.2004 (BGBl. I 3102).

⁴³ eco Electronic Commerce Forum - Verband der deutschen Internetwirtschaft e.V., Richtlinie für erwünschtes Online-Direktmarketing, Version 1.21 vom 10.09.2002, S. 10.

3. Ermöglichung eines anonymen Bezugs verbunden mit explizitem Hinweis auf diese Option
4. leicht und schnell auffindbare Abbestell- und Änderungsmöglichkeit
5. Hinweis auf die Verwendung und Speicherung der online erhobenen Daten.

Beispiel:

Bitte geben Sie Ihre Daten an:

Rechnungsanschrift

Vorname *	<input type="text"/>
Nachname *	<input type="text"/>
Firma/Organisation	<input type="text"/>
Straße/Nr. *	<input type="text"/>
TEL *	<input type="text"/>
FAX	<input type="text"/>
e-mail*	<input type="text"/>

(* = Pflichtangaben)

Wir verarbeiten Ihre o.a. Daten zur Abwicklung Ihrer Bestellung durch uns oder Logistik- Dienstleister sowie zur Information über unsere aktuellen Angebote. Darüber hinaus ermöglichen wir verbundenen Unternehmen, Ihnen für Sie interessante Informationen zukommen zu lassen. Die Angabe der Email-Adresse dient der Zustellung einer Bestellbestätigung. Sie können ihre weitere Nutzung jederzeit untersagen, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den jeweiligen Basistarifen entstehen.

Newsletter

95

Bei der Anmeldung für einen **Newsletter** muss die E-Mail-Adresse naturgemäß angegeben werden. Oft werden darüber hinaus weitere Daten wie Name und Anschrift erhoben. Diese werden zur Zusendung des Newsletters jedoch nicht zwingend benötigt und sind somit nicht als Pflichtfelder auszugestalten. Die Erhebung als freiwillige Angaben - z.B. mit der Zweckbestimmung „um Sie in dem Newsletter persönlich ansprechen zu können“ -

bleibt unbenommen.

Im Rahmen des Anmeldeformulars sollte auch eine einfache Abmeldemöglichkeit für den Newsletter vorgesehen werden.

96

Beispiel.⁴⁴

Möchten Sie immer auf dem neuesten Stand sein, welche spannenden Neuigkeiten es auf unserer Website gibt? Dann abonnieren Sie doch einfach unseren kostenlosen Newsletter.

Wir planen, Ihnen diesen E-mail Newsletter einmal pro Woche zu senden, um Sie auf dem Laufenden zu halten. So wird Ihr E-mail-Eingang nicht überfüllt, dennoch Sie sind immer im Bilde, welche aufregenden Neuheiten wir zu bieten haben.

Datenschutz

Wir versichern, dass Ihre E-mail-Adresse nur in Zusammenhang mit dem von uns abonnierten Newsletter verwendet wird.

Kündigen

Wenn Sie Ihr Abo kündigen möchten, dann können Sie das jederzeit tun, indem Sie auf diese Seite zurückkehren, Ihre E-mail-Adresse eingeben, Kündigen anwählen und Senden anklicken.

Neue E-mail-Adresse

Wenn sich Ihre E-mail-Adresse geändert hat, kündigen Sie bitte Ihr Abo für diese alte Adresse (siehe oben) und melden Sie sich mit Ihrer neuen E-mail-Adresse an.

Anmelden

Bitte geben Sie Ihre vollständige E-mail-Adresse an (z.B. vor_name@t-online.de), wählen Sie Anmelden und klicken Sie Senden an.

E-mail-Adresse:

Anmelden Kündigen

⁴⁴ eco Electronic Commerce Forum - Verband der deutschen Internetwirtschaft e.V., Richtlinie für erwünschtes Online-Direktmarketing, S. 15.

Produktregistrierung

97 Immer mehr Produkte werden mit der Aufforderung verkauft, sich online registrieren zu lassen. Bei der Registrierung werden dann regelmäßig personenbezogene Daten des Käufers/Nutzers sowie das Interesse an weiteren Produktinformationen erfragt. Hierzu hat das Landgericht München⁴⁵ folgende Grundsätze herausgearbeitet:

- Eine Registrierung darf nicht erzwungen werden, zumindest dann nicht, wenn dem Käufer nicht bereits beim Kauf die Registrierungspflicht bewusst war.
- Es darf mit einer Registrierung nicht die Preisgabe personenbezogener Daten erzwungen werden, die dazu dienen, den Vertrieb des Produktes zu erleichtern, bzw. als Basis für weitere Werbemaßnahmen zu dienen. In dem Fall, der dem Landgericht München vorlag, war z.B. die Zeile „Möchten Sie Info-Post bekommen?“ bereits automatisch mit einem „Ja“ versehen.

Einwilligung (Double-Opt-In)

98 Im Bereich der Online-Medien gestaltet es sich schwierig, vom Betroffenen eine formgerechte **Einwilligung**⁴⁶ zum Datenumgang zu erhalten. Die Einwilligung muss nach § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG nämlich grundsätzlich schriftlich, d.h. eigenhändig unterschrieben, vorliegen.

99 Als Ersatz für die Schriftlichkeit setzt sich in der Online-Praxis immer mehr das sog. „**Double-Opt-In**“-Verfahren durch.

Hierunter versteht man eine Methode, bei der eine Anforderung/Registrierung/Einwilligung erst dann endgültig wirksam wird, wenn diese noch ein zweites Mal bestätigt wurde. Bei diesem Verfahren erhält der Kunde nach der Anforderung/Registrierung/Einwilligung eine E-Mail, mittels der er über besondere Verfahren (z.B. einen individuell für ihn angelegten Link) seine ursprüngliche Entscheidung bestätigen muss. Hierüber soll die

⁴⁵ LG München I, Urteil vom 04.04.2000 - 7 O 115/00 -, RDV 2000, S. 175 ff.

⁴⁶ Vgl. auch bei Zscherpe, Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung im Internet, MMR 2004, S. 723.

Autorisierung des Partners sichergestellt werden. Erst wenn die empfängerseitige Bestätigung erfolgt ist, wird z.B. ein Dienst wirksam.

Beispiel Anmeldung:

Newsletteranmeldung war erfolgreich

Sehr geehrter Nutzer,

vielen Dank, dass Sie sich für unseren Newsletter angemeldet haben. Zum Schutz Ihrer Privatssphäre erhalten Sie nun zuerst eine E-Mail zugeschickt, in der Sie einen Link finden, mit dem Sie Ihre Anmeldung zum Newsletter bitte bestätigen.

Beispiel Bestätigungsmail:

Sehr geehrter Herr ,

Sie haben sich zu unserem Newsletter angemeldet.

Da uns der Schutz vor Spam sehr wichtig ist, müssen Sie die Anmeldung erst über folgenden Link bestätigen:

<http://www.hr-international.de/dienste/newsletter/bestaetigen.php?newsletterempfaenger_email=&newsletterempfaenger_schluesseel=>

Sie können den Link über einen Doppelklick/Klick aufrufen. Falls Ihr E-Mail-Programm das nicht unterstützt markieren Sie den Link, kopieren Sie ihn mit [STRG+C] in die Zwischenablage und fügen Sie diesen mit [STRG+V] in die Internetadress-Zeile Ihres Browsers ein. Sie können auch auf unsere Webseiten gehen und dort über unser Newsletterformular (http://www.hr-international.de/index.php?seite=newsletter_bestaetigung) die Anmeldung mit folgendem Schlüssel komplettieren:

Falls Sie diese Mail jedoch fälschlicherweise erhalten haben, können Sie Ihr Benutzerkonto sofort über folgenden Link wieder löschen: http://www.hr-international.de/dienste/newsletter/abmelden.php?newsletterempfaenger_email=&newsletterempfaenger_schluesseel= >

Vielen Dank für Ihr Interesse.

Mit freundlichen Grüßen

8.3 Erhebung zur/bei der Nutzung von Onlinediensten - Diensteebene

100 Bei der Nutzung eines Tele- oder Mediendienstes können drei unterschiedliche Arten von Daten anfallen, nämlich Bestands-, Nutzungs- und Abrechnungsdaten, für die auf Grund ihrer unterschiedlichen Zweckbestimmung verschiedene Verarbeitungserlaubnisse bzw. -verbote bestehen.

Bestandsdaten

101 Als Bestandsdaten werden personenbezogene Daten des Nutzers bezeichnet, die für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung oder Änderung des Vertragsverhältnisses über die Nutzung des Tele-/Mediendienstes erforderlich sind (§ 5 TDDSG/§ 19 MDStV). Sie fallen nur bei solchen Anbietern eines Tele-/Mediendienstes an, die mit dem Nutzer die Erbringung ihrer Dienstleistung regeln, z.B. weil sie die Leistung nicht unentgeltlich erbringen (z.B. Access-Provider) oder weil sie die Leistung nur einem bestimmten Kreis zugänglich machen wollen (z.B. geschützter Bereich auf einer Homepage, Anmeldung/Registrierung des Zugangs zu einem Bestellsystem). Inhalt der Regelung ist die Vermittlung bzw. die Gestattung des Zugangs zu den Tele-/Mediendiensten. Zu den Bestandsdaten zählen insbesondere der Name des Nutzers, Anschrift, E-Mail-Adresse, Identifizierungs- und Authentifizierungsinformationen sowie die je nach Art des Vertrages vereinbarten Nutzungsmodalitäten.

102 Der Umgang mit Bestandsdaten ist auf die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung oder Änderung des ***Vertragsverhältnisses*** über die Nutzung des Tele-/Mediendienstes zu beschränken. Werden Daten zur Durchführung des Dienstes erhoben und gespeichert, so ist eine Verwendung für andere Zwecke, zu denen auch die Werbeansprache⁴⁷ zählt, ohne Einwilligung des Betroffenen verboten.

⁴⁷ Nach Auffassung des Hessischen Innenministeriums (vgl. Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht öffentlichen Bereich in Hessen, 31. Tätigkeitsbericht, Landtags-Drucksache 16/1680 vom 11.12.2003, S. 32 ff.) können die Bestandsdaten ohne Einwilligung z.B. zur E-Mail-Ansprache von eigenen Vertragskunden verwendet werden, soweit die Ansprache die inhaltliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses betrifft und nicht überwiegend

Bei der Einholung einer **Einwilligung** hat der Diensteanbieter allerdings zu beachten, dass er die Erbringung des Dienstes nicht von einer Einwilligung des Nutzers in eine Verarbeitung oder Nutzung seiner Daten für andere Zwecke, z.B. in die Nutzung oder Vermarktung der Bestandsdaten zu Werbezwecken, abhängig machen darf, wenn dem Nutzer ein anderer Zugang zu diesen Diensten nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist (§ 3 Abs. 4 TDDSG/§ 17 Abs. 4 MDSStV).

Beispiel:

Erhebung von Daten zur Freischaltung eines geschlossenen Bereichs im Internet: Die Daten sind erforderlich zur Prüfung der Legitimation des Beantragenden und zur Bestätigung der Freischaltung des Zugangs (E-Mail-Adresse).

Mitglieder-Service Passwort-Beantragung

Die Nutzung des Mitgliederbereichs steht nur Mitgliedern der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherung e.V. zur Verfügung.

Wenn Sie bereits Mitglied sind, dann können Sie Ihr persönliches Passwort durch Eingabe Ihrer Mitgliedsnummer im unteren Formular anfordern.

Vorname	<input type="text"/>
Nachname	<input type="text"/>
Firmenname	<input type="text"/>
Mitglieds-Nr.	<input type="text"/>
E-Mail-Adresse	<input type="text"/>
Wählen Sie ein Passwort	<input type="text"/>
Bestätigen Sie das Passwort	<input type="text"/>
	<input type="button" value="Formular abschicken"/>

Werbebotschaften oder konkrete reklameartige Waren- oder Dienstleistungsangebote enthält. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass diese Auffassung vor Inkrafttreten des neuen UWG geäußert wurde.

Nutzungsdaten

- 104 Als Nutzungsdaten werden personenbezogene Daten eines Nutzers bezeichnet, die erforderlich sind, um die Inanspruchnahme des Dienstes zu ermöglichen und diesen abzurechnen. Sie fallen technisch bedingt an, um die Verbindung zum Tele-/Medien dienst herzustellen oder aufrecht zu erhalten. Erfasst werden z.B. Merkmale zur Identifikation des Nutzers (z.B. IP-Adresse), Angaben über Beginn, Ende und Umfang der jeweiligen Nutzung sowie über die vom Nutzer in Anspruch genommenen Teledienste (§ 6 TDDSG/§ 19 MDSStV). Die Nutzungsdaten setzen sich insbesondere aus der IP-Adresse des Nutzers, Zeitangaben, Angaben zum Browser und den besuchten Webseiten zusammen.

Beispiel (Protokollierung von Nutzungsdaten):

```
68.142.251.XX -- [16/Dec/2005:06:47:25 +0100] "GET /Inhalt/
eintrag.htm HTTP/1.0" 200 1310 "-" "Mozilla/5.0 (compatible;
Yahoo! Slurp; http://help.yahoo.com/help/us/ysearch/slurp)"
```

```
68.142.251.XX -- [16/Dec/2005:08:46:47 +0100] "GET /robots.txt
HTTP/1.0" 404 1564 "-" "Mozilla/5.0 (compatible; Yahoo! Slurp;
http://help.yahoo.com/help/us/ysearch/slurp)"
```

- 105 Nutzungsdaten führen ohne weitere Informationen - z.B. durch Auflösung der IP-Adresse - nicht zur unmittelbaren Identifizierung des Nutzers, so dass hierüber nicht ohne weiteres Kontakt zu einem Kunden aufgebaut werden kann.
- 106 Der Umgang mit Nutzungsdaten ohne weitere Einwilligung des Nutzers beschränkt sich darauf, die Inanspruchnahme von Diensten zu ermöglichen und abzurechnen (§ 6 Abs. 1 TDDSG/§ 19 Abs. 2 MDSStV). Sie dürfen daher grundsätzlich nur für die Dauer der Nutzung des Dienstes gespeichert werden und sind mit Beendigung der Nutzung zu **löschen**, soweit sie nicht für Zwecke der **Abrechnung** mit dem Nutzer benötigt werden.
- 107 Sollen die Nutzungsdaten für sonstige Zwecke genutzt werden, z.B. für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder um zur bedarfsgerechten Gestaltung des Dienstes **Nutzungsprofile** zu erstellen, ist die Einwilligung des Nutzers erforderlich. Werden

die Nutzungsprofile *pseudonym*⁴⁸ erstellt, so ist dies zulässig, soweit der Nutzer dem nicht widerspricht - auf dieses Recht ist der Nutzer hinzuweisen - und die Nutzungsprofile nicht mit Daten über den Träger des Pseudonyms zusammengeführt werden.

Abrechnungsdaten

Abrechnungsdaten sind Nutzungsdaten, die über das Ende des Nutzungsvorgangs hinaus verarbeitet und genutzt werden, weil sie für Zwecke der Abrechnung mit dem Nutzer erforderlich sind (§ 6 TDDSG/§ 19 MDStV). In der Regel werden zur Abrechnung der Nutzung eines Dienstes Bestandsdaten und Nutzungsdaten kombiniert. 108

Dabei werden Angaben über Anbieter, Zeitpunkt, Dauer, Art, Inhalt und Häufigkeit bestimmter von einem Nutzer in Anspruch genommener Dienste nur dann erkennbar sein, wenn der Nutzer einen *Einzelnachweis* verlangt. Wird hingegen z.B. ein Teledienst auf Basis einer *Flat-Rate* abgerechnet, so soll nach hierzu ergangener Rechtsprechung⁴⁹ die Speicherung vergebener dynamischer IP-Adressen zu Abrechnungszwecken nicht erforderlich sein. 109

Eine weitergehende Nutzung der Abrechnungsdaten ohne Einwilligung des Nutzers ist nicht zuletzt durch das weitgehende Weitergabeverbot und die kurze Aufbewahrungsdauer von maximal sechs Monaten nach Versendung der Rechnung ausgeschlossen (§ 6 Abs. 5 und 7 TDDSG/§ 19 Abs. 6 und 8 MDStV). 110

Elektronische Einwilligung

Im Bereich des TDDSG/MDStV ist für den Umgang mit Bestands-, Nutzungs- und Abrechnungsdaten die Möglichkeit der 111

⁴⁸ Nach § 3 Abs. 6a BDSG ist Pseudonymisieren „das Ersetzen des Namens und anderer Identifikationsmerkmale durch ein Kennzeichen zu dem Zweck, die Bestimmung des Betroffenen auszuschließen oder wesentlich zu erschweren“.

⁴⁹ Amtsgericht Darmstadt, Urteil vom 30.06.2005 - 300 C 397/04 -, RDV 2005, S. 227; bestätigt durch Landgericht Darmstadt, Urteil vom 25.01.2006 - 25 S 118/2005 -, DuD 2006, 178; andere Ansicht: Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht öffentlichen Bereich in Hessen, 31. Tätigkeitsbericht, Landtags-Drucksache 16/1680 vom 11.12.2003, S. 26 ff.

Einholung einer *elektronischen Einwilligung* gesetzlich vorgesehen:

TDDSG

§ 3 Abs. 3⁵⁰: (3) Die Einwilligung kann unter den Voraussetzungen von § 4 Abs. 2 elektronisch erklärt werden.

§ 4 Abs. 2 und 3⁵¹: (2) Bietet der Diensteanbieter dem Nutzer die elektronische Einwilligung an, so hat er sicherzustellen, dass

1. sie nur durch eine eindeutige und bewusste Handlung des Nutzers erfolgen kann,
2. die Einwilligung protokolliert wird und
3. der Inhalt der Einwilligung jederzeit vom Nutzer abgerufen werden kann.

(3) Der Diensteanbieter hat den Nutzer vor Erklärung seiner Einwilligung auf sein Recht auf jederzeitigen Widerruf mit Wirkung für die Zukunft hinzuweisen. (...)

112 Insoweit wird im Gegensatz zu § 4a BDSG⁵² auf das Formerfordernis der Schriftlichkeit verzichtet. Daher wird auch in diesem Bereich das "*Double-Opt-In*"-Verfahren⁵³ empfohlen und von den Datenschutzaufsichtsbehörden anerkannt⁵⁴.

113 Durch die Protokollierung und die Möglichkeit, den Inhalt der Einwilligung jederzeit abzurufen, wird der Inhalt der abgegebenen Einwilligung dokumentiert. Insoweit ist darauf zu achten, dass im Rahmen eines Versionsmanagements nicht die jeweils aktuelle Einwilligung sondern die tatsächlich abgegebene Erklärung abgerufen wird.

⁵⁰ Entspricht § 17 Abs. 3 MDSStV.

⁵¹ Entspricht § 18 Abs. 2 und 3 MDSStV.

⁵² Vgl. vorstehend Rdnr. 10.

⁵³ Vgl. vorstehend Rdnr. 98 ff.

⁵⁴ Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht öffentlichen Bereich in Hessen, 31. Tätigkeitsbericht, Landtags-Drucksache 16/1680 vom 11.12.2003, S. 32.

8.4 Informationspflichten

Neben den Informationspflichten, die nach dem BDSG bei der Datenerhebung zu beachten sind⁵⁵, ergeben sich für den Onlinebereich zusätzliche **Informationspflichten** in Bezug auf die Transparenz der verantwortlichen Diensteanbieter und des Datenumgangs.

114

Anbieterkennzeichnung

Es ist sicherzustellen, dass bei Onlinediensten der verantwortliche Anbieter schnell und einfach ausgemacht werden kann. Diese sog. **Anbieterkennzeichnung** (§ 6 TDG) dient auch dazu, die verantwortliche Stelle im Sinne des Datenschutzrechtes zu identifizieren.

115

§ 6 TDG: Diensteanbieter haben für geschäftsmäßige Teledienste mindestens folgende Informationen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten:

1. den Namen und die Anschrift, unter der sie niedergelassen sind, bei juristischen Personen zusätzlich den Vertretungsberechtigten,
2. Angaben, die eine schnelle elektronische Kontaktaufnahme und unmittelbare Kommunikation mit ihnen ermöglichen, einschließlich der Adresse der elektronischen Post,
3. soweit der Teledienst im Rahmen einer Tätigkeit angeboten oder erbracht wird, die der behördlichen Zulassung bedarf, Angaben zur zuständigen Aufsichtsbehörde,
4. das Handelsregister, Vereinsregister, Partnerschaftsregister oder Genossenschaftsregister, in das sie eingetragen sind, und die entsprechende Registernummer,
5. (...)
6. in Fällen, in denen sie eine Umsatzsteueridentifikationsnummer nach § 27a des Umsatzsteuergesetzes besitzen, die Angabe dieser Nummer.

(...).

⁵⁵ Vgl. vorstehend Rdnr. 40 ff.

- 116 Die Anbieterkennzeichnung muss auf der **Homepage** des Anbieters von jeder Seite aus einfach per **Hyperlink** aufrufbar sein. Durchgesetzt hat sich hierbei die Bezeichnung als „**Impressum**“⁵⁶.

Datenschutzerklärung

- 117 Soweit auf Grund der Nutzung des Dienstes personenbezogene Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, gehört es zu den Pflichten des Diensteanbieters, hierüber aufzuklären.

§ 4 Abs. 1 TDDSG⁵⁷: Der Diensteanbieter hat den Nutzer zu Beginn des Nutzungsvorgangs über Art, Umfang und Zwecke der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten sowie über die Verarbeitung seiner Daten in Staaten außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. EG Nr. L 281 S. 31) zu unterrichten, sofern eine solche Unterrichtung nicht bereits erfolgt ist. (...) Der Inhalt der Unterrichtung muss für den Nutzer jederzeit abrufbar sein.

- 118 Durchgesetzt hat sich hierzu die Verlinkung einer „**Datenschutzerklärung**“ oder „**Privacy Policy**“, die wie der Link zum „Impressum“ an zentraler, gut erkennbarer Stelle ins Webangebot eingebunden wird und von überall mit einem Mausklick erreichbar ist.
- 119 Die Datenschutzerklärung bezieht sich im Wesentlichen auf den Umgang mit Nutzungsdaten. Werden diese nicht protokolliert, sollte kurz dargestellt werden, dass keine personenbezogenen Daten gespeichert werden. Werden sie protokolliert, ist der Umgang mit den erhobenen Daten kurz zu erläutern. Als vertrauensbildende Maßnahme können in die Datenschutzerklärung zudem weitere Aussagen zum Datenschutz eingebunden werden.

⁵⁶ Für ein Muster siehe z.B. Der Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen (Hrsg.), Datenschutzgerechtes Internetangebot der Wirtschaft, Kapitel 3.7.1.

⁵⁷ Entspricht § 18 Abs. 1 MDSStV.

Beispiel:**Speicherung von Zugriffsdaten**

Bei jedem Zugriff eines Nutzers auf eine Seite aus dem Angebot der GDD und bei jedem Abruf einer Datei werden Zugriffsdaten über diesen Vorgang in einer Protokolldatei auf unserem Server gespeichert. Jeder Datensatz besteht aus:

- der Seite, von der aus die Datei angefordert wurde
- dem Namen der Datei
- dem Datum und Uhrzeit der Anforderung
- der übertragene Datenmenge
- dem Zugriffsstatus (Datei übertragen, Datei nicht gefunden etc.)
- einer Beschreibung des Typs des verwendeten Webbrowsers
- Client IP-Adresse

Die gespeicherten Daten werden ausschließlich zu statistischen Zwecken ausgewertet, eine Weitergabe an Dritte, zu kommerziellen noch zu nichtkommerziellen Zwecken, findet nicht statt.

Die Datenschutzerklärung ersetzt nicht die konkrete Information des Betroffenen bei der Erhebung von personenbezogenen Daten gemäß § 4 Abs. 3 BDSG!

120

Cookies

Sollen Besucher einer Internetseite individuell angesprochen werden, werden häufig sog. **Cookies** eingesetzt. Dies sind kleine Textdateien, die durch einen Webserver auf der Festplatte des Nutzers abgelegt werden, um ihn beim Besuch bestimmter Webserver wieder zu erkennen oder Daten über das Surfverhalten in dem Cookie zu hinterlegen. Damit handelt es sich um „automatisierte Verfahren, die eine spätere Identifizierung des Nutzers ermöglichen und eine Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten vorbereiten“ im Sinne von § 4 Abs. 1 TDDSG/§ 18 Abs. 1 MDSStV. Der Nutzer ist daher zu Beginn des Verfahrens (d.h. beim Setzen des Cookies) zu unterrichten. Der Inhalt dieser Unterrichtung muss für den Nutzer jederzeit abrufbar sein.

121

122

Der Umgang mit Cookies kann regelmäßig durch den Benutzer eines Browsers selbst geregelt werden. Auch hierfür ist die Aufklärung über Sinn und Zweck des Cookies als Entscheidungsgrundlage hilfreich. Die Unterrichtung erfolgt in der Regel im Rahmen der „Datenschutzerklärung“.

Beispiel:⁵⁸

Informationen über Personalisierung mit Cookies

Cookies helfen uns, Ihre XY-Website genau auf Ihre Bedürfnisse zuzuschneiden. Cookies sind Text-Informationen-Dateien, die Ihr Web-Browser auf Ihrem Computer abspeichert, wenn Sie eine Web-Site öffnen.

