

Neue Regeln für Werbung und Marketing.

Datenschutz.



Der Bundestag hat am 3. Juli 2009 die sog. **Novelle II** des **Bundesdatenschutzgesetzes** (BDSG) verabschiedet. Obwohl die beschlossenen Änderungen am Ende nicht derart gravierend ausgefallen sind, wie noch im Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 18. Februar 2009 vorgesehen, sieht die Novelle doch einige sehr bedeutsame Neuerungen insbesondere bei der Datennutzung für Werbung und Marketing vor, die von Unternehmen zukünftig zu beachten und umzusetzen sind. Nachfolgend wollen wir Ihnen einen Überblick über die wichtigsten Änderungen, die größtenteils am 1. September 2009 in Kraft treten werden, geben:

I. Auswirkungen auf Direktmarketing und Adresshandel

Listenprivileg eingeschränkt

Besonders umstritten war die zunächst vorgesehene Abschaffung des sog. Listenprivilegs. Bislang dürfen Unternehmen bestimmte, in Listen oder sonst zusammengefasste Daten (u. a. Name, Beruf und Anschrift ihrer Kunden) an Dritte für deren Werbezwecke weitergeben und selbst solche Adresslisten für eigene Marketingmaßnahmen von Dritten beziehen, **ohne dass eine Einwilligung der Betroffenen vorliegen muss** (§ 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BDSG a. F.). Dieses Privileg erlaubt auch den gewerbsmäßigen Adresshandel (§ 29 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1b BDSG a. F.) sowie die Datennutzung für die Markt- und Meinungsforschung.

Eigen- und Geschäftswerbung bleibt zulässig

Das Listenprivileg ist durch die Novelle letztlich nicht abgeschafft, sondern nur beschränkt worden (§ 28 Abs. 3 Satz 2 BDSG n. F.). Das werbende Unternehmen darf unter das Privileg fallende Daten, die es selbst beim Betroffenen (z. B. bei der Warenbestellung seines Kunden) oder aus allgemein zugänglichen Quellen, etwa dem Internet, erhoben hat, für eigene Werbezwecke verwenden. Zulässig – und großzügiger geregelt als die Eigenwerbung – ist unter dem Listenprivileg auch die **Geschäftswerbung**, d. h. Werbung mit Bezug zur beruflichen Tätigkeit des Betroffenen unter dessen geschäftlicher Anschrift sowie die **Spendenwerbung**.

Quellenangabe erforderlich

Ebenso bleibt nach der neuen Gesetzeslage der **Handel mit Adresslisten** grundsätzlich möglich. Allerdings ist der Adresshändler ebenso wie jedes andere Unternehmen, das Adressen an Dritte weitergibt, nunmehr gesetzlich verpflichtet, die Herkunft und den Empfänger der Daten für **zwei Jahre zu speichern** und den Betroffenen auf Verlangen entsprechend Auskunft zu erteilen (§ 28 Abs. 3 Satz 4 i. V. m. § 34 Abs. 1a BDSG n. F.). Wer solche Fremddaten für Werbezwecke nutzt, muss zudem künftig **in der Werbung eindeutig angeben, wer die Daten erstmalig erhoben** hat (§ 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG n. F.). Verkauft ein Unternehmen Daten seiner Kunden direkt oder über einen Adresshändler an ein anderes Unternehmen, lässt sich dies also demnächst nicht mehr verheimlichen. Es ist anzunehmen und vom Gesetzgeber auch so gewollt, dass die Bereitschaft zum Verkauf eigener Kundendaten deshalb zurückgehen wird. Unabhängig von den Voraussetzungen des Listenprivilegs bleibt des Weiteren die Werbung für fremde Angebote in Form von sog. **Beipack- und Empfehlungswerbung** (z. B. eine Bank fügt ihrer Werbung an eigene Kunden das Angebot eines Verlages für ein Zeitungsabonnement bei) zulässig (§ 28 Abs. 3 Satz 5 BDSG n. F.).

Schließlich gelten die Einschränkungen des Listenprivilegs in gleicher Weise für den geschäftsmäßigen Adresshandel (§ 29 BDSG n. F.), während die geschäftsmäßige Datenerhebung und -speicherung für Zwecke der Markt- und Meinungsforschung nunmehr gesondert in einem neuen § 30a BDSG n. F. geregelt ist.

Anreize schaffen

Ist das Listenprivileg nicht anwendbar, muss für die Nutzung und Verarbeitung von Daten zu Werbezwecken wie bislang schon eine **Einwilligung** des Betroffenen eingeholt werden. Dies wird jetzt in § 28 Abs. 3 Satz 1 BDSG n. F. ausdrücklich klargestellt. Wegen der Einschränkung des Listenprivilegs werden Unternehmen künftig verstärkt darüber nachdenken müssen, mit **welchen Anreizen** (in Frage kommen vor allem Bonusprogramme) sie ihre Kunden dazu bringen, einer Nutzung ihrer Daten zu Werbezwecken sowie einer Übermittlung an Dritte zuzustimmen.

Die Einwilligung muss grundsätzlich in **Schriftform** vorliegen; wird sie nur mündlich oder telefonisch erteilt, muss sie dem Betroffenen künftig **schriftlich bestätigt** werden. Etwas Anderes gilt für elektronisch erklärte Einwilligungen. Wird eine Einwilligungserklärung – wie häufig – z. B. in **Allgemeine Geschäftsbedingungen** eingebettet, muss dies in optisch („drucktechnisch“) besonders hervorgehobener Form geschehen, ein gesondertes Ankreuzen oder eine gesonderte Unterschrift sind dagegen nicht erforderlich.

Umstellung bis zum 1. September 2009

Die dargestellten Änderungen werden am 1. September 2009 in Kraft treten. Es gilt jedoch eine **Übergangsregelung**: Bestandsdaten, die vorher erhoben oder gespeichert worden sind, können nach § 47 BDSG n. F. weiterhin auf der Grundlage des bisherigen Rechts für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung noch bis zum **31. August 2010** sowie für Werbezwecke bis zum **31. August 2012** verarbeitet und verwendet werden. Demgegenüber müssen für die Datenerhebung und -speicherung ab dem 1. September 2009 die neuen strengereren Vorschriften eingehalten werden.

II. Auftragsdatenverarbeitung

Die Novelle des BDSG bringt auch relevante Änderungen für die Auftragsdatenverarbeitung. Nach § 11 Abs. 2 Satz 2 BDSG n. F. sind künftig im Vertrag mit dem beauftragten Dienstleister mindestens die zehn im Gesetz aufgelisteten Punkte zu regeln, andernfalls begeht der Auftraggeber eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit (§ 43 Abs. 1 Nr. 2b BDSG n. F.). Bestehende Vertragsverhältnisse müssen spätestens bis zum 01. September 2009 an die neuen gesetzlichen Anforderungen angepasst werden.

III. Datenschutz im Arbeitsverhältnis

Durch die BDSG-Novelle wird eine spezielle Vorschrift zum Datenschutz im Arbeitsverhältnis eingeführt, die sehr allgemein die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten eines Beschäftigten erlaubt, wenn dies für die Einstellungsentscheidung sowie