XY.com verwendet diese Cookie-Technologie, um die XY-Website für Sie auf Ihre Landessprache und das Alter Ihres Babys zugeschnitten einzurichten. Die meisten Browser akzeptieren Cookies automatisch, bieten aber die Möglichkeit an, Cookies abzulehnen, oder vor Speicherung eine Warnung anzuzeigen. Eventuell müssen Sie Ihren Browser entsprechend einrichten, um unser Informationsangebot vollständig nutzen zu können. Wenn Sie unsere Datenschutzerklärung sehen wollen, [klicken Sie hier](#).

⁵⁸ eco Electronic Commerce Forum - Verband der deutschen Internetwirtschaft e.V., Richtlinie für erwünschtes Online-Direktmarketing, S. 16.

Kapitel III: Wie können Kundendaten zur Werbung eingesetzt werden?

1. Die Interessen von Werbungtreibenden und Umworbenen

Die werbliche Ansprache potenzieller Interessenten ist, auch wenn sie zuvor nicht gefragt wurden, nicht schon per se rechtswidrig. Im Gegenteil: Die werbliche Betätigung genießt nicht nur Grundrechtsschutz⁵⁹ sondern dient - wie die Rechtsprechung⁶⁰ anerkannt hat - dem Interesse der Allgemeinheit an Informationen über das Marktgeschehen und dem Interesse des Einzelnen hinsichtlich der Ausrichtung seines Konsumverhaltens. 123

Gleichwohl sollte die Zahl derer, die sich durch adressierte Werbung belästigt fühlen, nicht unterschätzt werden. Zudem gehen Gesetzgeber und Rechtsprechung davon aus, dass dem erklärten bzw. erkennbaren Willen eines Bürgers, von unerwünschter Werbung verschont zu bleiben, grundsätzlich Rechnung zu tragen ist⁶¹. 124

So entschied der BGH⁶² bereits vor knapp 20 Jahren hinsichtlich erkennbar unerwünschter (z.B. durch Anbringen von entsprechenden Briefkastenaufklebern) nicht adressierter **Briefkastenwerbung**. Die Gerichte räumen dem Haus- oder Wohnungseigentümer bzw. -besitzer aus §§ 1004, 903, 862 BGB das Recht ein, 125

⁵⁹ Vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 18.02.2002 - 1 BvR 1644/01 -, NJW 2002, S. 3091.

⁶⁰ Vgl. LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 28.02.1985 - 4 O 7731/84 -, NJW 1985, S. 1642: „Schließlich dient Werbung im allgemeinen und die Werbedrucksache im besonderen im Interesse durchsichtiger Marktlage der erwünschten Information des Publikums.“; ähnlich LG Berlin, Urteil vom 06.01.1984 - 15 O 654/83 -, NJW 1984, S. 2423 f.: „Werbung ist ein heute nicht mehr wegzudenkender Faktor der Kommunikation. (...) Werbung liefert zudem Informationen, die vielfach nützlich sein können.“

⁶¹ Vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 21.08.1987 - 2 U 33/87 -, ZIP 1987, S. 1487; BVerwG, Urteil vom 21.04.1989 - 7 C 48.88 -, NJW 1989, S. 2409 = RDV 1989, S. 171.

⁶² Urteil vom 20.12.1988 - VI ZR 182/88 -, NJW 1989, S. 902 = RDV 1989, S. 124.

sich gegen eine Beeinträchtigung seiner räumlich-gegenständlichen Sphäre durch das Aufdrängen von unerwünschten Werbematerialien zur Wehr zu setzen.

- 126 Auch das BDSG greift diesen Schutzanspruch auf, indem es dem Betroffenen ein Recht gibt, der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten zu Werbezwecken zu widersprechen (§ 28 Abs. 4 BDSG). Die Datenschutzaufsichtsbehörden gewähren den betroffenen Bürgern insoweit Hilfestellung. „Adressenhandel und Umgang mit unerwünschter Werbung“ ist der Titel einer kostenlos zu beziehenden Informationsschrift⁶³. Sie geben auch vorgedruckte Postkarten aus, mit denen der Bürger der Nutzung oder Übermittlung seiner Daten für Werbezwecke widersprechen kann.
- 127 In einer Reihe von bereichsspezifischen Regelungen geht der Gesetzgeber noch einen Schritt weiter, indem er die Nutzung von Kundendaten für Werbezwecke ausdrücklich oder inzidenter an die **Einwilligung** des Kunden knüpft.
- 128 Das Erfordernis der Einwilligung in die Verarbeitung oder Nutzung von Kundendaten zu Werbezwecken kann sich zunächst daraus ergeben, dass der Gesetzgeber die Verarbeitung oder Nutzung von personenbezogenen Daten nur für bestimmte, abschließend genannte Zwecke gestattet und dabei Marketing und Werbung nicht benennt. Ein Beispiel hierfür sind die die Werbung nicht umfassenden abschließenden Verarbeitungs- und Nutzungsregelungen des TDDSG. Das TKG erlaubt dem **Telekommunikationsdienstleister** die Werbung nur für eigene Zwecke, lässt somit eine Übermittlung zu Werbezwecken ohne Einwilligung nicht zu.
- 129 Den **Sozialleistungsträgern** ist die Verarbeitung und Nutzung von Sozialdaten nur zu bestimmten aufgeführten Zweckbestimmungen gestattet, wozu die Werbung grundsätzlich nicht gehört.
- 130 Soll die werbliche Ansprache elektronisch (Telefon, Fax, E-Mail) erfolgen, fordert der Gesetzgeber im Regelfall ebenfalls die vorherige Einwilligung des Adressaten⁶⁴.

⁶³ Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit, Ratgeber zum Datenschutz Nr. 2 (Bezugsquelle: www.datenschutz-berlin.de).

⁶⁴ Vgl. im Einzelnen nachfolgend Rdnr. 148 ff.

Geht es also darum, potenzielle Kunden gezielt anzusprechen, sei es, dass man auf die eigene Kunden- und Interessentendatei zurückgreift, sei es, dass man Adressen von Adresshändlern oder anderen Unternehmen bezieht, so ist die Zulässigkeit an den erklärten oder vermuteten Willen des Betroffenen geknüpft. Je nach Art der Ansprache darf er entweder nicht gegen seinen Willen oder erst nach seiner Einwilligung beworben werden. 131

2. Briefwerbung/Mailings

2.1 Die informierte Duldung

Briefwerbung ist im Regelfall so lange zulässig, wie der Empfänger nicht widersprochen hat, d.h. die Briefwerbung duldet⁶⁵. 132

Handelt es sich um nicht adressierte Sendungen, kann der Widerspruch auch durch äußerliche Hinweise (*Briefkastenaufkleber*) erfolgen. Der Zusteller muss den Hinweis beachten. Dies gilt auch für von der Post verteilte Hauswurfsendungen. 133

Ist auf der Werbezuschrift eine Adresse aufgebracht, muss sie von dem Postzusteller auf Grund des Beförderungsauftrages dem Adressaten zugeleitet werden. Der Empfänger kann sich gegen weitere Zusendungen - und dem damit verbundenen Einsatz seiner Adressdaten - nur beim Absender (Werbungtreibender) bzw. den für die Datenverarbeitung verantwortlichen Stellen verwahren. 134

§ 28 Abs. 4 S. 1 BDSG: Widerspricht der Betroffene bei der verantwortlichen Stelle der Nutzung oder Übermittlung seiner Daten für Zwecke der Werbung oder der Markt- und Meinungsforschung, ist eine Nutzung oder Übermittlung für diese Zwecke unzulässig.

⁶⁵ Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit, Ratgeber zum Datenschutz Nr. 2 (vgl. Fn. 63).

Darauf ist der Betroffene hinzuweisen.

§ 28 Abs. 4 S. 2 und 3 BDSG: Der Betroffene ist bei der Ansprache zum Zwecke der Werbung oder der Markt- und Meinungsforschung über die verantwortliche Stelle sowie über das Widerspruchsrecht nach Satz 1 zu unterrichten; soweit der Ansprechende personenbezogene Daten des Betroffenen nutzt, die bei einer ihm nicht bekannten speichernden Stelle gespeichert sind, hat er auch sicherzustellen, dass der Betroffene Kenntnis über die Herkunft der Daten erhalten kann. Widerspricht der Betroffene bei dem Dritten, dem die Daten nach Absatz 3 übermittelt werden, der Verarbeitung oder Nutzung für Zwecke der Werbung oder Markt- und Meinungsforschung, hat dieser die Daten für diese Zwecke zu sperren.

135 Die Pflicht, den Umworbenen auf sein *Widerspruchsrecht* hinzuweisen, besteht im Zusammenhang mit grundsätzlich jeder Ansprache zum Zwecke der Werbung⁶⁶. Eine ständige Wiederholung des Hinweises ist im Rahmen laufender Kontakte nicht zwingend, sofern sichergestellt ist, dass der Betroffene die Information bereits erhalten hat. Zur Steigerung der Akzeptanz der Werbemaßnahmen und zur Vermeidung unerwünschter Werbung empfiehlt es sich, die Widerspruchsmöglichkeit bereits bei der Erhebung der Kundendaten anzubieten. Der Hinweis braucht dann nicht bei jeder nachfolgenden Ansprache wiederholt zu werden⁶⁷.

⁶⁶ Entsprechende Regelungen finden sich in speziellen Datenschutzvorschriften: § 95 Abs. 2 S. 2 und 3 TKG gestattet dem Anbieter von Telekommunikationsdiensten, die im Rahmen einer bestehenden Kundenbeziehung erhaltene Rufnummer, E-Mail-Adresse oder Postadresse für die Versendung von Text- und Bildmitteilungen zu Werbe- und Marktforschungszwecken zu verwenden, es sei denn, dass der Teilnehmer widersprochen hat. Der Teilnehmer ist bei der Erhebung oder der erstmaligen Speicherung der Rufnummer oder Adresse und bei jeder Versendung einer Nachricht auf sein Widerspruchsrecht hinzuweisen. § 4 Abs. 1 PDSV gestattet die Nutzung von Kundendaten für Werbezwecke, sofern der Kunde nach Hinweis auf sein Widerspruchsrecht nicht widersprochen hat.

⁶⁷ Gola/Schomerus (Fn. 28), § 28, Rdnr. 63.

Formulierungsbeispiel:

Bei der Datenerhebung: Wir verarbeiten diese Daten zur Durchführung Ihrer Bestellung und um Ihnen Informationen über unsere Produktpalette zukommen zu lassen. Wenn Sie derartige Informationen nicht wünschen, kreuzen Sie bitte hier an:

Bei der werblichen Ansprache: Wenn Sie derartige Informationen künftig nicht mehr wünschen, bitten wir um einen entsprechenden Hinweis, den wir selbstverständlich sofort berücksichtigen werden.

oder

Wenn Sie künftig unsere interessanten Angebote nicht mehr erhalten möchten, können Sie bei uns der Verwendung Ihrer Daten widersprechen⁶⁸.

Der Hinweis muss so erfolgen, dass er für den Empfänger augenfällig ist, sei es, dass er gesondert in dem Mailing oder dem zugesandten Bestellformular erscheint, sei es, dass er an deutlicher Stelle auf der Umschlagseite eines Katalogs oder auf der Rückseite des Kuverts abgedruckt ist.

136

2.2 Information über die „verantwortliche Stelle“

Voraussetzung für die Ausübung des Widerspruchsrechts ist, dass der Betroffene weiß, wer *Adressat des Widerspruchs* ist. Daher verpflichtet § 28 Abs. 4 S. 2 BDSG, bei der werblichen Ansprache die Stelle zu benennen, die über die Daten des Kunden verfügt. In der Regel wird dies der Werbungtreibende sein. Häufig verfügt das werbende Unternehmen aber nicht selbst über die verwendeten Anschriften sondern hat sie - wie dargestellt⁶⁹ - anderweitig zur dortigen Nutzung zwecks Versands angemietet.

137

⁶⁸ Entnommen: DDV (Hrsg.), Best Practice Guide Nr. 3, BDSG 2001, 3. Auflage, Ziff. 2.1.1.

⁶⁹ Vgl. im Einzelnen vorstehend Rdnr. 71 ff.

- 138 Dann ist entweder der Adressesigner als Adressat des Widerspruchs mitzuteilen.

Formulierungsbeispiel:

Wenn Sie zukünftig keine Informationen mehr über unsere Produkte erhalten möchten, können Sie der Verwendung Ihrer Daten für Werbezwecke widersprechen. Bitte wenden Sie sich hierzu an die Firma (...).

- 139 Oder es wird sichergestellt, dass ein bei dem werbenden Unternehmen eingehender Widerspruch auch an die Daten speichernde Stelle gelangt. Auf Werbebrieffen und Prospekten sind insoweit regelmäßig Prüfnummern angebracht, die auf die Datenquelle hinweisen.

Formulierungsbeispiel:

Wenn Sie künftig unsere Angebote nicht mehr erhalten möchten, können Sie bei uns der Verwendung Ihrer Daten für Werbezwecke widersprechen. Teilen Sie uns dies bitte schriftlich unter Beifügung des Werbemittels (Briefumschlag, Prospekt etc.) mit⁷⁰.

2.3 Ausübung des Widerspruchs

- 140 Für die Ausübung des Widerspruchs ist keine bestimmte Form vorgeschrieben. Er kann daher auch schlüssig erklärt werden. Die Mitteilung über den **Abbruch der Geschäftsbeziehungen** enthält ebenso den Willen, nicht mehr umworben zu werden, wie die **Verweigerung der Annahme** von Werbesendungen.
- 141 Bei der Ausübung des Widerspruchs kann der Betroffene auch differenziert vorgehen, indem er sich z.B. nicht gegen die Zusendung jeglicher Werbung ausspricht sondern etwa nur die Übermittlung seiner Daten an andere Unternehmen zu Werbezwecken untersagt.

⁷⁰ Entnommen: DDV (Hrsg.), Best Practice Guide Nr. 3, BDSG 2001, Ziff. 2.1.2.

2.4 Handlungspflichten des Unternehmens

Folge eines Widerspruchs ist zunächst ein entsprechendes *Verwendungsverbot*, wonach mit Zugang (§ 130 BGB) des Widerspruchs die Nutzung und/oder Übermittlung der Daten zu den beanstandeten Zwecken der Werbung und/oder Markt- und Meinungsforschung unzulässig ist. Gleiches gilt für die zukünftige Erhebung von Daten zu den beanstandeten Zwecken. 142

Sind die Daten in einer Datei nicht ausschließlich zu Werbezwecken sondern auch mit einer anderen (zulässigen) Zweckbestimmung enthalten (Beispiel: eine - nicht nur der Werbung dienende - allgemeine Kundendatei), so bleiben die Daten für diesen Zweck weiterhin legitim gespeichert. Das werbungsbezogene *Nutzungsverbot* ist jedoch zu vermerken, d.h., die Daten sind für Werbezwecke zu *sperrern*. Dies kann entweder dadurch geschehen, dass der jeweilige Datensatz mit einem entsprechenden Vermerk versehen wird, oder dadurch, dass eine separate Sperrdatei aufgebaut wird, mit der vor Durchführung von Werbeaktionen ein Abgleich vorgenommen wird. 143

Zu beachten ist zudem, dass selbst ausschließlich zu Werbezwecken gespeicherte Daten bei Vorliegen eines Widerspruchs entgegen § 35 Abs. 2 Nr. 1 BDSG nicht vollständig gelöscht werden müssen. Zwar entfällt mit dem Widerspruch jegliches eine weitere Speicherung rechtfertigendes berechtigtes Interesse. Soll dem Wunsch des Betroffenen nach Unterlassung von Werbung so weit wie möglich Rechnung getragen werden, sollte diese Tatsache aber in einer *Sperrdatei* weiterhin gespeichert bleiben⁷¹. Sollen nämlich künftig für Werbeaktionen fremde oder neu angekaufte Adressbestände (mit-)verwendet werden, ist ansonsten nicht auszuschließen, dass die Person, die den Widerspruch erhoben hat, in den Neuadressen wieder erscheint⁷². Über die Aufnahme in die 144

⁷¹ Dieses Vorgehen entspricht der Empfehlung der Datenschutzaufsichtsbehörden, vgl. Innenministerium Baden-Württemberg, Hinweise zum BDSG Nr. 34 (im Internet bereitgestellt unter www.im.bwl.de).

⁷² Vgl. auch OLG Bamberg, Urteil vom 12.05.2005 - 1 U 143/04 -, DuD 2005, S. 618. Danach hat der von belästigenden E-Mails Betroffene einen Anspruch auf Löschung seiner Daten. Geht sein Anspruch dahin, vor weiteren

Sperrdatei ist der Betroffene gemäß § 33 Abs. 1 BDSG zu **benachrichtigen**; dies gilt jedenfalls für den Fall, dass er die Löschung seiner Daten beantragt hat. Möglicherweise wird es der Betroffene dann vorziehen, zufällig hin und wieder von unverlangter Werbung "belästigt" zu werden, als in einer Art "Querulantendatei" gespeichert zu sein. Wohlgedenkt: Das Gesetz verlangt diese Vorgehensweise nicht zwingend, aus Imagegründen ist eine solche kundenfreundliche Reaktion aber zu empfehlen.

Formulierungsbeispiel:⁷³

Ihrem Wunsch, von uns keine Werbung mehr zu erhalten, werden wir unverzüglich Rechnung tragen. Dies ist aber im Hinblick auf zukünftige Werbeaktionen nur zuverlässig möglich, wenn wir Sie in die bei uns geführte „Werbesperrdatei“ aufnehmen. Sofern Sie jedoch möchten, dass Ihre Daten gelöscht werden, kommen wir selbstverständlich auch dem nach, können jedoch bei Nutzung neuer Adressbestände dann nicht mehr ausschließen, dass sich auch Ihre Adresse darunter befindet.

- 145 Kommt das Unternehmen dem Widerspruch gegen die Zusendung von Werbung nicht nach, hat der Kunde einen zivilrechtlichen **Unterlassungsanspruch** (§ 1004 BGB), den er gerichtlich durchsetzen kann.
- 146 Übermittelt ein Unternehmen Kundendaten trotz eines vorliegenden Widerspruchs an Dritte, so sanktioniert dies das BDSG je nach Sachlage als Ordnungswidrigkeit (§ 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG) oder Straftat (§ 44 Abs. 1 BDSG)⁷⁴. Eine **Ordnungswidrigkeit** ist auch die fehlende Belehrung über das Widerspruchsrecht (§ 43 Abs. 1 Nr. 3 BDSG).

Belästigungen geschützt zu werden, so besteht für die E-Mail-Adresse nur ein Anspruch auf Sperrung.

⁷³ Anmerkung: Diese Variante kommt nur in Betracht, wenn keine weiteren Beziehungen zum Interessenten bestehen. Bei einer laufenden Kundenbeziehung kommt ein Löschen nicht in Betracht.

⁷⁴ Vgl. hierzu nachfolgend Rdnr. 296 ff.

2.5 Die Robinsoliste

Als freiwillige Aktion bietet der Deutsche Direktmarketing Verband e.V. (DDV) den Eintrag in die sog. „**Robinsoliste**“⁷⁵ an. Mit ihrer Hilfe kann man sich gegen adressierte Werbung generell oder auch nur gegen bestimmte Angebotsbereiche wehren⁷⁶. Die Liste bietet der Verband sowohl Mitgliedern als auch Nichtmitgliedern gegen ein Entgelt in einer alle drei Monate aktualisierten Version zum Abgleich mit ihren Adressbeständen an. Eine Pflicht zur Nutzung der Liste besteht nicht⁷⁷. Andererseits muss sich ein Unternehmen, das die Liste nicht nutzt, natürlich fragen, ob Werbung bei erklärten Werbegegnern nicht kontraproduktiv wirkt.

147

3. Telefon-, Fax- und E-Mailwerbung

3.1 Allgemeines

Werbende Unternehmen nutzen in immer größerem Umfang auch die Möglichkeiten der **elektronischen Kommunikation**. Hierzu gehört einmal die zumeist in „profimäßiger“ Organisation von **Call Centern** durchgeführte telefonische Ansprache. Im Jahre 2005 waren in Deutschland rund 5.500 Call Center mit 330.000 Mitarbeitern tätig.

148

Daneben werden Werbebotschaften - u.a. in Form regelmäßig versandter Newsletter - massenhaft mittels elektronischer Post (E-Mail) auf den Weg gebracht. Obwohl die Rechtslage eindeutig und Werbung auf elektronischem Wege (Telefon, Fax, E-Mail, SMS) regelmäßig an die zuvor erteilte **Einwilligung** geknüpft ist⁷⁸, besteht ein erheblicher Unterschied zwischen Rechtslage und

149

⁷⁵ Antragsformulare sind im Internet unter www.direktmarketing-info.de oder unter der folgenden Postadresse erhältlich: Deutscher Direktmarketing Verband e.V., Postfach 1401, 71243 Ditzingen.

⁷⁶ Die Zahl der eingetragenen Adressen liegt zur Zeit bei 550 000.

⁷⁷ Im Hinblick auf Nachweise für andere Auffassungen vgl. bei Gola/Schomerus (Fn. 28), § 28, Rdnr. 60.

⁷⁸ Vgl. bereits BGH, Urteil vom 19.06.1970 - I ZR 115/68 -, GRUR 1970, S. 524 = MDR 1970, S. 826 (Telefonwerbung I) und BGH, Urteil vom 08.06.1989 - I ZR 178/87 -, NJW 1989, S. 2820 = MDR 1990, S. 23 (Tele-

praktizierter Wirklichkeit. Die Menge unzulässiger Telefon⁷⁹, Fax- und insbesondere E-Mail-Werbung, der der Betroffene in der Regel hilflos gegenüber steht, ist nach wie vor beachtlich. Gezielte, aber vorwiegend auch massenhaft unverlangt versandte E-Mail-Werbung hat inzwischen Ausmaße angenommen, dass die Umworbenen Techniken einsetzen, um sich gegen die Flut an sog. *Spam* zu wehren⁸⁰.

- 150 Aber auch wenn es nicht um Werbung geht, so muss die elektronische Ansprache unterbleiben, wenn sie dem erklärten oder erkennbaren Willen des Betroffenen zuwider läuft. Der Wunsch, im Rahmen einer *Telefonumfrage* nicht als befragte Person ausgewählt zu werden, wird z.B. schon dann anzunehmen sein, wenn der Betroffene seine Telefonnummer gar nicht oder nicht in automatisiert geführten Verzeichnissen bekannt gegeben hat.

3.2 Werbung per Telefon

- 151 Werbung per Telefon wurde zuvor bereits von der Rechtsprechung⁸¹ und wird nunmehr auch vom Gesetzgeber⁸² enge Grenzen

fonwerbung II) sowie BGH, Urteil vom 11.03.2004 - I ZR 81/01 -, RDV 2004, S. 168 (E-Mailwerbung).

⁷⁹ Um sich von den „schwarzen Schafen“ im Bereich des Telefonmarketings abzugrenzen, haben sich im DDV organisierte Anbieter von TeleMedien- und Call Center-Services in einem Council zusammengeschlossen, der sich im Rahmen einer Selbstverpflichtung einen Ehrenkodex gegeben hat, dessen Inhalt im Wesentlichen in der Verpflichtung auf die nachfolgend geschilderten rechtlichen Vorgaben besteht. Der Ehrenkodex kann abgerufen werden unter http://www.ddv.de/unsere_aufgaben/index_unsere_aufgaben_councils-telemedien.html.

⁸⁰ Zu den Verfahren sog. Spam-Filter und ihrer rechtlichen Zulässigkeit vgl. bei Gola, Datenschutz und Multimedia am Arbeitsplatz, Frechen 2005, Rdnr. 95 ff. (mit weiteren Nachweisen).

⁸¹ Dazu, dass sich an den bis dato von der Rechtsprechung gezogenen Zulässigkeitsgrenzen durch das neue UWG nichts geändert hat, vgl. Busse (Fn. 19), RDV 2005, S. 260; Heil, RDV 2004, S. 205; Schulze zur Wiesche, CR 2004, S. 742.

⁸² Zur nicht erfüllten Forderung nach gesetzgeberischer Liberalisierung des Telefonmarketing vgl. Engels, Liberalisierung des Telefonmarketings, Mehrwert durch Selbstregulierung, K&R 2002, S. 642; vom Bundesrat ge-

gezogen. In Umsetzung europäischen Rechts⁸³ konkretisiert § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG das in § 3 UWG ausgesprochene Verbot unlauteren Wettbewerbs für den Bereich des **Telefonmarketing**. Danach handelt unlauter, wer Werbung mit Telefonanrufen gegenüber **Verbrauchern**⁸⁴ ohne deren Einwilligung bzw. gegenüber sonstigen Marktteilnehmern⁸⁵ ohne deren zumindest mutmaßliche Einwilligung betreibt.

Mit dem Verstoß gegen § 7 UWG korrespondiert eine Verletzung des BDSG: Unlautere Werbemaßnahmen sind mangels legitimer Zweckbestimmung nicht durch § 28 BDSG gedeckt. 152

Auch bei bestehenden Vertragsbeziehungen sind nur Anrufe gestattet, die der Klärung von unmittelbar mit dem **Vertragsverhältnissen** zusammenhängenden Fragen dienen. Unter das Verbot der sog. „**Cold Calls**“ fallen auch schon Anrufe, die den Kunden zur inhaltlichen Änderung des bestehenden Vertrages bewegen sollen⁸⁶. Unzulässig ist es auch, telefonisch nachzufragen, wie ein Kunde eine ihm zuvor zugesandte Werbung bewerte⁸⁷. 153

wünschte Lockerungen - Bundestags-Drucksache 15/1487, S. 31 - konnten sich nicht durchsetzen.

⁸³ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) vom 12.07.2002 (Amtsblatt L 201/37).

⁸⁴ Gemäß § 13 BGB ist das jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

⁸⁵ Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG sind dies neben Mitbewerbern und Verbrauchern alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind.

⁸⁶ OLG Frankfurt, Urteil vom 21.07.2005 - 6 U 175/04 -, RDV 2005, S. 269; des Weiteren OLG Köln (Urteil vom 23.11.2001 - 6 U 133/01 -, RDV 2002, S. 82) bezüglich eines Anrufs, mit dem der Kunde zur Umstellung eines „Normaltelefonarifs“ auf einen Spezialtarif, der vermeintlich günstiger sein soll, veranlasst werden soll.

⁸⁷ OLG Stuttgart, Urteil vom 17.01.2002 - 2 U 95/01 -, RDV 2003, S. 31.

§ 7 UWG

(1) Unlauter im Sinne von § 3 handelt, wer einen Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt.

(2) Eine unzumutbare Belästigung ist insbesondere anzunehmen

1. bei einer Werbung, obwohl erkennbar ist, dass der Empfänger diese Werbung nicht wünscht;
2. bei einer Werbung mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung oder gegenüber sonstigen Marktteilnehmern ohne deren zumindest mutmaßliche Einwilligung;
3. bei einer Werbung unter Verwendung von automatischen Anrufmaschinen, Faxgeräten oder elektronischer Post, ohne dass eine Einwilligung der Adressaten vorliegt;
4. bei einer Werbung mit Nachrichten, bei der die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder bei der keine gültige Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.

(3) Abweichend von Absatz 2 Nr. 3 ist eine unzumutbare Belästigung bei einer Werbung mit elektronischer Post nicht anzunehmen, wenn

1. ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Adresse erhalten hat,
2. der Unternehmer die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet,
3. der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und
4. der Kunde bei der Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach Basistarifen entstehen.

Bei Werbung im geschäftlichen Bereich darf auch auf das **maßbliche Einverständnis** abgestellt werden. Nach Auffassung des BGH⁸⁸ kann dieses wegen des geringen Maßes der Belästigung beispielsweise unterstellt werden, wenn ein Telefonbuchverlag einen Telefonanruf, mit dem die Daten des kostenlosen Grundeintrags für ein Neuwerk überprüft werden sollen, zur Werbung für weitere entgeltliche Erweiterungen des Eintrags nutzt.

154

Telefonwerbung gegenüber Privatpersonen ist dagegen nur zulässig, wenn der Angerufene zuvor - und nicht erst während des Anrufs - ausdrücklich oder konkludent eingewilligt hat. Die Einwilligung kann dabei nicht allein darin gesehen werden, dass der Kunde bei dem Ausfüllen eines Coupons oder Antrags ohne nähere Erläuterung seine Telefonnummer angibt.

155

Wenn auf dem Formular zur Teilnahme an einem Preisausschreiben, zur Bestellung eines Probeabonnements oder zur Zusendung von kostenlosen Proben die Angabe der Telefonnummer vorgesehen ist, ist zunächst nach § 4 Abs. 3 BDSG der Verwendungszweck mitzuteilen. Soll der Teilnehmer werblich angesprochen werden - und sei es nur, dass er befragt werden soll, ob ihm die zugesandte Zeitschrift gefallen hat und er den befristeten Bezug nicht fortsetzen möchte -, so ist hierzu die Einwilligung einzuholen. Dies kann auch durch die Möglichkeit des „Streichens“ des die Werbeabsicht ausdrückenden Passus geschehen. Ist nicht erkennbar, dass die Leistung auch ohne Angabe der Telefonnummer oder E-Mail-Adresse gewährt wird, so ist die Angabe als freiwillig zu kennzeichnen⁸⁹.

156

Formulierungsbeispiel:

Ich bin damit einverstanden, dass Sie mir - auch telefonisch - weitere interessante Angebote Ihres Hauses unterbreiten (gegebenenfalls streichen). Die Angabe der Telefonnummer ist im Übrigen freigestellt.

⁸⁸ Urteil vom 05.02.2004 - I ZR 87/02 - RDV 2004, S. 220.

⁸⁹ Vgl. hierzu die Erläuterungen zu § 4 Abs. 3 BDSG unter Rdnr. 40 ff.

- 157 Hingewiesen werden muss in diesem Zusammenhang allerdings darauf, dass der BGH⁹⁰ formularmäßige Klauseln zur Einwilligung in Telefonwerbung auch nach dem **Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen** (§§ 307 ff. BGB) geprüft hat und derartige Bestimmungen in Formularverträgen selbst für den Fall für unwirksam erklärt hat, dass dem Kunden ausdrücklich freigestellt war, die Einwilligung jederzeit zu widerrufen.
- 158 Die aufgezeigten Einschränkungen gelten auch für Telefonwerbung, die nicht im geschäftlichen Wettbewerb stattfindet. Nach der vom BVerfG⁹¹ bestätigten Auffassung der Zivilgerichte⁹² verletzen auch unerbetene Anrufe oder E-Mails⁹³ politischer Parteien im Wahlkampf (**Wahlwerbung**) das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen⁹⁴.

3.3 Werbung per Fax

- 159 Werbung per **Fax** oder mittels **automatischer Anrufmaschinen** ist immer an die Einwilligung des Umworbenen geknüpft. Auch im geschäftlichen Bereich kann sich der Absender nicht auf eine mutmaßliche Zustimmung berufen⁹⁵.

⁹⁰ BGH, Urteil vom 16.03.1999 - XI ZR 76/98 -, NJW 1999, S. 1864 = DB 1999, S. 1109 = BB 1999, S. 1130, sowie BGH, Urteil vom 27.01.2000 - I ZR 241/97 -, NJW 2000, S. 2677 = MDR 2000, S. 962 (Telefonwerbung VI). Kritisch hierzu von Westphalen, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 16.03.1999 - XI ZR 76/98 -, BB 1999, S. 1131.

⁹¹ BVerfG, Beschluss vom 01.08.2002 - 2 BvR 2135/01 -, NJW 2002, S. 2938: „1. Dem aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG den politischen Parteien zustehenden Recht, an der politischen Willensbildung mitzuwirken und für sich zu werben, steht das Recht des Einzelnen aus Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber, von unerwünschter Werbung verschont zu bleiben.

2. Der Briefkastenaufkleber „Keine Werbung einwerfen“ bezieht auch politische Flugblätter der Parteien mit ein.“

⁹² Vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 11.03.1988 - 5 W 13/88 -, ZIP 1988, S. 674.

⁹³ OLG München, Urteil vom 12.02.2004 - 8 U 4223/03 -, RDV 2004, S. 223.

⁹⁴ Zur Wahlwerbung vor Betriebsratswahlen etc. durch Kandidaten vgl. Gola, Datenschutz und Multimedia am Arbeitsplatz (Fn. 80), Rdnr. 375 ff.

⁹⁵ Schmittmann, Telefaxübermittlungen im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts, 1999.

3.4 Werbung per E-Mail

Für die *Werbung per E-Mail* fordert das UWG ebenfalls grundsätzlich eine Einwilligung (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG). 160

Eine Ausnahme vom Einwilligungserfordernis ist allerdings in § 7 Abs. 3 UWG geregelt. Danach ist eine *Einwilligung* für die E-Mail-Werbung ausnahmsweise entbehrlich, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen vorliegen: 161

- Der Absender hat die E-Mail-Adresse im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung erhalten.
- Er verwendet die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen.
- Der Kunde hat der Verwendung der E-Mail-Adresse nicht widersprochen.
- Der Kunde wird bei der Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach Basistarifen entstehen.

3.5 Robinsontlisten

Zur Vermeidung unerwünschter Telefon-, Telefax- bzw. E-Mail-Werbung bieten verschiedene Organisationen ebenfalls sog. *Robinsontlisten*⁹⁶ an. Diese gehen jedoch weitgehend ins Leere, da für die Telefon-, Telefax- bzw. E-Mail-Werbung im Regelfall ohnehin die Einwilligung des Betroffenen erforderlich ist. Relevanz kann der Eintrag also nur gegenüber elektronischer Ansprache haben, die ausnahmsweise ohne Einwilligung zulässig ist (Markt- und Meinungsforschung, Telefonate in unmittelbarem Zusammenhang mit einer laufenden Geschäftsbeziehung, mutmaßliche Einwilligung in das Telefonat im geschäftlichen Bereich etc.). 162

⁹⁶ Vgl. www.robinsonliste.de; www.telerobinson.de; www.retarus.de/robinsonliste; www.Sms-robinsonliste.de; www.E-robinson.de.

4. Vertreterbesuche

- 163 Im Gegensatz zum Telefonat werden *unerbetene Vertreterbesuche* im Allgemeinen für zulässig gehalten. Auch hier gilt, dass ein entsprechender Hinweis an der Eingangstür zu beachten ist. Darüber hinaus ist es rechtswidrig, wenn der Vertreter sich den Zugang unter einem Vorwand zu erschleichen versucht, so z.B., wenn eine Sammlung für einen karitativen Zweck vorgespiegelt wird, es in Wahrheit jedoch um den Verkauf eines Zeitschriftenabonnements geht.
- 164 Unzulässig ist es ferner, bestimmte besondere Situationen des Kunden auszunutzen. So hat das BVerfG⁹⁷ ein Urteil für rechtens angesehen, in dem einem Steinmetz untersagt wird, unter Auswertung von *Todesanzeigen* Hinterbliebene zwecks Bestellung eines Grabsteins aufzusuchen. Unter anderem wurde der Steinmetz auf die Möglichkeit verwiesen, die Akzeptanz des Besuchs vorher nachzufragen. Dies wäre allerdings nur schriftlich, nicht telefonisch möglich (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG).

⁹⁷ Beschluss vom 08.02.1972 - 1 BvR 170/71 -, BVerfGE 32, S. 311.

Kapitel IV: Welche Daten werden für den Vertrag mit dem Kunden benötigt?

1. Die Zweckbestimmung des Vertrages

Kommt es zu einem Vertragsabschluss mit einem Kunden oder soll es dazu kommen, dürfen selbstverständlich alle Informationen erhoben und verarbeitet werden, die für die Entscheidung über den Vertragsabschluss - d.h. im Rahmen des zu diesem Zeitpunkt bestehenden vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses - und die nachfolgende Durchführung des Vertrages benötigt werden.

165

§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG: Das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke ist zulässig,

1. wenn es der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen dient,

(...).

Welche Daten jedoch im Einzelnen als der Vertragsbeziehung „dienlich“ benötigt werden, hängt von der Art des Vertrages und seiner inhaltlichen Gestaltung, d.h. den vereinbarten Rechten und Pflichten, ab. Während es beim Barkauf in einem Ladengeschäft im Zusammenhang mit der Eingehung und der Abwicklung des Geschäfts nicht erforderlich ist, irgendwelche Daten zu erheben, sieht das bei einem Kreditkauf anders aus.

166

Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit, Tätigkeitsbericht 2002, Ziffer 4.6.5 zur Beanstandung der Speicherung von Kundendaten bei einem Pizzabäcker:

„Neben der Speicherung von erforderlichen Daten wie Name, Vorname, Straße, Hausnummer, Postleitzahl und Lage der Wohnung speichert das Unternehmen das Datum der ersten

Bestellung, das Datum der letzten Bestellung sowie kumuliert alle bisher vorgenommenen Bestellungen (z.B. 5x Pizza Tonno, 3x Pizza Salami, 2 gemischte Salate etc.). Die Speicherung dieser Daten wurde damit begründet, dass das von dem Unternehmen verwendete Computerprogramm dies so vorsieht. Da aber die Speicherung dieser Daten nicht zur Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses mit dem Betroffenen erforderlich ist, ist die kumulierte Speicherung der bestellten Waren rechtswidrig (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG). Eine Datenspeicherung kann nicht damit begründet werden, dass das EDV-System die Daten automatisch speichert (Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit, vgl. § 3a BDSG).“

2. „Nebenbei“ mitgeteilte Daten

- 167 Keinesfalls lässt sich aus der Vertragsbeziehung die Speicherung von Daten rechtfertigen, die der Kunde „nebenbei“ mitteilt⁹⁸. Teilt er etwa beim Einkauf mit, dass der eingekaufte Wein für die am Wochenende anstehende Silberhochzeit benötigt wird, dass die bestellte Fahrkarte zu einem Kuraufenthalt wegen Rheumabeschwerden führen soll oder dass er den Bankkredit benötige, weil er der Tochter zum bestandenen Examen ein Auto kaufen will, so bedarf die Speicherung dieser „Softdaten“ der ausdrücklichen Einwilligung.
- 168 Auch bei längerfristigen Vertragsbeziehungen ist die Speicherung bzw. Nutzung derartiger Daten nicht unter dem Aspekt der Kundenbetreuung⁹⁹ legitimiert.

⁹⁸ Landesbeauftragter für den Datenschutz Niedersachsen, XVI. Tätigkeitsbericht (2001/2002), S. 145 zu von Call Centern geführten Kundengesprächen: „Besonders Daten, wie sie nur bei einem telefonischen, d.h. mündlichen, Kundenkontakt anfallen und die nicht unmittelbar den Geschäftszweck betreffen sondern „nebenbei“ mitgeteilt werden, weil der Agent diese auf Grund ausgefeilter Fragetechnik in geschickter Weise ermittelt, sind für umfangreiche Auswertungen von Interesse. Es ist unstrittig, dass die Speicherung dieser Daten ohne Einwilligung des Betroffenen, wenn sie nicht vollständig und dauerhaft anonymisiert werden, unzulässig ist.“

⁹⁹ Zum Customer Relationship Management vgl. nachfolgend Rdnr. 217 ff.

Vgl. zu einem Kundenbetreuungsprogramm Berliner Banken: Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit, Jahresbericht 2003, S. 100:

„Um eine gute Gesprächsatmosphäre mit dem Kunden sicherzustellen, sollten die Kundenberater Daten zu Ess- und Trinkgewohnheiten (Kaffee oder Tee) speichern; außerdem sollten Informationen zu möglichen einleitenden Gesprächsthemen wie Hobbys (Golf, Segeln etc.) festgehalten werden. Da die Speicherung derartiger Daten sich nicht im Rahmen der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses mit dem Betroffenen bewegt, haben wir die Banken aufgefordert, diesen Datensatz nicht mehr zu verwenden.“

3. Daten zur Identifikation des Kunden

Adressdaten

Die Angabe des Namens und der Adresse des Kunden kann bereits erforderlich sein, wenn Ware ins Haus geliefert werden soll. Gleiches gilt, wenn Waren nur an bestimmte Kunden abgegeben werden oder zu Beweis Zwecken - solche bestehen gegebenenfalls z.B. gegenüber den Finanzbehörden - festgehalten werden soll, dass ein bestimmter Kunde eine Leistung (z.B. Barauszahlung bei Reklamation) erhalten hat.

169

Familienstand

Angaben zum Familienstand, wie „verheiratet, verwitwet, ledig, geschieden, getrennt lebend“, oder „eheähnliche Lebensgemeinschaft“ können nur dann und insoweit für einen Vertragsschluss relevant sein, wenn hiervon der Leistungsumfang (z.B. bei Mietverträgen) abhängt. Sollen die Daten zu Zwecken des Scorings¹⁰⁰ erhoben werden, so ist der Kunde über diese Zweckbestimmung zu informieren.

170

Adressdaten Dritter

Daten Dritter dürfen z.B. dann gespeichert werden, wenn diesen gegenüber die vereinbarte Leistung erbracht werden soll. Ist je-

171

¹⁰⁰ Vgl. hierzu nachfolgend Rdnr. 196 ff. und 210 ff.

doch z.B. der Blumenstrauß abgeliefert, dürfen die Daten des Empfängers nicht mehr für Marketingzwecke verwendet werden.

Vorlage des Personalausweises

- 172 Ist die Kenntnis der Identität des Kunden für den Vertragsabschluss erforderlich, so ist das Unternehmen berechtigt, sich den Personalausweis vorlegen zu lassen¹⁰¹.
- 173 Unverhältnismäßig ist es in der Regel jedoch, sich die Nummer des Ausweises zu notieren oder den Personalausweis zu fotokopieren und einzuspeichern, da dieser mehr Daten enthält als zur Identifikation des Kunden benötigt werden¹⁰². Dies gilt beispielsweise für das **Geburtsdatum**. Gespeichert werden darf es nur dann, wenn es zur genauen Identifikation des Kunden, auch zur Vermeidung von Verwechslungen erforderlich ist. Zur Feststellung der für den Abschluss des Geschäfts gegebenenfalls erforderlichen Volljährigkeit genügt die Angabe „über 18 Jahre“.
- 174 Soll der Ausweis bei der **Eingangskontrolle** einer Diskothek nicht nur zur Alterskontrolle vorgezeigt sondern auch als Pfand bis zum Verlassen der Diskothek hinterlegt werden, muss den Jugendlichen zumindest frei gestellt sein, auch eine andere **Pfandhinterlegung** (z.B. das Handy) zu wählen¹⁰³.
- 175 Es bestehen aber auch gesetzliche Berechtigungen¹⁰⁴ bzw. Verpflichtungen zur Speicherung einer Kopie des Personalausweises. Dies ist z.B. in § 95 Abs. 4 TKG (zur Überprüfung der Angaben des Teilnehmers) oder in § 9 GWG (für den Fall, dass eine auf Dauer angelegte Geschäftsbeziehung mit dem Kreditinstitut begründet wird) der Fall.

¹⁰¹ So z.B. bei Flügen mit sog. Billigfliegern, bei denen die Reise nur von der gebuchten Person angetreten werden darf.

¹⁰² Vgl. auch Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit, Jahresbericht 2003, S. 107 zur fehlenden Berechtigung zur Speicherung der Personalausweisdaten in das nach dem Berliner Spielbankgesetz vorgesehene Verzeichnis der Besucher des „Großen Spiels“.

¹⁰³ ULD, Tätigkeitsbericht 2005, S. 77.

¹⁰⁴ Zur Erfassung von Schwarzfahrern und der Einschaltung eines Inkassounternehmens im Hinblick auf das erhöhte Beförderungsentgelt vgl. Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit, Jahresbericht 2002, S. 127.

4. Bezahlung mittels EC-Karte

Bezahlt der Kunde mittels EC-Karte, kann ebenfalls die Vorlage des Personalausweises angezeigt sein. Hierbei ist hinsichtlich des abzusichernden Zahlungsrisikos zu unterscheiden, ob die Zahlung über die Eingabe der PIN oder im Lastschriftverfahren mittels Unterschrift erfolgt. 176

Im *PIN-Verfahren* wird die Freigabe des Zahlungsbetrages online in Echtzeit bestätigt. Eine Identifizierung zur Forderungsrealisierung oder Betrugsbekämpfung ist nicht erforderlich. Gleiches gilt auch für die Zahlung mit Kreditkarte und PIN. 177

Anders ist es beim *Lastschriftverfahren*. Hier wird aus der EC-Karte lediglich die Bankverbindung ausgelesen zwecks später erfolgter Abbuchung durch den Händler. Die Vorlage des Ausweises kann verlangt werden, um die Namensgleichheit des Zahlenden mit dem Karteninhaber festzustellen. Da der Kunde die Ware sofort mitnimmt, hat der Händler ein berechtigtes Interesse, zu erfahren, wem er Warenkredit einräumt¹⁰⁵. Zur Sicherstellung der Forderungsdurchsetzung können daher auch Name und Anschrift kurzfristig, d.h. bis zur erfolgten Zahlung, festgehalten werden¹⁰⁶. Es ist ein Verfahren zu wählen, bei dem die Löschung routinemäßig und unschwer erfolgen kann. Im Übrigen lässt sich der Händler jedoch für den Fall, dass die Lastschrift nicht erfolgreich ist, per Unterschrift des Kunden generell ermächtigen, seine Adressdaten von seiner Bank zu verlangen¹⁰⁷. 178

5. Storno und Umtausch

Bei einem *Umtausch von Waren* besteht gegebenenfalls auch ein berechtigtes Interesse an der Registrierung von Name und An- 179

¹⁰⁵ Vgl. hierzu auch die Beispielsfälle beim Innenministerium Baden-Württemberg, Dritter Tätigkeitsbericht (2005), S. 124 ff.

¹⁰⁶ Vgl. ULD, Hinweise zur Erhebung personenbezogener Daten bei der Bezahlung mittels EC-Karte, www.datenschutzzentrum.de/wirtschaft/datenerhebung_ec-karte.htm.

¹⁰⁷ Im Hinblick hierauf will der Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit (Jahresbericht 1999, S. 135) nur den Namensvergleich zulassen.

schrift des Kunden und der Überprüfung der Angaben mittels Vorlage des Personalausweises. Dieses kann sich einmal daraus ergeben, dass sich eventuell erst nachträglich feststellen lässt, ob die umgetauschte Ware beschädigt ist. Zum anderen kann dies nötig sein, um in diesem Zusammenhang auftretenden Manipulationen durch das Personal vorzubeugen¹⁰⁸. Dabei ist jedoch das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren.

Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig Holstein, 24. Tätigkeitsbericht (2002), Ziff. 6.4.2: Fehler einer Kassiererin

„Bei der Kundin eines Supermarktes wurde an der Kasse ein Artikel im Wert von 3,98 DM versehentlich zweimal erfasst. Der Irrtum war schnell erkannt, die Rückzahlung des überzahlten Betrages war ebenfalls kein Problem. Im Gegenzug beharrte die Kassiererin jedoch darauf, dass Name, Anschrift und Telefonnummer der Kundin auf einem sog. „Retourbon“ eingetragen wurden.

Wir hielten die Erfassung der Kundendaten bei reinen Tipp- oder Erfassungsfehlern an der Kasse mangels Erforderlichkeit der Daten für unzulässig. Im Gegensatz zur Warenrückgabe oder Reklamation (hier könnte sich ja im Nachhinein herausstellen, dass die zurückgegebene Ware beschädigt ist) ist bei reinen Preiserfassungsfehlern mit sofort anschließender Erstattung kein Fall denkbar, der die spätere Kenntnis der Kundendaten erfordern würde.“

180

Darüber hinaus besteht ein Interesse des Verkäufers oder Versandhändlers, Name und Adresse von Kunden festzuhalten, die in größerem Umfang von ihrem Recht, den Abschluss von Geschäften ohne Angabe von Gründen rückgängig zu machen oder Waren umzutauschen, Gebrauch machen. Dies geschieht letztlich auch mit dem Ziel, solche Kunden von der Belieferung auszuschließen. Das Oberlandesgericht Hamburg¹⁰⁹ konnte auch keinen Verstoß

¹⁰⁸ So die Landesbeauftragte für den Datenschutz NRW, 16. Tätigkeitsbericht (2003), S. 78.

¹⁰⁹ Urteil vom 25.11.2004 - 5 U 22/04 -.

gegen das UWG darin erblicken, dass der Kunde von dem Versandhändler „vorgewarnt“ wird, indem er gebeten wird, künftig nur noch solche Waren zu bestellen, die er wirklich behalten will.

6. Kommunikationsdaten

Über die Adresse hinausgehende Kommunikationsdaten (*Telefon- oder Faxnummer, E-Mailadresse*) sind für die Vertragsabwicklung regelmäßig nicht erforderlich. Erforderlich kann die Telefonnummer oder E-Mailadresse im Einzelfall aber z.B. sein, wenn im Rahmen der Vertragsbeziehung anfallende Informationen schnellstmöglich mitgeteilt werden müssen oder die Organisation der Kundenbeziehung bei dem Unternehmen so gestaltet ist, dass die Kommunikation nur elektronisch erfolgt. Oder: Eine Taxizentrale vergewissert sich durch Rückruf über die Richtigkeit der telefonischen Taxianforderung. Ist dieser erfolgt, muss allerdings die Telefonnummer des Bestellers gelöscht werden, es sei denn, dass eine regelmäßige Geschäftsbeziehung besteht.

181

Nichts steht natürlich entgegen, die Telefonnummer in der Kundendatei zu speichern, wenn der Kunde sie selber - z.B. auf seinem Briefkopf - mitgeteilt hat oder wenn sie im Telefonbuch verzeichnet ist (§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 BDSG). Verwendet werden darf sie jedoch nur für Telefonate zur Klärung von Fragen im Rahmen der laufenden Geschäftsbeziehung.

182

Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit, Tätigkeitsbericht 2002, Ziffer 4.6.5 zur Beanstandung der Speicherung von Kundendaten bei einem Pizzabäcker:

Bei einer Pizzabestellung wird die Telefonnummer gespeichert, diese stellt gleichzeitig die Kundennummer bei zukünftigen Bestellungen dar. Gegen die Verwendung der Telefonnummer als Kundennummer bestehen zwar keine grundsätzlichen datenschutzrechtlichen Bedenken, wir haben dem Unternehmen allerdings empfohlen, Kunden bei einer Erstbestellung auf die Verwendung der Telefonnummer als Kundennummer aufmerksam zu machen.

7. Daten zur Bonität des Kunden

7.1 Die Berechtigung zur Überprüfung der Kreditwürdigkeit

183

Es besteht nicht nur ein berechtigtes Interesse, festzuhalten, wem eine Leistung auf Kredit gewährt wird, sondern gegebenenfalls auch daran, festzustellen, ob der Kunde kreditwürdig ist, d.h., ob nicht die Gefahr besteht, dass die Rechnung letztlich offen bleibt¹¹⁰. Hierzu können Auskünfte bei auf dem Markt befindlichen Kreditinformationsdiensten eingeholt werden. Das erforderliche berechtigte Interesse an der Übermittlung der Daten (§ 29 Abs. 2 Nr. 1 BDSG) setzt aber ein tatsächliches Kreditrisiko voraus¹¹¹.

ULD, Tätigkeitsbericht 2005, Ziffer 5.3 zu Bonitätsabfragen bei kostenlosen Testangeboten:

„Der Anbieter eines Informationsangebotes für Webseiten musste seine Praxis der Vertragsanbahnung korrigieren. Er warb mit einem für drei Monate kostenfreien Testangebot mit speziell dafür geschaffenen Internetseiten für das jeweilige Gewerbe. Ein Freiberufler meldete sich auf das verlockende Angebot und ließ sich für einen Platz im Internetangebot des Unternehmens registrieren. Er staunte nicht schlecht, als er kurze Zeit später eine unbegründete Absage erhielt. Noch überraschter war er über die Auskunft erst auf seine Nachfrage hin, eine Bonitätsabfrage bei einer bundesweit aktiven Auskunft habe ergeben, dass ihm die notwendige Kreditwürdigkeit fehle.

Eine Bonitätsauskunft wegen der Reservierung für ein zunächst kostenfrei bleibendes Angebot ist unzulässig. Voraussetzung für die Einholung von solchen Auskünften ist ein „berechtigtes Interesse“. Hieran fehlt es, wenn dem anfragenden

¹¹⁰ Zur regelmäßigen Unzulässigkeit der Abfrage der Bankverbindung zu Zwecken der Bonitätsprüfung bei kostenlos gewährten Leistungen vgl. Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit, Jahresbericht 2003, S. 102.

¹¹¹ Vgl. auch Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit, Jahresbericht 2002, S. 119.

Unternehmen zunächst in keiner Weise ein kreditorisches Risiko entsteht.“

Die Vorlage einer Arbeitgeberbescheinigung über ein regelmäßiges Einkommen, einer Vermögensaufstellung, des Einkommensteuerbescheides etc. ist nach Auffassung einiger Aufsichtsbehörden nur bei sehr hohen und nicht durch Sicherheitsleistungen abgedeckten Kreditsummen¹¹² als verhältnismäßig anzusehen. 184

7.2 Interne und externe Warndateien

Um sich vor „faulen“ Kunden zu schützen, kann das Unternehmen zunächst auf eigene Erkenntnisse aus früheren Geschäftsbeziehungen, d.h. eine hausinterne **Warndatei**, zurückgreifen¹¹³. Hierzu zählen Dateien über Personen, die z.B. auf Grund Ladendiebstahls Hausverbot haben oder betrügerisch Waren bestellt haben, zu deren Bezahlung sie nicht willens oder nicht in der Lage waren. Dabei können auch **Haushaltsdaten** eine Rolle spielen, wenn säumige Schuldner mit gleicher Adresse und gleichem Nachnamen aufgetreten sind. Im Zweifel wird dann ein Versandgeschäft nicht gegen Rechnung sondern nur gegen Nachnahme erfolgen. 185

Daneben gibt es brancheninterne **Warndateien**, wie dies z.B. im Versicherungsgewerbe¹¹⁴ der Fall ist. Die Zulässigkeit derartiger Systeme hängt entscheidend von der Art der eingemeldeten Daten ab. Danach muss der Betroffene es gegebenenfalls hinnehmen, in eine Warndatei aufgenommen zu werden, wenn die Existenz der Datei für das Geschäftsleben relevant ist und Anlass für die Aufnahme objektive Tatbestände oder Verhaltensweisen sind, die von der Rechtsordnung missbilligt werden¹¹⁵. Insoweit kann auf die 186

¹¹² Das ULD geht hier von einem durch sonstige Sicherheiten nicht abgedeckten Betrag ab 250.000 € aus. Vgl. die von Verbraucherverbänden und dem ULD herausgegebene Schrift „Datenschutz für Verbraucher“, S. 27.

¹¹³ Zur Zulässigkeit vgl. die von Verbraucherverbänden und dem ULD herausgegebene Schrift „Datenschutz für Verbraucher“, S. 27.

¹¹⁴ Vgl. Hamburgischer Datenschutzbeauftragter, Tätigkeitsbericht 2002/2003, S. 90.

¹¹⁵ Gola/Schomerus (Fn. 28), § 29, Rdnr. 14.

nachfolgenden Ausführungen zu den Auskunftsteilen verwiesen werden („weiche“ Negativmerkmale/„harte“ Negativmerkmale)¹¹⁶.

- 187 Sollen in eine Warndatei darüber hinausgehende Angaben aufgenommen bzw. übermittelt werden, so ist dies nur auf Grund einer entsprechenden Einwilligung¹¹⁷ des Betroffenen möglich.

7.3 Auskunftsteien

- 188 Bonitätsauskünfte stellen auch **Kreditauskunftsteien** gegen entsprechendes Entgelt zur Verfügung. Hierzu gehört z.B. die **SCHUFA** (Schutzvereinigung für allgemeine Kreditsicherung)¹¹⁸, die ihren Vertragspartnern im Rahmen eines gegenseitigen Datenmeldeverfahrens Informationen über Kreditnehmer zur Verfügung stellt.

- 189 Neben den zur Identifizierung notwendigen Angaben (Name, Anschrift, Geburtsdatum) werden von den Auskunftsteien verschiedenste Informationen gespeichert, die Rückschlüsse auf das Einkommen bzw. Vermögen der betroffenen Person zulassen. Üblich ist insbesondere die Aufnahme von Angaben zur ausgeübten Tätigkeit, zum Arbeitgeber, zu Grundbesitz, Bankverbindungen, Schulden, eidesstattlichen Versicherungen, Zwangsversteigerungsverfahren, Haftbefehlen wegen Säumigkeit und vollstreckbaren Schuldtiteln. Nicht gespeichert werden dürfen Daten, bei denen Grund zur Annahme besteht, dass der Betroffene ein **schutzwürdiges Interesse** am Ausschluss der Speicherung hat bzw. - soweit es sich um Daten aus allgemein zugänglichen Quellen handelt oder Daten, die die verantwortliche Stelle veröffentlichten dürfte - Informationen, bei denen das schutzwürdige Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Speicherung offensichtlich

¹¹⁶ Vgl. nachfolgend Rdnr. 191 ff.

¹¹⁷ Zur Fragwürdigkeit der Freiwilligkeit der Einwilligung bei Mieterwarndateien vgl. ULD, Tätigkeitsbericht 2005, S. 73.

¹¹⁸ Zur SCHUFA vgl. ULD, SCHUFA FAQ (www.datenschutzzentrum.de/faq/SCHUFA.htm); Kloepfer/Kutzbach, SCHUFA und Datenschutzrecht, MMR 1998, S. 650; Kamlah, Das SCHUFA-Verfahren und seine datenschutzrechtliche Zulässigkeit, MMR 1999, S. 395.

überwiegt (§ 29 Abs. 1 BDSG). Nicht beeinträchtigt sind schutzwürdige Belange in der Regel, wenn durch die Auskunftfeie richtige, objektive und aussagekräftige Informationen über die Bonität und sonstige wirtschaftliche Verhältnisse gespeichert werden. Demgegenüber würden Aussagen wie „playboyhaftes Verhalten“ oder „schlechter Gesundheitszustand“ (sensitives Datum), die durchaus bonitätsrelevant wären, das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen verletzen. Bei fehlenden tatsächlichen Informationen *statistische Daten (Schätzdaten)* zu speichern, ist nur bei entsprechender Kennzeichnung rechtmäßig¹¹⁹.

Die Informationen der Auskunftfeien stammen zu großen Teilen aus *allgemein zugänglichen Quellen*. Dies sind insbesondere Zeitungen, Hörfunk, Fernsehen, Telefonbücher und Branchenverzeichnisse sowie frei einsehbare Register¹²⁰. Auskunftfeien können zudem auf das (nicht allgemein zugängliche) Schuldnerregister (§§ 915 ff. ZPO) und auf (freiwillige) Selbstauskünfte der Betroffenen zurückgreifen.

Eine weitere wichtige Informationsquelle sind Datenübermittlungen durch die Unternehmen, die mit der Auskunftfeie in *Informationsaustausch* stehen. Interessant sind für die Auskunftfeien insofern Angaben über die vertragsgemäße oder nicht vertragsgemäße Abwicklung von Geschäftsbeziehungen. Als Grundlage für derartige Übermittlungen kommt § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG (Wahrung der berechtigten Interessen der verantwortlichen Stelle) bzw. § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BDSG (Wahrung der berechtigten Interessen eines Dritten) in Betracht. Das Interesse der einmeldenden Unternehmen ergibt sich dabei daraus, dass diese selbst auf einen funktionierenden Informationspool angewiesen sind, in den voll-

190

191

¹¹⁹ Die Aussagen in diesem Absatz sind der Broschüre „Handels- und Wirtschaftsauskunftfeien“ entnommen, die als Gemeinschaftsarbeit des Landesbeauftragten für den Datenschutz Bremen, des Hamburgischen Datenschutzbeauftragten, des Landesbeauftragten für den Datenschutz Niedersachsen und der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen erstellt wurde.

¹²⁰ Schaffland/Wiltfang, Bundesdatenschutzgesetz, § 28, Rdnr. 134 (Stand: Lieferung 4/2003).

ständige und umfassende Daten eingemeldet werden¹²¹. Beide genannten Rechtsgrundlagen erlauben allerdings eine Übermittlung erst nach sorgfältiger Abwägung der betroffenen Interessen. Insoweit sind folgende Grundsätze entwickelt worden¹²²:

Positivmerkmale, d.h. Angaben, die die Aufnahme und ordnungsgemäße Abwicklung von Geschäftsbeziehungen betreffen, dürfen nach Maßgabe der angesprochenen Vorschriften grundsätzlich nicht übermittelt werden.

- 192 Die Übermittlung „**harter**“ **Negativmerkmale** ist in aller Regel zulässig. „Harte“ Negativmerkmale sind solche, die durch staatliche Mitwirkung entstanden sind oder eine solche Bedeutung haben, dass entgegenstehende Interessen nicht schutzwürdig sind (Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung, Scheckkartenmissbrauch, Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, Insolvenz etc.).
- 193 „**Weiche**“ **Negativmerkmale**, d.h. Negativmerkmale, die einseitig auf Veranlassung von Gläubigern und ohne gerichtliche Prüfung entstehen (Inkassoverfahren, Mahnbescheide, Mietrückstände etc.), können nach § 28 BDSG nur übermittelt werden, wenn sichergestellt ist, dass die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen berücksichtigt wurden. So wird die Übermittlung des Datums eines **Mahnbescheids** nur als zulässig erachtet, wenn die zu Grunde liegende Forderung unbestritten ist und das Mahnverfahren nur der Erlangung eines Titels dient.
- 194 Weiterreichende Übermittlungsmöglichkeiten als vorab dargestellt können lediglich durch eine entsprechende **Einwilligung** des Kunden geschaffen werden¹²³. Im Bereich der SCHUFA geschieht dies durch Unterzeichnung der sog. **SCHUFA-Klausel**.
- 195 Die Übermittlung personenbezogener Daten durch Auskunftsteile richtet sich nach § 29 Abs. 2 BDSG. Danach ist eine Übermittlung zulässig, wenn der Dritte, dem die Daten übermittelt werden,

¹²¹ Duhr in: Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, München 2003, 7.5 Datenschutz in Auskunftsteilen, Rdnr. 28.

¹²² Duhr in: Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht (Fn. 121), Rdnr. 32 ff.

¹²³ Vgl. insoweit Duhr in: Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht (Fn. 121), Rdnr. 35 ff.

ein berechtigtes Interesse an ihrer Kenntnis *glaubhaft dargelegt* hat und kein Grund zur Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse am Ausschluss der Übermittlung hat. Z.B.: Vor einem konkreten Vertragsabschluss werden Informationen abgefordert, um das finanzielle Risiko besser kalkulieren zu können.

7.4 Bewertung durch Scoring

Bonitätswerte können auch ausgehend von statistischen Erfahrungswerten gewonnen werden (*Scoring*)¹²⁴. Hierbei wird der Kunde in einem mathematisch-statistischen Verfahren mit bisherigen Kunden mit gleichen Merkmalen verglichen. Wenn nach der Statistik Kunden mit den gleichen Werten bislang ein bestimmtes *Ausfallrisiko* aufgewiesen haben, wird der Betroffene ebenfalls als ein solcher Risikokunde betrachtet¹²⁵. Der Scorewert enthält also ein Wahrscheinlichkeitsurteil darüber, wie kreditwürdig eine Person ist, und stellt damit ein *personenbezogenes Datum* dar¹²⁶.

196

Um eine Person zu „scoren“, werden Informationen über die Person benötigt. Hierbei kann es sich handeln um

197

- Daten aus dem zu Grunde liegenden Vertrag,
- Daten aus früheren Verträgen mit dem Betroffenen,
- dem Betroffenen zugeordnete soziodemografische Daten¹²⁷,
- von Auskunfteien übermittelte Daten sowie
- von anderen Unternehmen übermittelte Daten.

¹²⁴ Vgl. hierzu auch nachfolgend Rdnr. 210 ff.

¹²⁵ Zu den datenschutzrechtlichen Anforderungen an derartige Verfahren siehe: Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit NW, Bericht 2005, S. 60 ff.

¹²⁶ Vgl. Gola/Schomerus (Fn. 28), § 3, Rdnr. 2, § 6a, Rdnr. 15; Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit NW, Bericht 2005, S. 61; Klein, Zur datenschutzrechtlichen Relevanz des Scorings von Kreditrisiken, BKR 2003, S. 488; anderer Ansicht: Wuermeling, Scoring von Kreditrisiken, NJW 2002, S. 3508.

¹²⁷ Vgl. hierzu auch nachfolgend Rdnr. 201 und 210 f.

Wird dabei auf der Zweckbestimmung eines Vertrages dienende Daten (§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG) zurückgegriffen, handelt es sich um eine zweckändernde Nutzung. Die Zulässigkeit dieser zweckändernden Nutzung sowie auch der Erhebung von sonstigen scoringrelevanten Daten - sei es bei dem Betroffenen, sei es bei einem Dritten - ist im Rahmen der Interessenabwägung nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG zu prüfen, wobei im Einzelnen fraglich ist, welche Daten berechtigterweise als Grundlage eines Scorings erhoben und ausgewertet werden können¹²⁸.

Innenministerium Baden-Württemberg, Dritter Tätigkeitsbericht (2005), S. 29:

„Als Erstes stellt sich die Frage, welche einzelnen Merkmale in die Berechnung des Scorewerts einfließen dürfen: nur solche, die eine unmittelbare Aussagekraft zu Zahlungsverhalten, Einkommens- und Vermögensverhältnissen aufweisen, wie etwa das monatliche Einkommen oder Einträge im Schuldnerverzeichnis? Oder dürfen auch Daten einbezogen werden, die zwar keinen unmittelbaren Bonitätsbezug aufweisen, bei denen aber mittels eines wissenschaftlichen Standards entsprechenden statistischen Verfahrens ein gesicherter Zusammenhang zur Kreditwürdigkeit nachgewiesen wurde, wie etwa beim Alter oder beim Wohnumfeld? Und wie ist es, wenn diese Daten (z.B. das Alter) geschätzt oder aus öffentlichen Quellen hergeleitet werden (z.B. Herleitung des Familienstands aus dem Telefonbucheintrag)? Geklärt werden muss auch, ob diese Fragen unterschiedlich beantwortet werden müssen, je nachdem, wozu der Scorewert verwendet wird (also etwa bei der Kreditvergabe durch eine Bank anders als bei der Festlegung der Zahlungsart im Versandhandel?).“

¹²⁸ Bei den Aufsichtsbehörden bestehen derzeit noch unterschiedliche Auffassungen, wie die Zulässigkeit von Scoringverfahren nach dem BDSG zu bewerten ist, vgl. Innenministerium Baden-Württemberg, Dritter Tätigkeitsbericht (2005), S. 28; ULD, SCHUFA FAQ (www.datenschutzzentrum.de/faq/SCHUFA.htm). Zur unterschiedlichen Beurteilung eines internen (= durch den Vertragspartner) und eines externen Scoring (= durch eine Auskunft) vgl. bei Weichert, Datenschutzrechtliche Anforderungen an Verbraucher-Kredit-Scoring, DuD 2005, S. 582.

Scoringauswertungen bedürfen zwar nicht generell einer Einwilligung, jedoch ist bei der Datenerhebung nach § 4 Abs. 3 BDSG hierüber zu informieren. Im Hinblick auf die auf Grund persönlicher Besonderheiten eventuell unzutreffende Bewertung ist ein **Widerspruchsrecht** nach § 35 Abs. 5 BDSG zuzugestehen¹²⁹.

Landesbeauftragter für den Datenschutz Niedersachsen:

*„Weitere Leitplanken zum Einsatz von Scoringssystemen“
(Auszug)*

„Soweit eine Erhebung der Daten für ein Scoring auf der Grundlage des § 28 BDSG erfolgt, ist der Betroffene gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 2 BDSG über diesen zusätzlichen Zweck (Scoring z.B. zur Risikoeinschätzung bei Kreditvergabe) zu informieren. Dabei ist zu unterscheiden und auch deutlich zu machen, welche Daten nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG und welche nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG erhoben werden. Aus der Darstellung des Zweckes muss auch hervorgehen, welche konkreten Daten auch oder ausschließlich für ein Scoring erhoben werden.

Werden Daten über den Betroffenen nicht unmittelbar bei diesem erhoben, dürfen gemäß § 4 Abs. 2 BDSG keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass überwiegende schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt werden. Außerdem bestehen die Benachrichtigungspflichten nach § 33 Abs. 1 BDSG.

Um dem Betroffenen die Möglichkeit zu geben, entsprechende Anhaltspunkte vorbringen zu können, ist er vor der Beschaffung entsprechender Informationen - bzw. bereits vor Beginn der die Beschaffung begründenden Vereinbarung - über diese Tatsache und den Lieferanten der Daten in Kenntnis zu setzen.“

Entsprechende Zulässigkeits- und Informationsaspekte sind zu beachten, wenn der Scorewert extern, d.h. über eine Auskunftfei,

¹²⁹ Innenministerium Baden-Württemberg, Dritter Tätigkeitsbericht (2005), S. 30.

ermittelt wird, was die Übermittlung der Grunddaten des zu scoringen Kunden an die Auskunft voraussetzt.

200

Das Scoringverfahren darf nicht zu einer **automatisierten Einzelentscheidung** (§ 6a BDSG) führen, d.h., das Ergebnis darf nicht zur ausschließlichen Grundlage der Entscheidung über den Abschluss des Geschäfts gemacht werden. Dem Betroffenen muss die Möglichkeit eröffnet sein, Argumente vorzutragen, nach denen die statistische Bewertung auf ihn nicht zutrifft¹³⁰.

§ 6a Abs. 1 und 2 BDSG: (1) Entscheidungen, die für den Betroffenen eine rechtliche Folge nach sich ziehen oder ihn erheblich beeinträchtigen, dürfen nicht ausschließlich auf eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten gestützt werden, die der Bewertung einzelner Persönlichkeitsmerkmale dienen.

(2) Dies gilt nicht, wenn

1. die Entscheidung im Rahmen des Abschlusses oder der Erfüllung eines Vertragsverhältnisses oder eines sonstigen Rechtsverhältnisses ergeht und dem Begehren des Betroffenen stattgegeben wurde oder
2. die Wahrung der berechtigten Interessen des Betroffenen durch geeignete Maßnahmen gewährleistet und dem Betroffenen von der verantwortlichen Stelle die Tatsache des Vorliegens einer Entscheidung im Sinne des Absatzes 1 mitgeteilt wird. Als geeignete Maßnahme gilt insbesondere die Möglichkeit des Betroffenen, seinen Standpunkt geltend zu machen. Die verantwortliche Stelle ist verpflichtet, ihre Entscheidung erneut zu prüfen.

¹³⁰ Vgl. hierzu Bundesbeauftragter für den Datenschutz, Tätigkeitsbericht 2001-2002, Ziff. 10.5.2 zu dem beanstandeten Verfahren von Banken, von der SCHUFA übermittelte Scorewerte direkt in andere Entscheidungsparameter der Bank einzuarbeiten, die dem Kreditsachbearbeiter als Ergebnis der Computeranalyse „Kreditgewährung: ja/nein“ vorgeben, ohne die Berechnungen nachvollziehen zu können.

7.5 Soziodemografische Adressenbewertung

Als eigenständiges Bewertungsmerkmal oder als Bestandteil eines Scoringverfahrens können *soziodemografische Daten* (Daten über die soziale Struktur der Bevölkerung in bestimmten Wohnbereichen) dienen¹³¹. Die Zulässigkeit der Bewertung des Kunden mittels der als wahrscheinlich behandelten statistischen Erkenntnisse hängt davon ab, dass nur solide Aussagen und nicht zur Diskriminierung/Ghettoisierung bestimmter Bevölkerungs- oder Wohngebietsgruppen führende Daten Verwendung finden.

201

¹³¹ Vgl. hierzu nachfolgend Rdnr. 210 ff.

Kapitel V: Welche Daten können zur Fortsetzung der Kundenbeziehung genutzt werden?

1. Die Löschungs- und Sperrungspflichten nach Wegfall der Zweckbestimmung

Auch wenn der Prospekt versandt oder die Vertragsbeziehung mit dem Kunden abgewickelt, d.h. die Ware geliefert, die Dienstleistung erbracht ist, soll der Kontakt mit dem Kunden in der Regel nicht beendet werden. Die Daten sollen weiter gespeichert und für Marketingzwecke genutzt werden. Andererseits ergab sich die Berechtigung zur Speicherung daraus, dass sie z.B. für die Durchführung des Vertrages benötigt wurden (§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG). Dieser Zweck ist nunmehr - sofern nicht vertragliche Nachwirkungen bestehen¹³² - weggefallen. Fällt der Zweck, für den die Kenntnis der Daten benötigt wurde, weg, so schreibt das BDSG grundsätzlich die **Löschung** der Daten vor (§ 35 Abs. 2 Nr. 3 BDSG), d.h. die vollständige Unkenntlichmachung oder physikalische Beseitigung (§ 3 Abs. 4 Nr. 5 BDSG).

202

Regierungspräsidium Darmstadt, 13. Tätigkeitsbericht (1999), Ziffer 20: Warum Kundendaten löschen - der Speicherplatz reicht doch noch

„Bei einem bundesweit organisierten System zum (Vor-) Verkauf von Konzert- und sonstigen Eintrittskarten wurde ein Programm angewandt, bei welchem ein programmmäßiges (softwaremäßiges) Löschen von personenbezogenen Daten nicht vorgesehen war. Es bestand die Anweisung an die verkaufenden Stellen, dass der Datensatz im Bereich des Namensfeldes mit Buchstabenkombinationen zu überschreiben sei, wenn ein Kunde eine Löschung verlange.

Die Aufsichtsbehörde hält das Löschen von Bestellerdaten im

¹³² Gegebenenfalls kann dem Vertrag noch ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis mit Nebenpflichten nachfolgen; so rechtfertigt sich etwa die Speicherung von Autokäufern für Rückrufaktionen, vgl. Gola/Schomerus (Fn. 28), § 28, Rdnr. 27.

Kartenvorverkaufsgeschäft für unabdingbar, da, nachdem die Karten gekauft worden sind, ein Zweck hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten für die Vorabbestellung nicht mehr vorhanden ist. Sie forderte daher das Unternehmen auf, das Verfahren in absehbarer Zeit so zu verändern, dass für die Mitarbeiter in den einzelnen Verkaufsstellen die Möglichkeit besteht, ein automatisches programmmäßiges Löschen vorzunehmen.“

203

Anstelle der Löschung kann auch die bloße **Sperrung** genügen, d.h. die Einschränkung der weiteren Verarbeitung oder Nutzung durch entsprechende Kennzeichnung (§ 3 Abs. 4 Nr. 4 BDSG). So werden die Kundendaten zwar nach Ende der Vertragsbeziehung mit dem Kunden auf Grund handels- oder steuerrechtlicher Vorschriften weiter aufbewahrt werden müssen; dies erfolgt jedoch dann nur für diesen Zweck, so dass eine Verarbeitung oder Nutzung für Marketingzwecke entfällt, es sei denn, dass die nachfolgenden Überlegungen zum Tragen kommen.

§ 35 Abs. 2 und 3 BDSG:

- (2) (...) Personenbezogene Daten sind zu löschen, wenn (...)
3. sie für eigene Zwecke verarbeitet werden, sobald ihre Kenntnis für die Erfüllung des Zwecks der Speicherung nicht mehr erforderlich ist,
- (...).
- (3) An die Stelle der Löschung tritt eine Sperrung, soweit
1. im Falle des Absatzes 2 Nr. 3 einer Löschung gesetzliche, satzungsmäßige oder vertragliche Aufbewahrungsvorschriften entgegenstehen,
 2. Grund zur Annahme besteht, dass durch eine Löschung schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt würden, oder
 3. eine Löschung wegen der besonderen Art der Speicherung nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich ist.

2. Die Möglichkeit der Zweckerweiterung oder -änderung

Das BDSG gestattet aber auch, dass Daten, die ursprünglich für einen bestimmten Zweck erhoben und gespeichert wurden, noch für andere Zwecke genutzt werden. Voraussetzung ist, dass hierfür ein berechtigtes Interesse besteht und keine erkennbaren schutzwürdigen Interessen des Kunden entgegenstehen (§ 28 Abs. 2 i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 BDSG). Bestand diese Absicht nicht bereits bei der Datenerhebung, so können Daten eines Postkäufers nunmehr auch jetzt noch unter Rückgriff auf § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG für Marketingzwecke weiter verarbeitet bzw. genutzt werden. Ebenso darf ein Hotel die Stammdaten von *Hotelgästen* speichern, um diese bei einem erneuten Aufenthalt als Service direkt auf dem Meldezettel einzudrucken. 204

Speichert dagegen eine Bank im Rahmen einer *Kreditbeantragung* erhobene Daten nach Ablehnung des Kredits noch einen Zeitraum von sechs Monaten, um ihre Filialen im Falle einer erneuten Kreditbeantragung „vorzuwarnen“, so sieht der Berliner Datenschutzbeauftragte¹³³ hierfür kein berechtigtes Interesse. 205

Einmal sei es unwahrscheinlich, dass sich der abgelehnte Antragsteller bei einem erneuten Versuch der Kreditbeantragung ausgerechnet an eine Filiale der gleichen Bank wende. Zum anderen sei es auch möglich, dass sich die persönlichen Verhältnisse des Antragstellers zwischenzeitlich geändert hätten. Keine Bedenken hatte man hingegen gegen die Umwidmung eines Teils der Antragsdaten in Werbedaten, sofern sich die Bank auf die nach § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BDSG privilegierten *Listendaten* beschränkte. 206

Als rechtmäßig anzusehen ist es auch, Personen, die sich eine Leistung unentgeltlich „erschleichen“, nicht nur zwecks Beitrei- 207

¹³³ Berliner Beauftragter für Datenschutz und Akteneinsicht, Jahresbericht 2000, Ziffer 4.6.1.

bung des Entgelts sondern auch im Hinblick auf im Wiederholungsfall zu ergreifende Konsequenzen zu erfassen¹³⁴.

Berliner Datenschutzbeauftragter, Jahresbericht 1998, Ziffer 3.3 zu Schwarzfahrerdateien (Auszug)

„Zweck der Datenerhebung ist einerseits die Beitreibung des erhöhten Beförderungsentgelts und zum anderen die Erfassung von Wiederholungsfällen (gegebenenfalls mit dem Ziel der Anzeigeerstattung wegen Beförderungerschleichung). Letzteres Interesse besteht auch dann, wenn der Schwarzfahrer das erhöhte Beförderungsentgelt sofort bar bezahlt. Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung der Deutschen Bahn (DB) sowie der S-Bahn ist § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG, für die der Berliner Verkehrsbetriebe (BVG) § 3 Abs. 1 der BetriebsVO.

Sowohl DB als auch S-Bahn haben ein berechtigtes (wirtschaftliches) Interesse daran, den ihnen jeweils zustehenden erhöhten Fahrpreis einzufordern. Sie haben auch ein berechtigtes Interesse daran, als Verletzte Strafanzeige zu erstatten. Ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss dieser Datenspeicherung kann nicht anerkannt werden.

Von großer Bedeutung für die Betroffenen ist natürlich die Frage, wie lange die Daten gespeichert werden.

Die Speicherdauer bei den Vorgängen der DB beträgt grundsätzlich ein Jahr, das bei einem Wiederholungsfall erneut zu laufen beginnt, maximal jedoch drei Jahre. Bedenken gegenüber dieser Speicherfrist bestehen nicht, da das Unternehmen drei Jahre lang die Beförderungerschleichung strafrechtlich verfolgen lassen kann (§ 78 Abs. 2 Nr. 5 Strafgesetzbuch), andererseits aber nicht verfolgen lässt, wenn der Betroffene innerhalb eines Jahres nicht nochmals auffällt. Insofern ist die Kenntnis der Daten für diese Zeiträume erforderlich im Sinne des § 35 Abs. 2 Nr. 3 BDSG.“

¹³⁴ Zu Warndateien vgl. auch vorstehend Rdnr. 185 ff.

Ergibt sich z.B. nach Übernahme des Unternehmens in einen Konzern der Wunsch, die vorhandenen Kundendaten auch anderen konzernangehörigen Gesellschaften zur Verfügung zu stellen, so ist dies, jedenfalls wenn der in § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BDSG genannte Datenkatalog¹³⁵ nicht überschritten wird, regelmäßig gestattet¹³⁶. Im Übrigen kommt ein Versand der Werbebotschaft durch die neue Konzerngesellschaft in Betracht - gegebenenfalls unter Einschaltung eines sog. *Lettershops*.

208

3. Mehr Wissen über den Kunden

3.1 Neue Methoden der Zielgruppenfindung

Um den Kunden z.B. durch seinen potenziellen Wünschen entsprechende Angebote an das Unternehmen zu binden, besteht der Wunsch, den Kunden besser kennen zu lernen. Dazu dienen unter anderem die Verfahren zum Verbraucherscoring, die Auswertung von bislang unstrukturierten Kundendaten im Rahmen von Data-warehouse- und Dataminingverfahren sowie das sog. Customer Relationship Management (CRM).

209

3.2 Verbraucherscoring/soziodemografische Bewertung

Wie bereits erwähnt, werden *Scoringverfahren* insbesondere zum Ausschluss von Kreditrisiken eingesetzt. Scoringverfahren können aber auch genutzt werden, um die Wahrscheinlichkeit eines bestimmten *Konsumentenverhaltens* zu ermitteln. Prognostiziert werden etwa die Reaktion auf Werbeansprache, Abschlusswahrscheinlichkeiten in Bezug auf Verträge, das Inkassoverhalten sowie die Wahrscheinlichkeit von Leistungsstörungen¹³⁷. Ermittelt werden sollen Kunden, die die Absicht haben, zur Konkurrenz zu

210

¹³⁵ Vgl. hierzu im Einzelnen vorstehend Rdnr. 67 ff.

¹³⁶ Hinsichtlich der sich insoweit bei international tätigen Konzernen ergebenden Probleme vgl. nachfolgend Rdnr. 245 ff.

¹³⁷ Vgl. Weichert, Datenschutzrechtliche Anforderungen an Verbraucher-Kredit-Scoring, DuD 2005, S. 582.

wechseln. Auch können Produkte identifiziert werden, die der Kunde wahrscheinlich kaufen würde. Einsatz finden die Systeme bei Kundenanfragen ebenso wie bei der Beurteilung des weiteren Kaufverhaltens vorhandener Kunden.

Zitat aus der Kundeninformation eines Dienstleisters¹³⁸:

„Dazu vergleichen die Systeme die Interessentendaten mit dem Idealprofil von Kunden, die bereits in einer Datenbank gespeichert sind. Kunden, die einen attraktiven Customer-Lifetime-Value aufweisen, die von ihren Wünschen, Affinitäten besonders gut zum Unternehmen passen und mit der Geschäftsbeziehung zufrieden sind. Die verwendeten Daten können Produktnutzungsdaten, Hobbys, Alter etc. sein.“

- 211 Die Zulässigkeit, derartige Auswertungen ohne Einwilligung durchzuführen, hängt auch hier davon ab, welcher Art die Erkenntnisse sind und zu welchen Zwecken sie verwendet werden.
- 212 Ist Konsequenz einer auf Grund objektiver und nicht diskriminierender Kriterien ermittelten negativen Prognose, dass dem Interessenten/Kunden nur wenig oder gar keine Aufmerksamkeit gewidmet wird, dass seine Anfrage standardmäßig beantwortet wird oder dass kein Kontakt mehr mit ihm gesucht wird, so wird dies im Regelfall seine schutzwürdigen Interessen nicht beeinträchtigen und auch nicht gegen das Verbot der **automatisierten Einzelentscheidung**¹³⁹ (§ 6a BDSG) verstoßen. Dieses greift nur, wenn die negative Entscheidung eine rechtliche Folge nach sich zieht oder den Betroffenen erheblich beeinträchtigt. Wird die Adresse des Betroffenen durch Auswertung seines Kaufverhaltens, seiner Wohnumgebung etc. bewertet, um seine Kaufkraft oder seine potenziellen Kaufinteressen zu ermitteln, so liegt hierin zwar die Bewertung einzelner Persönlichkeitsmerkmale¹⁴⁰. Wird darauf gestützt ausschließlich automatisiert darüber entschieden, ob dem Betroffenen Prospekte zugesendet werden sollen oder ob er in eine Datei mit besonders zu pflegenden Kunden aufgenommen

¹³⁸ www.crm-expert-site.de; Beratungsbrief 10/04.

¹³⁹ Vgl. hierzu vorstehend Rdnr. 200.

¹⁴⁰ Gola/Schomerus (Fn. 28), § 6a, Rdnr. 10.

men wird, so ist indes die geforderte negative Rechtsfolge oder erhebliche Beeinträchtigung nicht gegeben¹⁴¹.

Gleichermaßen zu bewerten ist die mit entsprechender Zielrichtung erfolgende Bewertung von Kunden mit **soziodemografischen Daten**. 213

3.3 Datawarehouse/Datamining

Der Begriff des **Datawarehouse**¹⁴² stammt aus dem Informationsmanagement in der Betriebswirtschaft. Ein Datawarehouse ist eine zentrale Datensammlung, deren Inhalt für verschiedene unspezifizierte Zwecke langfristig ausgewertet werden soll. Die Daten werden i.d.R. aus dem operativen Geschäft eines Unternehmens heraus dupliziert und aufgearbeitet, bevor sie in das Datawarehouse einfließen. **Datamining** bezeichnet den Prozess, mit dem ein Datawarehouse analysiert und ausgewertet wird. Von der Akkumulierung der Daten verspricht man sich, bisher unbekannte Zusammenhänge zwischen den Einzeldaten erkennen zu können. 214

Die Verarbeitung von Kundendaten innerhalb eines solchen Systems wird nicht selten nur auf Grund einer **Einwilligung** zulässig sein. Etwas anderes gilt natürlich, wenn es sich um anonymisierte Datensätze handelt. 215

3.4 Profilbildung

Führen die Auswertungen des Kundenverhaltens und der durch Scoring und/oder soziodemografische Bewertungen gewonnenen Erkenntnisse dazu, den Kunden nicht nur einer bestimmten Zielgruppe zuzuordnen sondern in seinem über das konkrete bzw. 216

¹⁴¹ Vgl. die entsprechende Begründung zur EU-Datenschutzrichtlinie bei Ehmann/Helfrich, EG-Datenschutzrichtlinie, Köln 1999, Art. 15, Rdnr. 18 f.

¹⁴² Baeriswyl, Data Mining und Data Warehousing: Kundendaten als Ware oder geschütztes Gut, RDV 2000, S. 6; Möller, Data Warehouse als Warnsignal an die Datenschutzbeauftragten, DuD 1998, S. 555; Möncke, Data Warehouse - eine Herausforderung für den Datenschutz, DuD 1998, S. 561.

vermutete Konsumverhalten hinausgreifenden **Persönlichkeitsprofil** abzubilden, so besteht ein Konflikt mit datenschutzrechtlichen Grundprinzipien¹⁴³, wobei es in der Praxis nur schwer bestimmbar ist, wann hinsichtlich Quantität und Qualität der Daten über einen Kunden eine mit dem Anspruch auf Persönlichkeitsschutz nicht mehr zu vereinbarende Grenze zur Bildung des Persönlichkeitsprofils überschritten ist. Des Weiteren ergibt sich die Frage, wie der vom Gesetz gewollten Transparenz gegenüber den Betroffenen - u.a. im Zusammenhang mit der Abgabe einer Einwilligung - praxisgerecht Rechnung getragen werden kann.

Mikrozensusentscheidung des Bundesverfassungsgerichtes¹⁴⁴

„Mit der Menschenwürde wäre es nicht zu vereinbaren, wenn der Staat das Recht für sich in Anspruch nehmen könnte, den Menschen zwangsweise in seiner ganzen Persönlichkeit zu registrieren und zu katalogisieren, sei es auch in der Anonymität einer statistischen Erhebung, und ihn damit wie eine Sache zu behandeln, die einer Bestandsaufnahme in jeder Beziehung zugänglich ist.“

4. Wie erhalte ich die Kundenbeziehung?

4.1 Customer Relationship Management (CRM)

217

Das **Customer Relationship Management¹⁴⁵** (CRM) „versucht mit Hilfe moderner Informations- und Kommunikationstechnologien auf lange Sicht profitable Kundenbeziehungen durch ganzheitliche und individuelle Marketing-, Vertriebs-, und Service-

¹⁴³ Jacob/Jost in „Marketingnutzung von Kundendaten und Datenschutz - ein Widerspruch?“, DuD 2003, 621; von Lewinski, Persönlichkeitsprofile und Datenschutz bei CRM, RDV 2003, S. 122.

¹⁴⁴ BVerfG, Beschluss vom 16.07.1969 - 1 BvL 19/63 -, BVerfGE 27, 1.

¹⁴⁵ Zu den insoweit auftretenden datenschutzrechtlichen Fragestellungen vgl. auch Taeger, Kundenprofile im Internet - Customer Relationship Management und Datenschutz, K&R 2003, S. 220; ferner Wimmer, Privacy-based Marketing - kundenzentrierte Ansätze im CRM, Oldenburger Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht, Bd. 16, 2005.

konzepte aufzubauen und zu festigen⁴⁴⁶.

Vereinfacht ausgedrückt besteht ein CRM-System aus Datenbankanwendungen, die eine strukturierte und automatisierte Erfassung von Kundenkontakten und -daten ermöglichen. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht besteht der Anspruch, sämtliche Daten der Kunden und ihrer Transaktionen zu speichern. CRM-Systeme bereiten diese Daten derart auf, dass sie allen Stellen im Unternehmen in geeigneten Konstellationen u.a. in einer **Kundendatenbank** zur Verfügung stehen. Typische Informationsfelder bestehen in den Grunddaten (Adressdaten etc.), Potenzialdaten (Anhaltspunkte für kundenindividuelle Nachfragevolumen in der Zukunft), Aktionsdaten (Historie der kundenspezifischen Aktionsdaten) und Reaktionsdaten (Historie des Kundenverhaltens)¹⁴⁷.

218

4.2 Kundenkonto

Das **Kundenkonto**-Modell ist ein typisches Instrument der Kundenbindung. Mit dem Kunden wird eine Art vertragliche Rahmenbeziehung begründet, die z.B. Funktionen wie eine persönliche Bestellverwaltung, die Verwaltung unterschiedlicher Lieferadressen und Zahlungsmethoden, die Teilnahme an Sonderaktionen oder das Anlegen von „Merk- oder Wunschzetteln“ eröffnet. Das Unternehmen speichert die **Stammdaten** des Kunden und kann bei Folgebestellungen auf diese zurückgreifen. Dem Kunden wird die erneute An- bzw. Eingabe der Daten erspart.

219

Die Speicherung und Verarbeitung von Daten im Rahmen eines Kundenkontos ist gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG zulässig. Dies gilt jedenfalls insoweit, als die Stammdaten des Kunden betroffen sind. Sollen weitere Daten gespeichert und verarbeitet werden, hängt die Zulässigkeit von der Ausgestaltung des Kun-

220

¹⁴⁶ Vgl. Hettich/Hippner/Wilde: Customer Relationship Management (CRM), in: Das Wirtschaftsstudium, Jahrgang 29, Nr. 10/2000, S. 1346 bis 1366; vgl. ferner bei Wimmer, Privacy-based Marketing - kundenzentrierte Ansätze im CRM, S. 14 ff.

¹⁴⁷ Vgl. ferner bei Wimmer, Privacy-based Marketing - kundenzentrierte Ansätze im CRM, S. 36 ff.

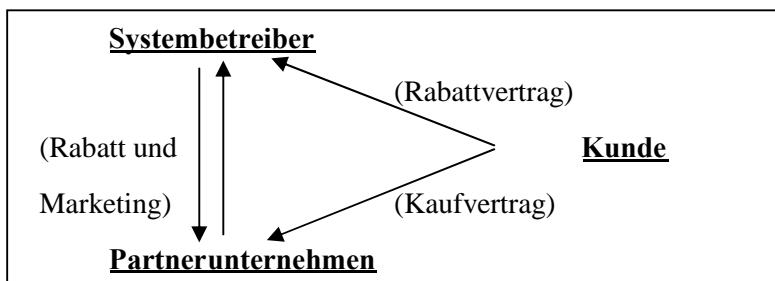
denkontomodells im Einzelnen ab. Ist beispielsweise vorgesehen, eine **Bestellhistorie** für Garantiezwecke zu speichern, wäre die entsprechende Datenverarbeitung ebenfalls gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG zulässig. Anders verhält es sich, wenn die Daten schwerpunktmäßig im Interesse des Unternehmens genutzt werden sollen. Die werbliche Auswertung und Nutzung der Daten ist gegebenenfalls, unter dem Aspekt des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG, hilfsweise einer **Einwilligung** zu beurteilen.

4.3 Kundenkarten

- 221 Kundenbindungssysteme in Form von **Kundenkarten**¹⁴⁸ werden in zwei verschiedenen Grundformen angeboten. Zum einen existieren einfache Kundenkarten, die Unternehmen für ihre eigenen Kunden ausgeben, um diese mit Vergünstigungen und besonderen Serviceleistungen an das Unternehmen zu binden (Kundenbindungssysteme im 2-Parteien-Verhältnis). Daneben ist seit einigen Jahren eine neue Entwicklung hin zu unternehmensübergreifenden **Kundenbindungssystemen** zu beobachten. Der Kunde kann seine Karte dabei in allen angeschlossenen Unternehmen einsetzen (Kundenbindungssysteme im Mehr-Parteien-Verhältnis).
- 222 Ähnliche Entwicklungen haben sich in einzelnen Nischenbereichen und Regionen vollzogen. Im Rahmen eines modernen Stadtmarketings bieten Energieversorgungsunternehmen oder andere Kundenkartenbetreiber vermehrt **Bonuskarten** unter Einbeziehung des lokalen Einzelhandels (sog. **City Cards**) an.
- 223 Der große Erfolg derartiger Systeme - die Marktführer bilden Payback und Happy Digits - ist auf die beim Einsatz der Karten in Aussicht gestellten Rabatte zurückzuführen. Hierzu schließt der Kunde einen **Rabattvertrag** mit dem Systembetreiber als Herausgeber der Karte. Der Systembetreiber unterhält wiederum Vertragsbeziehungen zu den sog. Partnerunternehmen, auf Grund derer den Karteninhabern ein Rabatt - meist in Form von Gutscheinen bei dem Systembetreiber - eingeräumt wird. Neben der

¹⁴⁸ Weber/Jacob/Rieß/Ullmann, Neue Wege der Kundenbindung aus Datenschuttsicht: Bonuskarten-Systeme, DuD 2003, S. 614.

reinen Rabattgewährung enthält ein solcher Vertrag häufig auch andere Leistungen des Systembetreibers gegenüber dem Kunden. In der Regel richtet er ein Bonuskonto für den Kunden ein und übernimmt die Verwaltung und Auszahlung der *Prämienpunkte*. Die Höhe des gewährten Rabatts wird entweder vom jeweiligen Partnerunternehmen oder für ein Programm gemeinsam von allen Partnerunternehmen festgelegt.



Im Rahmen solcher Kundenkartensysteme werden unterschiedliche Daten von verschiedenen Beteiligten zu verschiedenen Zwecken verarbeitet. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist dabei zwischen den Verarbeitungszwecken „Rabattabwicklung“ und „Werbung und Marktforschung“ zu differenzieren.

224

Soweit die Verarbeitung personenbezogener Daten der Abwicklung des Rabattvertrages dient, ist sie über § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG legitimiert. Hiervon werden nicht nur die Stammdaten des Kunden (Name und Anschrift sowie weitere Kontaktmöglichkeiten) erfasst sondern auch Programmdaten wie Ort und Datum des Karteneinsatzes, Preis der erworbenen Ware oder Dienstleistung und Höhe der Rabattgutschrift. Die Erhebung und Verarbeitung von Informationen über die erworbene Ware oder Dienstleistung ist nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG nur zulässig, wenn die Höhe der Bonusgutschrift nicht von dem Preis sondern von der Art der erworbenen Ware oder Dienstleistung abhängig ist.

225

Die Speicherung und Verarbeitung von weiteren personenbezogenen Daten und die Verwendung dieser Daten zu Werbezwecken

226

ist nach Auffassung der Datenschutzaufsichtsbehörden nur zulässig, soweit eine **Einwilligung** der Betroffenen vorliegt¹⁴⁹.

Einwilligung in Werbung und Marktforschung (Payback)¹⁵⁰

„Ich erkläre ich mich einverstanden, dass die von mir angegebenen Daten sowie die Rabattdaten (Waren/ Dienstleistungen, Preis, Rabattbetrag, Ort und Datum des Vorgangs) für an mich gerichtete **Werbung** (z.B. Informationen über Sonderangebote, Rabattaktionen) **per Post** und mittels gegebenenfalls von mir beantragter Services (**SMS** oder **E-Mail-Newsletter**) sowie zu Zwecken der **Marktforschung** ausschließlich von der Loyalty Partner GmbH und den Partnerunternehmen gemäß **Nummer 2 der Hinweise zum Datenschutz** gespeichert und genutzt werden.

Mein Einverständnis kann ich jederzeit gegenüber dem PAYBACK Service Center oder der Loyalty Partner GmbH, Postfach 232102, 85330 München-Flughafen widerrufen.“

- 227 Sollen ausschließlich anonymisierte Datensätze in das System fließen, bestehen aus datenschutzrechtlicher Sicht keine Bedenken.
- 228 Einige Kundenkarten werden zusätzlich mit einer **Kreditkartenfunktion** angeboten. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist insofern zu beachten, dass der Systembetreiber Daten von dem Kreditkartenanbieter nur erhalten darf, wenn eine entsprechende **Einwilligung** des Kunden - gegebenenfalls mit der Entbindung von der Wahrung des Bankgeheimnisses - vorliegt. Dies gilt sowohl für die im Rahmen des Kreditkartenantrags gemachten Angaben als auch für Daten, die beim Einsatz der Karte anfallen.

¹⁴⁹ Vgl. hierzu Innenministerium Baden-Württemberg, Datenschutz im nicht öffentlichen Bereich, Dritter Tätigkeitsbericht (2005), S. 120 ff.

¹⁵⁰ Nach Auffassung des LG München I vom 09.03.2006 - 12 O 12679/05 - (nicht rechtskräftig) darf die Einwilligung nicht als „Opt-Out“-Klausel gestaltet sein.

5. Schutz vor unerwünschten Kunden durch Videoüberwachung

Zum eigenen Schutz - gegebenenfalls aber auch zum Schutz der Kunden - vor Diebstählen, Vandalismus und Überfällen werden Verkaufsräume, Ladengeschäfte, Eingangsbereiche, Flure von Hotels etc. häufig durch *Videokameras* überwacht. Teilweise dient die Technik nur zur Übertragung von Bildern auf einen Bildschirm, teilweise werden die Bilder aber auch aufgezeichnet. 229

Seine Reglementierung hat der Einsatz derartiger Überwachungstechnik unter anderem in § 6b BDSG gefunden, der die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optisch-elektronischen Einrichtungen regelt. 230

§ 6b BDSG regelt die Überwachung von sich in *öffentlich zugänglichen Räumen* aufhaltenden Personen. Der Begriff „Raume“ ist im Sinne öffentlich zugänglicher „Bereiche“ zu verstehen. Für das Vorliegen eines öffentlich zugänglichen Raumes ist entscheidend, ob der Raum entweder dem öffentlichen Verkehr gewidmet ist oder nach dem erkennbaren Willen des Berechtigten von jedermann genutzt oder betreten werden darf. Dies trifft z.B. auf Ausstellungsräume eines Museums, Verkaufsräume eines Warenhauses, Schalterhallen eines Bahnhofs ebenso zu wie auf Schwimmbäder oder Bibliotheken. Ob für die Nutzung ein Entgelt zu entrichten ist, spielt keine Rolle, sofern der Zutritt jedem Zahlenden eröffnet ist. 231

Für die Überwachung von Kunden in *Verkaufsräumen* kommen zwei der in § 6b Abs. 1 BDSG genannten Zweckbestimmungen in Frage, die Wahrnehmung des *Hausrechts* (Nr. 2) und die Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke (Nr. 3). Hinsichtlich der Zulässigkeit der Videoüberwachung ist dabei danach zu differenzieren, ob über die Videokamera lediglich eine Beobachtung erfolgt (§ 6b Abs. 1 BDSG) oder ob auch aufgezeichnet wird (§ 6b Abs. 3 BDSG). Eine *Aufzeichnung* ist nur dann erforderlich, wenn eine direkte Überwachung aus objektiven Gründen nicht möglich ist. Ist in einem angemessenen Zeitraum nach der Aufzeichnung kein Auswertungsanlass (z.B. Verdacht einer Straftat) eingetreten, ist die Aufzeichnung zu löschen. 232

§ 6b BDSG: (1) Die Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optischelektronischen Einrichtungen (Videoüberwachung) ist nur zulässig, soweit sie

1. zur Aufgabenerfüllung öffentlicher Stellen,
2. zur Wahrnehmung des Hausrechts oder
3. zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke

erforderlich ist und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen.

(2) Der Umstand der Beobachtung und die verantwortliche Stelle sind durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen.

(3) Die Verarbeitung oder Nutzung von nach Absatz 1 erhobenen Daten ist zulässig, wenn sie zum Erreichen des verfolgten Zwecks erforderlich ist und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen. Für einen anderen Zweck dürfen sie nur verarbeitet oder genutzt werden, soweit dies zur Abwehr von Gefahren für die staatliche und öffentliche Sicherheit sowie zur Verfolgung von Straftaten erforderlich ist.

(4) Werden durch Videoüberwachung erhobene Daten einer bestimmten Person zugeordnet, ist diese über eine Verarbeitung oder Nutzung entsprechend den §§ 19 a und 33 zu benachrichtigen.

(5) Die Daten sind unverzüglich zu löschen, wenn sie zur Erreichung des Zwecks nicht mehr erforderlich sind oder schutzwürdige Interessen der Betroffenen einer weiteren Speicherung entgegenstehen.

233

In jedem Fall ist das Interesse an der Überwachung abzuwägen mit entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen des Betroffenen. Insofern ist zunächst davon auszugehen, dass eine Überwachung in Umkleide-, Dusch- oder Toilettenräumen regelmäßig

unzulässig ist¹⁵¹. Diesbezüglich ist auch die spezielle Strafvorschrift des § 201a StGB zu beachten¹⁵². Wesentlicher Punkt im Rahmen der Abwägung ist im Übrigen die Intensität der Beobachtung, also die Frage, ob der Kunde nur gelegentlich (etwa beim Betreten des Eingangsbereichs) oder dauernd erfasst wird. Schließlich ergibt sich aus der Interessenabwägung auch der bereits angesprochene Vorrang der bloßen Beobachtung vor der Aufzeichnung.

Der Umstand der Videoüberwachung und die verantwortliche Stelle sind gemäß § 6b Abs. 2 BDSG in geeigneter Weise (z.B. durch ein entsprechendes *Hinweisschild*) transparent zu machen. Die Bestimmung der insoweit geeigneten Maßnahmen bleibt der beobachtenden Stelle überlassen.

234

Häufig wird die Tatsache der Beobachtung bereits dadurch erkennbar sein, dass die Videokamera für jedermann sichtbar installiert ist.

235

¹⁵¹ Vgl. Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit NW, Bericht 2005, S. 46 ff.

¹⁵² Vgl. hierzu bei Gola, Der neue strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen im Lichte der Zulässigkeits- und Straftatbestände des BDSG, RDV 2004, S. 215.

Kapitel VI: Wann dürfen Kundendaten weitergegeben werden?

1. Allgemeines

Es wurde bereits aufgezeigt¹⁵³, dass Kundendaten im Rahmen der Erlaubnistatbestände des § 28 Abs. 1 und 3 BDSG auch anderen Unternehmen für Werbezwecke zur Verfügung gestellt werden dürfen. Eine nachfolgend noch anzusprechende Problematik ergibt sich jedoch dann, wenn diese Unternehmen außerhalb der EU angesiedelt sind. 236

Keiner Frage bedarf es auch, dass ein Unternehmen die zur Einleitung von rechtlichen Schritten gegen säumige Kunden erforderlichen Kundendaten an einen Rechtsanwalt oder das Gericht übermitteln darf (§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG). Besonderer datenschutzrechtlicher Betrachtung bedarf jedoch die Einschaltung von Inkassounternehmen. 237

Im Übrigen können zur Anbahnung, Aufrechterhaltung oder Abwicklung der Kundenbeziehung im Rahmen sog. Auftragsdatenverarbeitung Dienstleistungen Dritter in Anspruch genommen werden, denen hierfür der Zugriff auf Kundendaten gewährt werden muss. 238

Eine Weitergabe von Kundendaten erfolgt schließlich auch, wenn ein Unternehmen Kunden als Referenz benennt bzw. mit Namen und/oder Bild in Prospekten und Anzeigen veröffentlicht. 239

2. Inanspruchnahme von Dienstleistern/Auftragsdatenverarbeitung

Zur Verarbeitung von Kundendaten nehmen die Unternehmen vielfach die Unterstützung von Dienstleistern¹⁵⁴ im Rahmen einer 240

¹⁵³ Vgl. hierzu im Einzelnen vorstehend Rdnr. 65 ff.

¹⁵⁴ Zur Pflicht, hierüber zu informieren, vgl. vorstehend Rdnr. 40 ff. und nachfolgend Rdnr. 274.

in § 11 BDSG geregelten *Auftragsdatenverarbeitung* in Anspruch. Dabei kann es etwa um die Erhebung und Speicherung von Kundendaten durch ein mit dem Kundenkontakt beauftragtes externes *Call Center* gehen. Oder ein *Lettershop* bzw. eine Druckerei werden beauftragt, Werbeschreiben, Prospekte, Zeitschriften oder sonstige Medien direkt an vom Auftraggeber bereitgestellte Kundenadressen auszuliefern. Oder ein *Meinungsforschungsinstitut* soll eine Erhebung zur Kundenzufriedenheit durchführen.

241 Werden zu derartigen Zwecken dem beauftragten Dienstleister von dem Auftraggeber Kundendaten zur Verfügung gestellt oder gibt der Dienstleister für den Auftraggeber erhobene Daten an diesen weiter, so steht diesen Vorgängen das Zulässigkeitsregime des BDSG nicht entgegen, da die Datenflüsse zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vom BDSG nicht dem Vorgang der *Datenübermittlung* zugeordnet werden. Der Auftragnehmer wird vielmehr so behandelt, als ob er „Teil“ des den Auftrag erteilenden Unternehmens wäre.

242 Voraussetzung für diese „Privilegierung“ ist jedoch, dass der Auftraggeber „*Herr der Daten*“ bzw. Datenverarbeitungen bleibt, d.h., der Auftragnehmer ausschließlich¹⁵⁵ im Rahmen der vom Auftraggeber erteilten Weisungen handelt (§ 11 Abs. 3 BDSG). Diese hat der Auftraggeber in einem schriftlich abzuschließenden Vertrag zu fixieren, wobei auch die von dem Auftragnehmer zu treffenden technischen und organisatorischen Maßnahmen festzulegen sind¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Zu der sowohl zwischen den Aufsichtsbehörden als auch in der Literatur unterschiedlichen Beurteilung der Zulässigkeit eines dem Auftragnehmer eingeräumten Ermessensspielraums und zur Abgrenzung der Auftragsdatenverarbeitung zur Funktionsübertragung vgl. etwa Sutschet, Auftragsdatenverarbeitung und Funktionsübertragung, RDV 2004, S. 97; Kramer/Herrmann, Auftragsdatenverarbeitung, CR 2003, S. 938; Mithlein/Heck, Outsourcing und Datenschutz, 3. Auflage, Frechen 2006, S. 34 ff.

¹⁵⁶ Vertragsmuster und zahlreiche weiterführende Hinweise zur Auftragsdatenverarbeitung finden sich in der GDD-Broschüre „Datenschutz beim Outsourcing“, 2. Auflage, 2006.

§ 11 BDSG: (1) Werden personenbezogene Daten im Auftrag durch andere Stellen erhoben, verarbeitet oder genutzt, ist der Auftraggeber für die Einhaltung der Vorschriften dieses Gesetzes und anderer Vorschriften über den Datenschutz verantwortlich. (...)

(2) Der Auftragnehmer ist unter besonderer Berücksichtigung der Eignung der von ihm getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen sorgfältig auszuwählen. Der Auftrag ist schriftlich zu erteilen, wobei die Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung, die technischen und organisatorischen Maßnahmen und etwaige Unterauftragsverhältnisse festzulegen sind. (...) Der Auftraggeber hat sich von der Einhaltung der beim Auftragnehmer getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen zu überzeugen.

(3) Der Auftragnehmer darf die Daten nur im Rahmen der Weisungen des Auftraggebers erheben, verarbeiten oder nutzen. Ist er der Ansicht, dass eine Anweisung des Auftraggebers gegen dieses Gesetz oder andere Vorschriften des Datenschutzes verstößt, hat er den Auftraggeber unverzüglich darauf hinzuweisen.

(4) (...)

Die von dem Auftraggeber angewiesenen Erhebungen, Verarbeitungen oder Nutzungen müssen sich natürlich im Rahmen des BDSG bewegen. Der Auftraggeber darf dem Auftragnehmer nur solche Tätigkeiten übertragen, die er ohne Verstoß gegen das BDSG auch selbst vornehmen könnte.

243

Die Privilegierung der Weitergabe von Daten im Rahmen einer Auftragsvergabe greift jedoch nicht mehr, wenn der Auftragnehmer in sog. *Drittstaaten*¹⁵⁷ (d.h. Ländern außerhalb der EU) angesiedelt ist (§ 3 Abs. 8 S. 3 BDSG).

244

¹⁵⁷ Gola/Klug, Grundzüge des Datenschutzrechts, München 2003, S. 61.

3. Weitergabe von Kundendaten an Stellen im Ausland

3.1 Freier Datenfluss innerhalb der EU

245 Sollen Kundendaten an *ausländische Stellen*, beispielsweise grenzüberschreitend an konzernangehörige Unternehmen weitergeleitet werden, so ist im Hinblick auf die Zulässigkeit der Weitergabe zwischen EU- bzw. EWR¹⁵⁸-angehörigen Staaten und Drittländern¹⁵⁹ zu *differenzieren*. Erfolgt die Datenweitergabe an eine Stelle innerhalb der EU respektive des Europäischen Wirtschaftsraums, so ist die Zulässigkeit an denselben Kriterien festzumachen, wie sie für eine Datenweitergabe zwischen zwei in Deutschland ansässigen Unternehmen gelten. Wenn Kundendaten von einem deutschen Auftraggeber im Rahmen der *Auftragsdatenverarbeitung* an einen Auftragnehmer mit Sitz in der EU bzw. dem EWR weitergegeben werden, liegt keine Datenübermittlung im Sinne von § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG vor, da der Auftragnehmer hierbei nicht Dritter ist (§ 3 Abs. 8 S. 3 BDSG). Befindet sich der Empfänger der Daten jedoch in einem „unsicheren“¹⁶⁰ Drittland bedarf es im Regelfall zusätzlicher ausreichender Schutzgarantien.

3.2 Weitergabe in Drittländer

246 Voraussetzung für die Weitergabe von Kundendaten in sog. *Drittländer* ist zunächst einmal, dass diese Datenübermittlungen auch innerhalb Deutschlands bzw. der EU zulässig wären.

Darüber hinaus gestatten die §§ 4b, 4c BDSG Datenübermittlungen in sog. Drittländer grundsätzlich aber auch nur dann, wenn bei dem Empfänger ein *angemessenes Schutzniveau* gewährleistet

¹⁵⁸ EU-Staaten sowie Norwegen, Island und Liechtenstein.

¹⁵⁹ Vgl. hierzu etwa Räther/Seitz, Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer, MMR 2002, S. 425.

¹⁶⁰ § 4b Abs. 2 S. 2 BDSG regelt die Angemessenheit des Schutzniveaus beim Datenempfänger als grundsätzliche Übermittlungsvoraussetzung.

tet ist¹⁶¹, d.h. keine Datenschutzgefährdungen des Betroffenen dadurch entstehen, dass seine Daten in ein gegebenenfalls „datenschutzloses“ Ausland gelangen.

Allein unter den in § 4c Abs. 1 BDSG enumerativ aufgeführten **Ausnahmetatbeständen** ist die Weitergabe von Kundendaten an Stellen in Drittländern auch ohne angemessenes Schutzniveau zulässig. Abgesehen von der **Einwilligung**¹⁶² des Kunden (§ 4c Abs. 1 Nr. 1 BDSG) gestatten § 4c Abs. 1 Nr. 2 und 3 BDSG Drittlandtransfers, die im Rahmen von vorvertraglichen Maßnahmen bzw. zur Vertragsabwicklung erforderlich sind. § 4c Abs. 1 Nr. 2 BDSG¹⁶³ ist einschlägig, wenn die vertragliche Leistung bzw. das vorvertragliche Verhältnis die Datenübermittlung ins Drittland bedingt. Die Vorschrift setzt voraus, dass der Betroffene **Vertragspartei** ist bzw. dass er die vorvertraglichen Maßnahmen veranlasst hat. Erlaubt ist hier beispielsweise die Verarbeitung von Daten zur Ausarbeitung von Angeboten über touristische Leistungen und gegebenenfalls zur vorläufigen Reservierung durch ein Reisebüro auf Wunsch des Betroffenen. Neben internationalen Beförderungsleistungen und der Reservierung von Hotels, Mietwagen etc. im Drittland kommen auch Datenübermittlungen im Rahmen des internationalen Zahlungsverkehrs¹⁶⁴ und per Versand abgewickelte Kaufverträge als typische Beispiele in Betracht. § 4c Abs. 1 Nr. 3 BDSG betrifft Fälle, in denen die Übermittlung zum Abschluss oder zur Erfüllung eines Vertrags, der im Interesse des Betroffenen von der verantwortlichen Stelle mit einem Dritten geschlossen wurde bzw. geschlossen werden soll, erforderlich ist.

247

Ist kein Ausnahmetatbestand nach § 4c Abs. 1 BDSG gegeben, setzt die Übermittlung ein **angemessenes Schutzniveau** beim Datenempfänger im Drittland voraus (§ 4b Abs. 2 BDSG). Hin-

248

¹⁶¹ Backes/Eul/Guthmann/Martwich/Schmidt, Entscheidungshilfe für die Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer, RDV 2004, S. 156.

¹⁶² Näher hierzu Gola/Klug (Fn. 157), S. 66 ff.

¹⁶³ Räther/Seitz, Ausnahmen bei Datentransfer in Drittländer - Die beiden Ausnahmen des § 4c Abs. 2 BDSG, MMR 2002, S. 520.

¹⁶⁴ Vgl. Damman, in: Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 26 Erl. 6.

sichtlich bestimmter Drittländer hat die *EU-Kommission* das Vorliegen eines angemessenen Schutzniveaus verbindlich festgestellt¹⁶⁵. Im Übrigen kann das fehlende Datenschutzniveau durch ausreichende Garantien ausgeglichen werden. Hierzu liegen von der EU-Kommission akzeptierte *Standardvertragsklauseln* vor, die zum Gegenstand einer zwischen der übermittelnden und empfangenden Stelle zu Gunsten des Betroffenen zu treffenden Datenschutzvereinbarung zu machen sind. Daneben kann das notwendige Datenschutzniveau bei konzerninternen Übermittlungen durch *verbindliche Unternehmensregelungen* herbeigeführt werden¹⁶⁶.

4. Inkassounternehmen

- 249 Im Rahmen der Auslagerung von Verwaltungsaufgaben allgemein bzw. in Fällen der Nichterfüllung ausstehender Forderungen bedienen sich Unternehmen häufig sog. *Inkassobüros*, d.h. Dienstleistern, die sich gewerbsmäßig mit der Einziehung fremder oder zur Einziehung abgetretener Forderungen befassen. Wird die Forderung abgetreten - wie dies etwa bei den von sog. ärztlichen Verrechnungsstellen in Rechnung gestellten Arzthonoraren der Fall ist -, kann die Inkassostelle sie nunmehr im eigenen Namen geltend machen. Ansonsten versucht der Dienstleister, die Forderung im Namen seines Auftraggebers zu realisieren. Beide Fälle setzen die Weitergabe der für die Geltendmachung der Forderung erforderlichen Kundendaten an das Inkassounternehmen voraus.
- 250 Soll die Forderung für das Unternehmen eingezogen werden, so sind hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der Weitergabe der Kundendaten zwei verschiedene Konstellationen zu unterscheiden:
- 251 Handelt es sich um eine *Auftragsdatenverarbeitung* im Sinne des

¹⁶⁵ Überblick bei Gola/Schomerus (Fn. 28), § 4b, Rdnr. 14.

¹⁶⁶ Zu einer mit der Nutzung derartiger Garantien verbundenen Genehmigungspflicht vgl. Gola/Schomerus (Fn. 28), § 4c, Rdnr. 10.

§ 11 BDSG¹⁶⁷, bedarf die Offenlegung der Kundendaten keiner besonderen Befugnisnorm. Eine Auftragsdatenverarbeitung kann insbesondere dann angenommen werden, wenn lediglich der Versand standardisierter Mahnschreiben und die Überwachung eines möglichen Zahlungseingangs übertragen ist¹⁶⁸.

Andernfalls - und das ist wohl in der Praxis der Regelfall - liegt eine sog. **Funktionsübertragung** und damit eine besonders zu legitimierende Datenübermittlung vor. Eine derartige Übermittlung wird sich regelmäßig über § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG (Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle) rechtfertigen lassen. Ein Unternehmen muss grundsätzlich das Recht haben, bestehende Forderungen, die der Betroffene trotz mehrerer Mahnungen nicht bezahlt hat, mit Hilfe eines Inkassounternehmens einziehen zu lassen. Ein Überwiegen der schutzwürdigen Interessen der Betroffenen am Ausschluss der Übermittlung kann sich aber möglicherweise dann ergeben, wenn die Daten von dem Inkassounternehmen seinerseits an ein anderes Unternehmen weitergegeben werden¹⁶⁹.

252

5. Adressenvalidierung

Adressen veralten schnell. Alleine etwa 5 bis 10 % werden pro Jahr durch Umzüge überholt. Gleichwohl soll der Kontakt mit dem Interessenten bzw. Kunden aufrecht erhalten werden. Dieses Interesse besteht nicht nur im Hinblick auf weitere werbliche Ansprachen. Eventuell geht es auch darum, noch offene Ansprüche gegenüber dem Kunden durchzusetzen.

253

¹⁶⁷ Vgl. vorstehend Rdnr. 240 ff.

¹⁶⁸ Zur Abgrenzung der Auftragsdatenverarbeitung von der Funktionsübertragung bei der Inanspruchnahme von Leistungen eines Inkassobüros vgl. die umfassenden Ausführungen im Jahresbericht 1998 des Berliner Datenschutzbeauftragten, 3.3. „Die ungeahnten Folgen eines fehlenden Fahrscheins“, S. 44 ff.

¹⁶⁹ Jahresbericht 1998 des Berliner Datenschutzbeauftragten, S. 47 f. Hinsichtlich der Einschaltung von Inkassounternehmen durch Berufsheimträger vgl. Innenministerium Baden-Württemberg, Hinweis zum BDSG Nr. 40, Teil C (abgedruckt in RDV 2002, 148 ff.; im Internet bereitgestellt unter www.im.bwl.de).

- 254 Um eine Adresse auf ihre Korrektheit zu überprüfen bzw. gegen die neue Anschrift auszutauschen, können z.B. - neben anderen Direktmarketingunternehmen - die Dienstleistungen der **Deutschen Post AG** in Anspruch genommen werden. Zur Aktualisierung der Adressen bietet die Deutsche Post AG - zum Teil in Kooperation mit ihr verbundenen Unternehmen wie der Deutschen Post Direkt GmbH und der Deutschen Post Adress GmbH - diverse Dienste an.
- 255 Ein Ziel der Verarbeitung von Adressdaten durch die Deutsche Post AG ist die ihr gesetzlich (§ 7 Abs. 5 Postdienste-Datenschutzverordnung) gestattete **Anschriftenprüfung**. Auf Ersuchen externer Adressinhaber wird mitgeteilt, ob die von diesen angegebene Anschrift richtig ist. Im Rahmen des sog. Alt-/Neuabgleichs dürfen Schreibfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten bei der Angabe einer gegenwärtig bestehenden Anschrift berichtigt werden. Die Mitteilung an den externen Adressinhaber wird im Auftrag der Deutschen Post AG von der Tochtergesellschaft Deutsche Post Direkt GmbH vorgenommen.
- 256 Weiter wird im Rahmen des **Nachsendeverfahrens** zur Verhinderung der weiteren Aufgabe von Postsendungen an die Altadresse eine Bekanntgabe der vollständigen Neuadresse an den Absender vorgenommen, wenn bei Erteilung des Nachsendeauftrags eine entsprechende Einwilligungserklärung abgegeben wurde oder gesetzliche Auskunftsansprüche bestehen (z.B. Auskunftsanspruch von Gerichten und Behörden auf Mitteilung der aktuellen Anschrift zu Postzwecken). Der nötige Adressabgleich wird mit Hilfe der **Umzugsdatenbank** durchgeführt, die die Deutsche Post Adress GmbH mit den Informationen aus den Nachsendeaufträgen pflegt.
- 257 Darüber hinaus führen die Deutsche Post Direkt GmbH und zahlreiche Wettbewerber aus dem Kreis der Direktwerbeunternehmen auch Adressdatenbestände, die zur Adressvalidierung herangezogen werden. Diese **Referenzdatenbanken** beruhen auf Adressbeständen, welche von Versendern, Buchclubs, Adresshändlern usw. zur eigenen Verwendung auf Grundlage des BDSG erworben wurden.

Eine weitere Möglichkeit, zumindest die Anschrift unbekannt verzogener Schuldner zu erfahren, ergibt sich aus dem Melderecht. Die Meldebehörden dürfen Namen, Doktorgrad und Anschrift einzelner bestimmter Einwohner übermitteln (sog. einfache *Melderegisterauskunft* gemäß § 21 Abs. 1 Melderechtsrahmengesetz).

6. Eigenwerbung mit Kundendaten

6.1 Allgemeines

Soll auf dem Werbeprospekt des Hotels das Haus nicht leer, sondern bevölkert mit Gästen erscheinen, will eine Boutique mit der bei ihr einkaufenden prominenten Kundschaft werben oder sollen etwa Dankschreiben zufriedener Kunden zu Marketingzwecken genutzt werden, so ergibt sich die Frage, unter welchen rechtlichen Bedingungen dies möglich ist.

Die *Veröffentlichung* von Kundendaten ist als Sonderfall einer Übermittlung¹⁷⁰, wenn die Daten aus einer dateigebundenen oder automatisierten Verarbeitung stammen¹⁷¹, an den Zulässigkeitstatbeständen des BDSG zu messen. Für die Veröffentlichung von Bildern sind zudem die vorrangigen Regelungen des Kunsturhebergesetzes maßgebend.

6.2 Verwendung von Kundenbildern zu Werbezwecken

Sollen *Kundenbilder* zu Werbezwecken eingesetzt werden, so sind die im Kunsturhebergesetz (KunstUrhG)¹⁷² enthaltenen speziellen Regelungen zum **Schutz des Rechtes am eigenen Bild** zu beachten.

¹⁷⁰ Vgl. bei Gola/Schomerus (Fn. 28), § 3, Rdnr. 33.

¹⁷¹ Vgl. vorstehend Rdnr. 12 ff.

¹⁷² Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 09.01.1907 (RGBl. S. 7), zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.02.2001 (BGBl. I S. 266).

262

Demnach dürfen Bildnisse des Kunden grundsätzlich nur mit dessen **Einwilligung**¹⁷³ verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden, wobei eine Einwilligung im Zweifel als erteilt gilt, wenn der Kunde dafür, dass er sich abbilden ließ, eine Entlohnung erhalten hat.

KunstUrhG

§ 22: Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Die Einwilligung gilt im Zweifel als erteilt, wenn der Abgebildete dafür, dass er sich abbilden ließ, eine Entlohnung erhielt. (...)

§ 23: (1) Ohne die nach § 22 erforderliche Einwilligung dürfen verbreitet und zur Schau gestellt werden:

1. Bildnisse aus dem Bereiche der Zeitgeschichte;
2. Bilder, auf denen die Personen nur als Beiwerk neben einer Landschaft oder sonstigen Örtlichkeit erscheinen;

(...).

(2) Die Befugnis erstreckt sich jedoch nicht auf eine Verbreitung und Schaustellung, durch die ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten oder, falls dieser verstorben ist, seiner Angehörigen verletzt wird.

263

Nach § 23 Abs. 1 Nr. 2 KunstUrhG dürfen Bilder, auf denen die Personen nur als **Beiwerk** neben einer Landschaft oder einer sonstigen Örtlichkeit - also auch als Kunden im Verkaufsraum eines Warenhauses - erscheinen, ohne Einwilligung des Betroffenen verbreitet und zur Schau gestellt werden, falls hierdurch kein berechtigtes Interesse des Abgebildeten¹⁷⁴ verletzt wird.

¹⁷³ Verstöße begründen gegebenenfalls einen Schmerzensgeldanspruch, vgl. AG Nürnberg (Urteil vom 20.08.1999 - 14 C 8040/98 -, ZUM-RD 2000, 204) zur Zahlung eines Schmerzensgeldes, weil eine Partnervermittlungsgesellschaft das Foto einer Kundin unerlaubt in einer Kontaktanzeige eingesetzt hatte.

¹⁷⁴ So entschied etwa das OLG Oldenburg (GRUR 1986, S. 464 ff.), dass der Betroffene die Abbildung auf dem Werbeplakat einer politischen Partei

Ohne Einwilligung verbreitet und zur Schau gestellt werden dürfen ferner Bildnisse von **Personen der Zeitgeschichte**. Voraussetzung ist allerdings ein berechtigtes Informationsbedürfnis der Allgemeinheit¹⁷⁵. Die Bilder von Prominenten zu Werbezwecken einzusetzen, wird daher regelmäßig¹⁷⁶ nicht durch § 23 Abs. 1 Nr. 1 KunstUrhG gedeckt sein sondern eine Einwilligung erfordern.

264

6.3 Sonstige Formen der Werbung mit Kundendaten

Sollen Kunden anderen Kunden als **Referenz** benannt oder **Dankschreiben** von Kunden veröffentlicht werden, so kann sich im Geltungsbereich des BDSG die Befugnis hierzu im Rahmen der Interessenabwägung nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG ergeben. Jedoch ist davon auszugehen, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Übermittlung regelmäßig überwiegen wird. Denn mit der Weitergabe der personenbezogenen Daten können für den Kunden erhebliche Beeinträchtigungen einhergehen (z.B. Belästigung durch Nachfragen aus dem Bekanntenkreis, Aufhebung der Anonymität, je nach Art der Kundenbeziehung eventuell Offenbarung sensibler Daten).

265

Die dann erforderliche **Einwilligung** setzt eine dezidierte Information des Betroffenen darüber voraus, welche der über ihn vorhandenen Daten im Rahmen welcher Werbeaktion genutzt wer-

266

selbst dann von seiner Zustimmung abhängig machen darf, wenn er nur als Beiwerk im Sinne des § 23 Abs. 1 Nr. 2 KunstUrhG erscheint.

¹⁷⁵ Vgl. zum Fehlen dieses Interesses die sog. „Paul Dahlke“-Entscheidung des BGH (BGHZ 20, 345 ff.), bei der eine Aufnahme des Schauspielers auf einem Motorroller, die im Rahmen einer „Homestory“ erstellt worden war, von der Motorrollerfirma ohne Einwilligung zu Werbezwecken veröffentlicht wurde.

¹⁷⁶ Bejaht wurde das Informationsinteresse für die Abbildung des Tennisspielers Boris Becker in Schlagstellung auf dem Einband eines Tennislehrbuchs, das eine individuelle Lernmethode vermittelt, die sich an den verschiedenen Techniken bekannter Spieler orientiert (OLG Frankfurt, AfP 1988, S. 62 ff.).

den sollen¹⁷⁷. So geht z.B. mit der Veröffentlichung von Angaben im **Internet** auf Grund von dessen Reichweite eine gänzlich andere Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte einher als mit der Veröffentlichung von Angaben in einem Werbe-Flyer.

Formulierungsbeispiel:

„Hiermit erkläre ich mein Einverständnis, auf der Homepage der Firma XY AG als Referenzkunde genannt zu werden. Das Einverständnis bezieht sich auf die Angabe des Namens und der Kundeneigenschaft. Weitergehende Angaben, z.B. zu meiner Zufriedenheit mit den Produkten der Firma XY AG, werden nicht erfolgen.

Diese Erklärung kann jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden.“

267

Im Hinblick auf **Kundendankschreiben** ergibt sich die Frage, inwieweit in der Einsendung eines derartigen Schreibens zugleich eine konkludente, d.h. schlüssige, Einwilligung in die Veröffentlichung desselben gesehen werden kann. Dies wird regelmäßig abzulehnen sein. Aus dem Wunsch, einem bestimmten Unternehmen seine Anerkennung auszusprechen, kann nicht zwangsläufig geschlossen werden, dass das Unternehmen auch berechtigt sein soll, das Schreiben werbewirksam einzusetzen. Eine konkludente Einwilligung durch das Dankschreiben wird nur dann angenommen werden können, wenn sich aus demselben über den Umstand der Danksagung und Anerkennung hinaus besondere Anhaltspunkte für eine Zustimmung zur Veröffentlichung ergeben.

¹⁷⁷ Vgl. zum Widerruf einer Einwilligung in die Veröffentlichung von Filmaufnahmen LG Hamburg, Urteil vom 21.01.2005 - 324 O 448/04 -, RDV 2006, S. 77.

Kapitel VII: Welche Rechte kann der Betroffene geltend machen?

1. Unabdingbare Rechtspositionen

Zu den grundlegenden und ausdrücklich als unabdingbar bezeichneten Rechten des Betroffenen zählt das BDSG in § 6 Abs. 1 das Recht auf Auskunft sowie die Korrekturrechte (Berichtigung, Löschung, Sperrung). Diese Rechte stehen in unmittelbarem Zusammenhang. Nur, wenn der Betroffene weiß, wer welche Daten zu welchen Zwecken verarbeitet, kann er sich gegen unzulässige oder unrichtige Verarbeitungen wehren. Die für die Wahrnehmung seiner Rechte erforderliche Transparenz wird aber nicht nur durch das Recht auf Auskunft sondern auch durch vorgelagerte Informationspflichten sichergestellt.

268

2. Transparenzrechte

2.1 Information bei der Direkterhebung

Transparenz hinsichtlich der Verarbeitung ihn betreffender Daten wird dem Kunden zunächst dadurch geschaffen, dass die Daten in der Regel bei ihm selbst und nicht hinter seinem Rücken erhoben werden sollen (**Direkterhebungsgrundsatz**) und dass ihm dabei offen zu legen ist, wer die Daten für welche Zwecke verarbeitet (§ 4 Abs. 2 und 3 BDSG)¹⁷⁸.

269

2.2 Benachrichtigung

Werden Daten anderweitig, z.B. bei Dritten, aus allgemein zugänglichen Quellen, durch eigene Beobachtungen etc. erhoben, so sieht das BDSG in § 33 Abs. 1 die Verpflichtung des Unternehmens vor, den Betroffenen über die Speicherung zu **benachrichtigen**, d.h. ihm eine Information über die Art der Daten, die Zweckbestimmung der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung

270

¹⁷⁸ Vgl. vorstehend Rdnr. 40 ff.

und die Identität der verantwortlichen Stelle zukommen zu lassen.

- 271 Die Benachrichtigungspflicht besteht grundsätzlich nur einmal und zwar bei Datenverarbeitungen für eigene Zwecke bei der erstmaligen¹⁷⁹ Speicherung und bei Adresshändlern und sonstigen die Daten zum Zwecke der Übermittlung speichernden Stellen bei der ersten Übermittlung.
- 272 Erwirbt ein Direktmarketingunternehmen beispielsweise Adressen über Besucher von Campingmessen, um sie Herstellern von Campingartikeln zur Verfügung zu stellen, so entsteht die Benachrichtigungspflicht bei der **erstmaligen Übermittlung** (Verkauf/Vermietung¹⁸⁰) der Daten.

Formulierungsbeispiel:

Wir (oder: die XY-GmbH) speichern Ihre Adressdaten in einer Datei über Campinginteressenten, um sie namhaften Unternehmen und Institutionen zur Verfügung zu stellen, damit diese Ihnen Angebote und Informationen zukommen lassen können.

- 273 Dem Unternehmen, das die Campinginteressentendaten speichert, obliegt nunmehr ebenfalls die Pflicht, den Betroffenen hierüber zu informieren. Die Informationspflicht bezieht sich auch auf die Art der Daten, d.h., anzugeben ist auch, wenn andere als die reinen Adressdaten gespeichert sind. Handelt es sich z.B. um Adressen von Inhabern einer bestimmten Berufsgruppe, ist auch dieses mitzuteilen. Die Mitteilung kann gegebenenfalls mit der ersten werblichen Ansprache erfolgen und zwar sinnvollerweise zusammen mit der Belehrung über das Widerspruchsrecht¹⁸¹. Die Information muss jedoch derart erfolgen, dass sie ins Auge fällt und nicht z.B. im Kleingedruckten eines Katalogs untergeht.

¹⁷⁹ Vgl. jedoch auch bei Gola/Schomerus (Fn. 28), § 33, Rdnr. 16 f.

¹⁸⁰ Erfolgt die Übermittlung durch die Bereitstellung von Adressaufklebern zur einmaligen Nutzung, so wird die an sich bestehende Benachrichtigungspflicht mit Absenden des Briefes obsolet, weil damit eine Speicherung, über die zu benachrichtigen wäre, entfallen ist. Vgl. Gola/Schomerus (Fn. 28), § 33, Rdnr. 10.

¹⁸¹ Vgl. vorstehend Rdnr. 134 ff.

Formulierungsbeispiel:

Wir haben Sie in unsere Interessentendatei aufgenommen, in der Adressen und Berufsangaben gespeichert sind. Wenn Sie an Informationen über Angebote unseres Hauses nicht interessiert sein sollten, bitten wir um eine entsprechende Mitteilung, der wir selbstverständlich Rechnung tragen werden.

Werden die Daten auch Dritten zur Verfügung gestellt oder werden Auftragsdatenverarbeiter eingeschaltet, ist der Empfänger bzw. sind zumindest die Kategorien der Empfänger mitzuteilen.

274

Formulierungsbeispiel:

Der X-Verlag speichert Ihre Adressdaten für eigene Informationszwecke und ermöglicht es Unternehmen der X-Verlagsgruppe, Ihnen Informationen über ihre Produkte zukommen zu lassen. Bei der technischen Durchführung der genannten Zwecke sind teilweise externe Dienstleister eingeschaltet.

Wird der Versand der Werbebotschaft im Rahmen eines sog. **Lettershopverfahrens** durchgeführt, wird dadurch keine gesonderte Benachrichtigungspflicht ausgelöst. Der Adressat des Briefes muss aber gegebenenfalls über den Eigner der genutzten Daten informiert werden, um dort sein Widerspruchsrecht nach § 28 Abs. 4 BDSG ausüben zu können.

275

Von der Verpflichtung zur Benachrichtigung gibt es umfangreiche Ausnahmen (§ 33 Abs. 2 BDSG). So entfällt die Benachrichtigungspflicht unter anderem, wenn der Betroffene auf andere Weise Kenntnis von der Speicherung erlangt hat. Diese Kenntnis kann jedoch nicht ohne weiteres unterstellt werden, nur weil der Betroffene ein Werbeschreiben eines Unternehmens erhalten hat. Das unter dem Namen der Firma zugesandte Schreiben könnte auch unmittelbar von einem Adresshändler im Lettershop-Verfahren versandt worden sein.

276

277

Für Adresshändler besteht insbesondere dann keine Benachrichtigungspflicht, wenn nur die **Listendaten** des § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BDSG gespeichert sind und die Erfüllung der Informationspflicht unverhältnismäßig ist.

§ 33 Abs. 2 BDSG:

(2) Eine Pflicht zur Benachrichtigung besteht nicht, wenn

1. der Betroffene auf andere Weise Kenntnis von der Speicherung oder der Übermittlung erlangt hat,

(...)

7. die Daten für eigene Zwecke gespeichert sind und

a) aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen sind und eine Benachrichtigung wegen der Vielzahl der betroffenen Fälle unverhältnismäßig ist, oder

b) die Benachrichtigung die Geschäftszwecke der verantwortlichen Stelle erheblich gefährden würde, es sei denn, dass das Interesse an der Benachrichtigung die Gefährdung überwiegt, oder

8. die Daten geschäftsmäßig zum Zweck der Übermittlung gespeichert sind und

a) aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen sind, soweit sie sich auf diejenigen Personen beziehen, die diese Daten veröffentlicht haben, oder

b) es sich um listenmäßig oder sonst zusammengefasste Daten handelt (§ 29 Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe b)

und eine Benachrichtigung wegen der Vielzahl der betroffenen Fälle unverhältnismäßig ist.

Die verantwortliche Stelle legt schriftlich fest, unter welchen Voraussetzungen von einer Benachrichtigung nach Satz 1 Nr. 2 bis 7 abgesehen wird.

278

Eine weitere Ausnahme von der Benachrichtigungspflicht besteht, wenn Daten für eigene Werbezwecke aus **öffentlichen Quellen** entnommen wurden und die Benachrichtigung wegen der Viel-

zahl der Fälle unverhältnismäßig ist. Da die Benachrichtigung jedoch oft mit der ersten werblichen Ansprache erfolgen kann, wird der in diesem Zusammenhang entstehende Aufwand regelmäßig nicht als unverhältnismäßig zu werten sein.

2.3 Auskunft

Gemäß § 34 Abs. 1 BDSG kann der Betroffene auch konkret **Auskunft** verlangen über

279

- die zu seiner Person gespeicherten Daten, auch soweit sie sich auf die Herkunft der Daten beziehen,
- Empfänger oder Kategorien von Empfängern, an die die Daten weitergegeben werden, sowie
- den Zweck der Speicherung.

Da Unternehmen oft eine Vielzahl an personenbezogenen Daten speichern (z.B. Versandhandelsunternehmen, Banken oder Versicherungen), soll der Betroffene nach Möglichkeit die Art der personenbezogenen Daten, über die er Auskunft verlangt, näher konkretisieren.

280

Beispiel für eine Auskunft:

Bei uns sind folgende Daten über Sie gespeichert: (ausführen)

Wir haben Ihre Daten (gegebenenfalls weiter ausführen) von dem Unternehmen XY erhalten. Diese werden von uns zu Zwecken der Durchführung des Vertrages sowie für Direktmarketingmaßnahmen verarbeitet und genutzt. Zudem geben wir Ihre Daten an uns konzernmäßig verbundene Unternehmen weiter.

Die Auskunft ist schriftlich (§ 34 Abs. 3 BDSG) und unentgeltlich (§ 34 Abs. 5 BDSG) zu erteilen. Bei geschäftsmäßiger Datenverarbeitung zum Zwecke der Übermittlung (z.B. Auskunftfeien, Adresshändler, Markt- und Meinungsforscher) darf für die Auskunftserteilung ein Entgelt verlangt werden, wenn der Betroffene die Auskunft gegenüber Dritten zu wirtschaftlichen Zwecken nutzen kann. Dies ist z.B. bei einer SCHUFA-Selbstauskunft der

281

Fall, für die derzeit 7,60 € berechnet werden.

- 282 Bei **automatisierten Einzelentscheidungen** im Sinne von § 6a BDSG¹⁸² bezieht sich das Recht des Betroffenen auf Auskunft auch auf den logischen Aufbau der automatisierten Verarbeitung der ihn betreffenden Daten. Die verantwortliche Stelle ist allerdings nicht verpflichtet, Angaben zur Gewichtung der Einzelinformationen sowie zu ihrer wechselseitigen Abhängigkeit zu machen. Von daher erteilt die SCHUFA den Betroffenen Auskunft über die gespeicherten Daten sowie über den sich daraus ergebenden tagesaktuellen **Scorewert**.

2.4 Einsicht in das Verzeichnisse

- 283 Gemäß § 4g Abs. 2 S. 2 BDSG hat der betriebliche Datenschutzbeauftragte jedermann auf Antrag Einsicht in das sog. **Verfahrensverzeichnis** zu geben. Dieses Recht ist damit nicht nur den Betroffenen vorbehalten. Das Verzeichnis enthält einen nicht personenbezogenen pauschalen Überblick über die gesamten Datenverarbeitungen des Unternehmens und soll dem Bürger Transparenz über seine mögliche Eigenschaft als Betroffener geben¹⁸³.

Inhalt des Verfahrenszeichnisses für jedermann **(§§ 4e, 4g BDSG)**

1. Name oder Firma der verantwortlichen Stelle
2. Inhaber, Vorstände, Geschäftsführer oder sonstige gesetzliche oder nach der Verfassung des Unternehmens berufene Leiter und die mit der Leitung der Datenverarbeitung beauftragten Person
3. Anschrift der verantwortlichen Stelle
4. Zweckbestimmungen der Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung
5. eine Beschreibung der betroffenen Personengruppen und

¹⁸² Vgl. vorstehend Rdnr. 200.

¹⁸³ Eine Anleitung zur Erstellung eines Verfahrenszeichnisses enthält die GDD-Praxishilfe I „Verarbeitungsübersicht, Verfahrensverzeichnis, Vorabkontrolle“.

- der diesbezüglichen Daten oder Datenkategorien
6. Empfänger oder Kategorien von Empfängern, denen die Daten mitgeteilt werden können
 7. Regelfristen für die Löschung der Daten
 8. eine geplante Datenübermittlung in Drittstaaten

Durch Einsicht bzw. Auskunft über den Inhalt kann jeder Interessierte Informationen auch über die Datenflüsse im Kundenbereich erhalten. Eine Auskunftsverweigerung im Hinblick auf Geheimhaltungsinteressen des Unternehmens kennt das BDSG nicht.

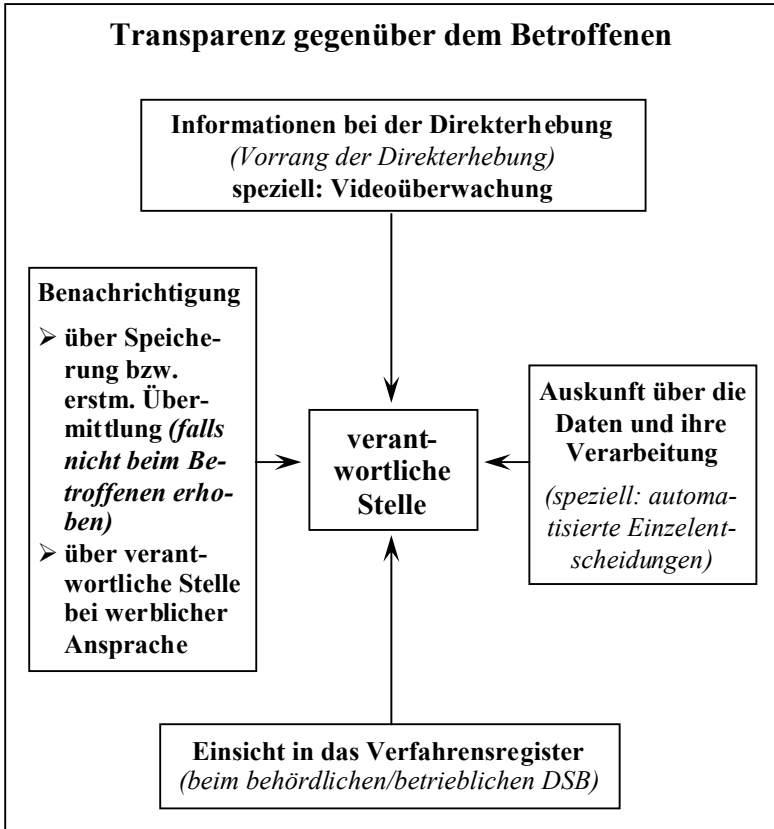
Wie die Einsicht oder die Auskunft gewährt wird, entscheidet der Datenschutzbeauftragte. Gegebenenfalls reicht auch eine mündliche Auskunft. Jedoch muss er unverzüglich tätig werden (§121 BGB).

Ein Entgelt oder die Offenlegung der Motive zu verlangen, wäre unzulässig. Hinzuweisen ist auch darauf, dass die Mitteilung von jedem Interessierten bei Nichtreaktion klageweise geltend gemacht werden könnte.

Vgl. das Beispiel in: DDV (Hrsg.), Das neue BDSG 2001 - Auswirkungen auf das Direktmarketing, Best Practice Guide Nr. 3, 3. Auflage, S. 11:

Eine Person wendet sich an ein Versicherungsunternehmen und wünscht Auskunft über die Zweckbestimmung und die Kategorien regelmäßiger Empfänger von Informationen aus bestehenden Kundendatenbanken.

Die Auskunft ist zu erteilen. Sie kann selbst dann nicht verweigert werden, wenn die Anfrage von einem Mitarbeiter eines Konkurrenzunternehmens stammt oder der Inhalt der Auskunft Geschäftsgeheimnisse enthält.



3. Gestaltungsrechte

3.1 Allgemeines

285

Die Information über die Tatsache der Speicherung von Daten und gegebenenfalls deren genaue Kenntnisnahme im Wege der Auskunft versetzt die Betroffenen in die Lage, gegen unrichtige, unzulässige oder eventuell auch nur unerwünschte Verarbeitungen vorzugehen.

3.2 Berichtigung

Gemäß § 35 Abs. 1 BDSG sind Unternehmen verpflichtet, nur korrekte Daten über den Betroffenen zu speichern. Bei Unrichtigkeit besteht ein Anspruch auf Berichtigung. Sofern anderen Unternehmen unrichtige Daten übermittelt worden sind, sind diese gemäß § 35 Abs. 6 BDSG zu verständigen.

286

3.3 Löschung

Ein Anspruch auf Datenlöschung, d.h. das völlige Unkenntlichmachen der Daten, besteht gemäß § 35 Abs. 2 S. 2 BDSG in vier Fällen:

287

- Die Speicherung ist unzulässig.
- Es handelt sich um besonders sensitive Daten, deren Richtigkeit vom Unternehmen nicht bewiesen werden kann.
- Der Zweck der Speicherung ist weggefallen.
- Soweit Daten geschäftsmäßig zum Zwecke der Übermittlung verarbeitet werden: wenn eine Prüfung jeweils am Ende des vierten Kalenderjahres beginnend mit der erstmaligen Speicherung ergibt, dass eine längerwährende Speicherung nicht erforderlich ist.

3.4 Sperrung

Im Hinblick auf das Ende der Kundenbeziehung geht das Gesetz zunächst von einer **Löschung** - d.h. der Unkenntlichmachung (§ 3 Abs. 4 Nr. 5 BDSG) - der Daten aus. Die Löschungsverpflichtung wird jedoch durch eine Pflicht zur **Sperrung** ersetzt, sofern gesetzliche, satzungsmäßige oder vertragliche Aufbewahrungsvorschriften der Löschung entgegenstehen (§ 35 Abs. 3 Nr. 1 BDSG). Sperrung bedeutet, dass die Daten gekennzeichnet werden, um ihre weitere Verarbeitung oder Nutzung einzuschränken (§ 3 Abs. 4 Nr. 4 BDSG). Sofern eine Löschung wegen der Art der Speicherung einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten würde, genügt ebenfalls die Sperrung (§ 35 Abs. 3 Nr. 3 BDSG). Dies ist regelmäßig der Fall bei Dateien, die zum Zwecke der

288

Datensicherung (Backup) gespeichert sind. Hier genügt die einfache Kennzeichnung durch Sperrvermerk.

- 289 Eine Sperrverpflichtung im Sinne einer eingeschränkten Nutzungsmöglichkeit entsteht überdies, wenn der Betroffene gemäß § 28 Abs. 4 BDSG sein Recht auf Werbewiderspruch geltend gemacht hat¹⁸⁴. Insoweit ist der Datensatz nicht komplett zu löschen sondern nur entsprechend zu kennzeichnen, um eine Nutzung zu Werbezwecken auszuschließen.
- 290 Sofern der Betroffene geltend macht, die vom Unternehmen gespeicherten Daten seien unrichtig, besteht gemäß § 35 Abs. 4 BDSG ebenfalls - bis zum Beweis des Gegenteils - die Verpflichtung zur Sperrung dieser Daten.

3.5 Allgemeines Widerspruchsrecht

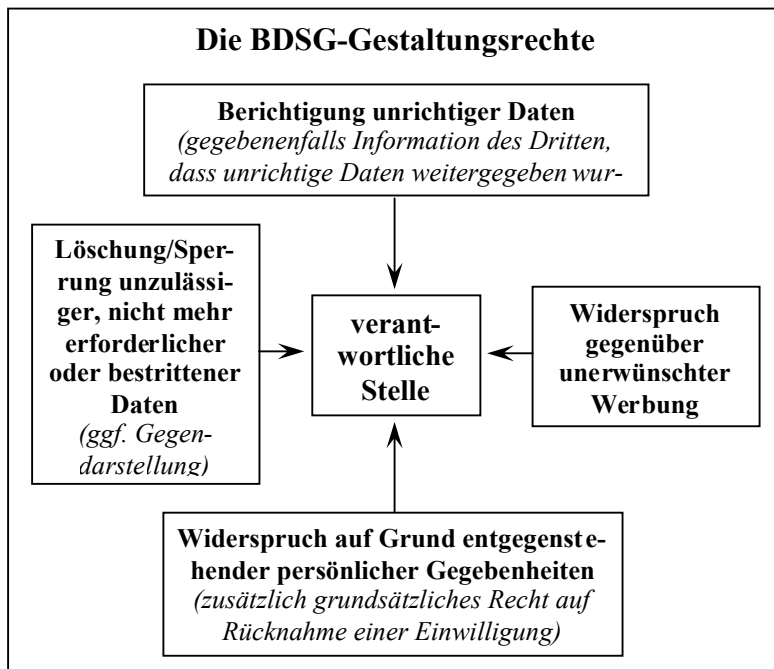
- 291 Auch wenn die verantwortliche Stelle im Rahmen der notwendigerweise pauschalen Interessenabwägung berechtigterweise zu der Überzeugung gelangt ist, dass die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen nicht beeinträchtigt werden, kann diese Bewertung im Einzelfall unzutreffend sein, weil in der Person eines Betroffenen individuelle, subjektive Belange - eben weil sie nicht bekannt waren - nicht berücksichtigt wurden. Für diesen Fall räumt § 35 Abs. 5 BDSG dem Betroffenen das Recht ein, der ihn betreffenden Verarbeitungen zu widersprechen¹⁸⁵. Eine Form ist nicht vorgeschrieben. Im Gegensatz zum gegenüber unerwünschter Werbung in § 28 Abs. 4 BDSG gewährten allgemeinen Widerspruchsrecht¹⁸⁶, liegt es hier im eigenen Interesse des Betroffenen, dass er den Widerspruch begründet. So ist es z.B. berechtigt, dass ein Hotelgast der Speicherung seiner Adresse in der Hotelgästedatei auch dann widersprechen kann, wenn diese nur zum Vorausbefüllen der Formulare bei erneutem Besuch und Rabattgewährung Verwendung finden soll.

¹⁸⁴ Vgl. im Einzelnen vorstehend Rdnr. 134 ff.

¹⁸⁵ Gola, Informationelle Selbstbestimmung in Form des Widerspruchsrechtes, DuD 2001, S. 278.

¹⁸⁶ Vgl. Rdnr. 134 ff.

Des Weiteren kann der Betroffene eine per Einwilligung legitimierte Verarbeitung grundsätzlich durch Widerruf der Einwilligung¹⁸⁷ beenden.



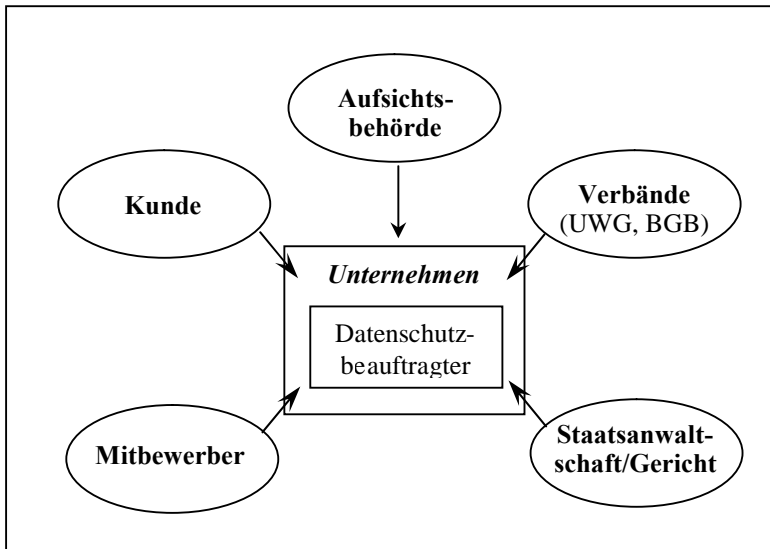
¹⁸⁷ Zur Widerruflichkeit der Einwilligung vgl. bei Gola/Schomerus (Fn. 28), § 4a, Rdnr. 17 ff.

Kapitel VIII: Wer achtet auf die Einhaltung der Spielregeln?

1. Ein komplexes Kontrollsystem

Die Einhaltung der Vorgaben des Kundendatenschutzes wird von verschiedenen Stellen überprüft. Hierzu gehört zunächst der Kunde selbst. Dieser kann über die Wahrnehmung seiner datenschutzrechtlichen Informations- und Gestaltungsrechte die Datenschutzkonformität des Unternehmenshandelns beurteilen. Daneben haben private und staatliche Stellen sowohl unter dem Blickpunkt des Datenschutzes als auch zur Beachtung des lautereren Wettbewerbs Überwachungs- und Einwirkungsbefugnisse.

293



2. Der Kunde

Grundlage der Datenschutzkontrolle durch den Kunden sind insbesondere die Verpflichtung der verantwortlichen Stelle zur Information (§ 4 Abs. 3 BDSG) bzw. Benachrichtigung (§ 33 BDSG) sowie seine unabdingbaren Rechte auf Auskunft, Berich-

294

tigung, Löschung und Sperrung (§ 6 Abs. 1 BDSG). Darüber hinaus steht dem Kunden das allgemeine Widerspruchsrecht gemäß § 35 Abs. 5 BDSG (Widerspruch bei besonderer Eingriffsqualität) und - im Falle der Direktwerbung - das besondere Widerspruchsrecht aus § 28 Abs. 4 S. 1 BDSG (Werbewiderspruch) zu.

- 295 Bei Zweifeln an der Datenschutzkonformität kann sich der Kunde an den **Datenschutzbeauftragten** des Unternehmens (§ 4f Abs. 5 S. 2 BDSG) und/oder die **Aufsichtsbehörde** (§ 38 BDSG) wenden. Gegebenenfalls kann der Kunde auch ein Ordnungswidrigkeiten- bzw. Strafverfahren einleiten oder Schadensersatzansprüche geltend machen.
- 296 Im Hinblick auf die Einleitung eines Bußgeld- bzw. Strafverfahrens ist zu beachten, dass insoweit nicht nur ein Rückgriff auf diverse Tatbestände des **Strafgesetzbuches** in Betracht kommt, sondern das BDSG mit den §§ 43, 44 BDSG auch über eigene Bußgeld- und Straftatbestände verfügt.
- 297 Der **Ordnungswidrigkeitentatbestand** des § 43 BDSG unterscheidet zwischen Verstößen gegen Verfahrensvorschriften (Abs. 1) und Verstößen gegen materielle Schutzvorschriften (Abs. 2). Erstere können mit einem Bußgeld bis zu 25.000,- €, Letztere mit einem **Bußgeld** bis zu 250.000,- € geahndet werden. Beispiele für Verstöße im Sinne des § 43 Abs. 1 BDSG sind etwa
- der Verstoß gegen die Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten,
 - die mangelnde Information über den Werbewiderspruch bzw. die Verletzung der Benachrichtigungspflicht aus § 33 BDSG,
 - die Verletzung der Zweckbindung übermittelter Daten,
 - die Missachtung der gegenüber der Aufsichtsbehörde bestehenden Auskunfts- bzw. Duldungspflichten und
 - die Zuwiderhandlung gegen eine vollziehbare Anordnung der Aufsichtsbehörde.

BDSG

§ 43 Abs. 2 und 3: (2) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. unbefugt personenbezogene Daten, die nicht allgemein zugänglich sind, erhebt oder verarbeitet,
2. unbefugt personenbezogene Daten, die nicht allgemein zugänglich sind, zum Abruf mittels automatisierten Verfahrens bereithält,
3. unbefugt personenbezogene Daten, die nicht allgemein zugänglich sind, abrufen oder sich oder einem anderen aus automatisierten Verarbeitungen oder nicht automatisierten Dateien verschafft,
4. die Übermittlung von personenbezogenen Daten, die nicht allgemein zugänglich sind, durch unrichtige Angaben erschleicht,

(...).

(3) Die Ordnungswidrigkeit kann im Fall des Absatzes 1 mit einer Geldbuße bis zu fünfundzwanzigtausend Euro, in den Fällen des Absatzes 2 mit einer Geldbuße bis zu zweihundertfünfzigtausend Euro geahndet werden.

§ 44: (1) Wer eine in § 43 Abs. 2 bezeichnete vorsätzliche Handlung gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen, begeht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Antragsberechtigt sind der Betroffene, die verantwortliche Stelle, der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Aufsichtsbehörde.

- 298 Soweit *Schadenersatz wegen materieller Schäden* begehrt wird, enthält das BDSG mit § 7 BDSG einen eigenen Haftungstatbestand.

§ 7 BDSG:

Fügt eine verantwortliche Stelle dem Betroffenen durch eine nach diesem Gesetz oder nach anderen Vorschriften über den Datenschutz unzulässige oder unrichtige Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung seiner personenbezogenen Daten einen Schaden zu, ist sie oder ihr Träger dem Betroffenen zum Schadenersatz verpflichtet. Die Ersatzpflicht entfällt, soweit die verantwortliche Stelle die nach den Umständen des Falles erforderliche Sorgfalt beachtet hat.

- 299 § 7 BDSG erfasst allerdings nicht jeden beliebigen Datenschutzverstoß. Tatbestandsmäßig sind nur Datenschutzverletzungen, die auf eine unzulässige oder unrichtige Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten zurückzuführen sind. Die Haftung nach § 7 BDSG setzt zudem ein Verschulden der verantwortlichen Stelle voraus. Allerdings wird ein solches zu Gunsten des Betroffenen vermutet, solange nicht die verantwortliche Stelle nachgewiesen hat, dass sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet hat (§ 7 S. 2 BDSG).
- 300 § 7 BDSG ist keine abschließende und ausschließliche Regelung¹⁸⁸. Das allgemeine Schadensrecht (§§ 280, 311 Abs. 2, 823 ff. BGB) bleibt daneben anwendbar¹⁸⁹.
- 301 Ob § 7 BDSG auch den *Schadenersatz wegen immaterieller Schäden* umfasst, ist umstritten¹⁹⁰. Verneint man dies, sind im Hinblick auf ein mögliches Schmerzensgeld die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen zur Anwendung zu bringen.

¹⁸⁸ Gola/Schomerus (Fn. 28), § 7, Rdnr. 16.

¹⁸⁹ Tinnefeld/Ehmann/Gerling, Einführung in das Datenschutzrecht, 4. Auflage, München 2005, S. 421.

¹⁹⁰ Vgl. insoweit Gola/Schomerus (Fn. 28), § 7, Rdnr. 12.

3. Die Aufsichtsbehörde

Die Einhaltung des Datenschutzes wird von den **Datenschutzaufsichtsbehörden** in den Bundesländern „von Amts wegen“ kontrolliert. Es muss also weder der Verdacht eines Datenschutzverstößes bestehen noch ein Antrag des Betroffenen vorliegen, damit die Aufsichtsbehörde tätig werden kann. 302

Zur Durchführung ihrer Aufgaben sind der Aufsichtsbehörde durch das BDSG Informations-, Betretens-, Besichtigungs-, Prüfungs- und Einsichtsrechte eingeräumt (§ 38 Abs. 3 und 4 BDSG). Der Aufsichtsbehörde stehen Anordnungs- und Untersagungsbefugnisse bezüglich der zur Gewährleistung des Datenschutzes erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen zu (§ 38 Abs. 5 BDSG). Sofern ihr diese Aufgabe zugewiesen ist, führt sie Bußgeldverfahren nach § 43 BDSG durch. Sie kann Strafantrag nach § 44 BDSG stellen. 303

Soweit die Daten verarbeitende Stelle der **Gewerbeordnung** unterliegt, können Datenschutzverstöße auch auf Grundlage des Gewerberechtes sanktioniert werden (§ 38 Abs. 7 BDSG). Zuständig insoweit ist das Gewerbeaufsichtsamt. 304

4. Mitbewerber, Wettbewerbs- und Verbraucherverbände

Denkbar ist, dass eine Verletzung des Datenschutzrechtes zugleich einen Verstoß gegen das **Wettbewerbsrecht** (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - UWG) darstellt¹⁹¹. In den §§ 8 bis 10 UWG werden Ansprüche auf **Beseitigung und Unterlassung**, auf Schadensersatz und auf Abschöpfung des unlauter erzielten Gewinns geregelt. Während der Schadensersatzanspruch gemäß § 9 UWG nur vom geschädigten Mitbewerber geltend gemacht werden kann, sind hinsichtlich der Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs (§ 8 Abs. 3 UWG) bzw. des Gewinnabschöpfungsanspruchs (§ 10 Abs. 1 UWG) verschie- 305

¹⁹¹ Vgl. vorstehend Rdnr. 27 ff.

dene Stellen und Institutionen **anspruchs- und klageberechtigt**:

- Mitbewerber (nur Beseitigung bzw. Unterlassung),
- Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen von Anbietern von Waren oder Dienstleistungen,
- Einrichtungen, die in die beim Bundesverwaltungsamt geführte Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 Unterlassungsklagengesetz oder in ein entsprechendes Verzeichnis von Verbraucherschutzverbänden der EG-Kommission eingetragen sind sowie
- Industrie- und Handelskammern oder Handwerkskammern.

306 Den im UWG privilegierten Verbänden und Institutionen stehen neben der Klagebefugnis nach § 8 Abs. 3 UWG auch noch die Klagebefugnisse aus dem **Unterlassungsklagengesetz** (UKlaG)¹⁹² offen.

307 Ein Anspruch auf Unterlassung beziehungsweise Widerruf nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) besteht in folgenden Fällen:

- Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), die nach der Inhaltskontrolle unwirksam sind (§ 1 UKlaG)¹⁹³, oder
- Zuwiderhandlung gegen Gesetze zum Verbraucherschutz (z.B. Vorschriften zum Verbrauchsgüterkauf, zu Haustürgeschäften, Reiseverträgen, Fernabsatzverträgen)¹⁹⁴ (§ 2 UKlaG).

¹⁹² Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen, neugefasst durch Bekanntmachung vom 27.08.2002 (BGBl. I S. 3422, 4346), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.05.2005 (BGBl. I S. 1373).

¹⁹³ Zu den regen Aktivitäten der Verbraucherschutzvereinigungen gegenüber insoweit unzulässigen Einwilligungsklauseln vgl. Heidemann-Peuser, Rechtskonforme Gestaltung von Datenschutzklauseln, DuD 2002, S. 389.

¹⁹⁴ Zur Frage, inwieweit BDSG-Normen verbraucherschützende Funktion haben vgl. vorstehend Rdnr. 31 f.; zum Verhältnis von § 2 UKlaG und der

Verstoßen z.B. datenschutz- oder wettbewerbsrechtliche Einwilligungs-klauseln gegen das **AGB-Recht** (§§ 307 bis 309 BGB), können die Verbraucherverbände eine Abmahnung aussprechen und, sofern der Abmahnung nicht Folge geleistet wird, vom Instrument des abstrakten Unterlassungsverfahrens Gebrauch machen. 308

5. Staatsanwaltschaft/Gericht

Sollten durch den Datenschutzverstoß auch **Straftatbestände** verwirklicht werden, kommt eine Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft und anschließende Aburteilung durch das Gericht in Betracht. 309

Wie bereits angesprochen verfügt das BDSG mit § 44 über einen eigenen Straftatbestand. Unter dem Gesichtspunkt der Entkriminalisierung ist die Strafvorschrift auf **vorsätzliche Handlungen** gegen Entgelt oder in Bereicherungs- oder Fremdschädigungsabsicht begrenzt¹⁹⁵. Straftaten nach dem BDSG können mit einer Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe geahndet werden. Die Taten werden jedoch nur auf **Antrag** verfolgt (§ 44 Abs. 2 S. 1 BDSG). Antragsberechtigt sind der Betroffene, die verantwortliche Stelle, der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit sowie die Aufsichtsbehörde (§ 44 Abs. 2 S. 2 BDSG). 310

Daneben bleibt aber auch das allgemeine und sonstige bereicherspezifische Strafrecht anwendbar. Zu denken ist insoweit insbesondere an folgende Regelungen¹⁹⁶: 311

- § 202a StGB (Ausspähen von Daten)
- § 203 StGB (Verletzung von Privatgeheimnissen)

Klagebefugnis aus § 8 Abs. 2 Nr. 3 UWG vgl. Hanseatisches OLG, Urteil vom 09.06.2004 - 5 U 186/03 -, RDV 2005, S. 119 (Leitsatz).

¹⁹⁵ Gola/Klug (Fn. 157), S. 120.

¹⁹⁶ Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 3. Auflage, Frechen 2004, S. 311; Busse in: Besgen/Prinz, Neue Medien und Arbeitsrecht, Bonn 2006, § 10 Rdnr. 157 ff.

- § 206 StGB (Verletzung des Post-/Fernmeldegeheimnisses)
- § 263a StGB (Computerbetrug)
- § 266 StGB (Untreue)
- § 269 StGB (Fälschung beweiserheblicher Daten)
- § 270 StGB (Täuschung im Rechtsverkehr bei Datenverarbeitung)
- § 303a StGB (Datenveränderung)
- § 303b StGB (Computersabotage)
- § 17 UWG (Industriespionage, Verrat von Geschäftsgeheimnissen).

6. Datenschutzbeauftragter

312 Auch innerhalb des Unternehmens selbst wird die Beachtung des Datenschutzes kontrolliert. Dies ist Aufgabe des **Datenschutzbeauftragten**. Sobald ein Unternehmen mehr als fünf Personen beschäftigt, die - zumindest auch - mit der Verarbeitung personenbezogener Daten (das sind in jedem Fall die Kunden- und Personaldaten) befasst sind, muss es einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten bestellen. Dies wird in der Regel ein eigener Mitarbeiter sein. Ist ein Mitarbeiter mit der erforderlichen Sachkunde nicht vorhanden, kann auch externer Sachverständiger zu Rate gezogen werden¹⁹⁷. Der Verstoß gegen die **Bestellungspflicht** ist eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 43 BDSG.

313 Der Datenschutzbeauftragte hat nach dem BDSG die Aufgabe, im Unternehmen auf die Einhaltung der Vorschriften über den Datenschutz hinzuwirken. Insbesondere überwacht er die ordnungsgemäße Anwendung der Datenverarbeitungsprogramme, mit deren Hilfe personenbezogene Daten verarbeitet werden, wie z.B.

¹⁹⁷ Bei der Suche nach einem externen Datenschutzbeauftragten bzw. datenschutzrechtlichen Sachverständigen unterstützt Sie die Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherung e.V. (GDD). Nähere Informationen unter www.gdd.de.

Kundendatenbanken, und macht die bei der Verarbeitung personenbezogener Daten tätigen Personen mit den Vorschriften des Datenschutzes und den jeweiligen Erfordernissen vertraut.

Der Datenschutzbeauftragte ist Ansprechpartner und Repräsentant des Unternehmens in Datenschutzfragen¹⁹⁸. Dem Recht des Betroffenen sich jederzeit unmittelbar an den Datenschutzbeauftragten wenden zu können (§ 4f Abs. 5 S. 2 BDSG), entspricht der Pflicht des Datenschutzbeauftragten, sich dessen Anliegen - unter Wahrung der Verschwiegenheitspflicht (§ 4f Abs. 4 BDSG) - auch anzunehmen.

314

¹⁹⁸ Gola/Klug (Fn. 157), S. 115.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Amtsgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (Zeitschrift)
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht, Entscheidungssammlung
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DDV	Deutscher Direktmarketing Verband
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
etc.	und so weiter
Fn.	Fußnote
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheber- recht (Zeitschrift)
GWG	Geldwäschegesetz
i.V.m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
K&R	Kommunikation & Recht (Zeitschrift)
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MDStV	Mediendienste-Staatsvertrag
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
PDSV	Postdienste-Datenschutzverordnung
Rdnr.	Randnummer

RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
S.	Seite bzw. Satz
StGB	Strafgesetzbuch
TDDSG	Teledienste-Datenschutzgesetz
TDG	Teledienste-gesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz
ULD	Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
ZIP	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Zeitschrift)

Stichwortverzeichnis

(Zahlenangaben = Rdnr.)

- A**bruch der Geschäftsbeziehung 140
Abfrageformular (Web) 93
Abrechnung 106, 108
Adressat des Widerspruchs 137
Adresshandel 65
AGB-Recht 7, 157, 308
Allgemein zugängliche Quellen 62, 190
Altenheim 68
Anbieterkennzeichnung 115
Angemessenes Schutzniveau 246, 248
Annahmeverweigerung (Werbung) 140
Anreißen von Kunden 19
Anschriftenprüfung 255
Anspruch- und Klageberechtigung (UWG) 305
Aufsichtsbehörde 295, 302
Auftragsdatenverarbeitung 240, 245, 251
Ausfallrisiko (Forderung) 196
Auskunft 14, 279
Ausländische Stelle 245
Automatische Anrufmaschinen 159
Automatisierte Einzelentscheidung 200, 212, 282
Automatisierte Verarbeitung 13
- B**ankgeheimnis 74
Beiwerk (KunstUrhG) 263
Belästigung 4, 23, 24
Benachrichtigung 63, 144, 270
Beseitigung (UWG) 305
Bestandsdaten 101
Bestellhistorie 220
Bonuskarte 223
Briefkastenaufkleber 133
Briefkastenwerbung 125
Bußgeld 297
- C**all Center 148, 240
City Card 222
Cold Call 23, 153
Cookies 121
Coupon 47, 51
Customer Relationship Management 217
- D**ankschreiben 265
Datamining 214
Datawarehouse 214
Datei 13
Datenbeschaffung 34
Datennutzung 71
Datenschutzbeauftragter 295, 312
Datenschutzerklärung 118
Datensicherheitskonzept 93
Datenübermittlung 78, 241, 272
Datenverarbeitung 12

- Deutsche Post AG 254
Direkterhebungsgrundsatz
40, 269
Double-Opt-In 99, 112
Drittland 246
- E**-Commerce 16
Eingangskontrolle 173
Einwilligung 7, 10, 38, 98,
103, 127, 149, 161, 194,
215, 220, 226, 228, 247,
262, 266
Einzelnachweis 109
Elektronische Einwilligung
111
Elektronische Kommuni-
kation 148
E-Mail-Adresse 181
E-Mail-Werbung 160
Erforderlichkeitsprinzip 37
Erhebung von Daten 12, 35
EU-Kommission 248
- F**ax 4, 159, 181
Flat-Rate 109
Freundschaftswerbung 24
Funktionsübertragung 252
- G**eburtsdatum 173
Gesetz gegen den unlauteren
Wettbewerb 17
Gewerbeordnung 304
Gewinnspiel 52
- H**ausaltsdaten 185
Hausrecht 232
Herr der Daten 242
Hinweisschild (Videoüber-
wachung) 234
- Homepage 116
Hotelgast 204
Hyperlink 116
- I**mpressum 116
Informationspflicht 114
Inkassobüro 249
Insolvenz 69
Interessenabwägung 37, 49,
67, 73, 189
Internet 266
Inverssuche 64
- K**aufkraft 76
Kaufkraft eines Straßen-
abschnitts 83
Kontaktadresse 33
Konzernverbund 44
Kopplungsverbot 60
Korrekturrecht 14
Kreditauskunftei 188
Kreditbeantragung 205
Kreditkartenfunktion
(Kundenkarte) 228
Kundenbilder 261
Kundenbindung 1
Kundenbindungssysteme
221
Kundendankschreiben 267
Kundendatenbank 218
Kundengewinnung 1
Kundenkarten 5, 221
Kundenkonto 219
- L**aienwerbung 24, 25
Lastschriftverfahren 178
Lettershopverfahren 65,
208, 240, 275
Listbroker 72

- Listeigner 71
Listenprivileg 67, 206, 277
Löschung 28, 106, 202, 288
- M**
Mahnbescheid 193
Markt- und Meinungs-
umfrage 6, 240
Melderegisterauskunft 258
Multimediarecht 88
Mutmaßliches Einver-
ständnis 154
- N**
Nachsendeverfahren 256
Negativmerkmale - hart 192
Negativmerkmale - weich
193
Newsletter 95
Nutzung von Daten 12
Nutzungsdaten 104
Nutzungsprofil (Internet)
107
Nutzungsverbot 143
- Ö**
Öffentliche Quellen 278
Öffentlicher Raum 231
Ordnungswidrigkeit 146,
297
- P**
Personenbezogene Daten 3,
39
Persönlichkeitsprofil 216
Persönlichkeitsrecht 15
Pfandhinterlegung 174
PIN-Verfahren 177
Positivmerkmal 191
Prämienpunkte 223
Preisausschreiben 52
Privacy Policy 118
Pseudonym 107
- R**
Rabattvertrag 223
Recht am eigenen Bild 261
Referenzdatenbank
(Abgleich) 257
Referenzliste 265
Robinsonliste 147, 162
- S**
Schadensersatz - immateri-
eller Schaden 301
Schadensersatz - materieller
Schaden 298
SCHUFA 188
SCHUFA-Klausel 194
Scorewert 282
Scoring 196, 210
Sozialleistungsträger 129
Soziodemografische Daten
80, 201, 213
Spam 149
Sperrdatei 144
Sperrung 143, 203, 288
Stammdaten 219
Standardvertragsklauseln
248
Statistische Daten 189
Strafantrag 310
Strafbarkeit 309
Strafgesetzbuch 296
Straßenabschnitt 80
- T**
Tele-/Mediendienste 88
Telefonmarketing 151
Telefonnummer 181
Telefonumfrage 150
Telekommunikations-
dienstleister 128
Todesanzeige 62, 164
Transparenz 14, 27, 269

- Treu und Glauben 49
- U**mzugsdatenbank 256
- Unsachliche Beeinflussung 24
- Unterlassung (BGB) 145
- Unterlassung (UWG) 305
- Unterlassungsklagengesetz 306
- Unterrichtungspflicht 41
- Urheberrechtsschutz 63
- V**erbindliche Unternehmensregelung 248
- Verbot mit Erlaubnisvorbehalt 8, 36, 82
- Verbraucher 151
- Verbraucherschutz 31
- Verbundwerbung 47
- Verfahrensverzeichnis 283
- Veröffentlichung von Kundendaten 7, 260
- Vertragspartei 247
- Vertragsverhältnis 102, 153
- Vertreterbesuche 163
- Verwendungsverbot 142
- Videoaufzeichnung 232
- Videouberwachung 229
- Visitenkarte 58
- W**ahlwerbung 158
- Warenumtausch 179
- Warndatei 185, 186
- Waschabgleich 77
- Wettbewerbsrecht 17, 305
- Widerspruchsrecht 31, 135, 199
- Wohngebiet 80
- Z**eitgeschichte (Personen) 264
- Zielgruppe 33, 81
- Zusammenführung von Daten 64
- Zweckbestimmung 42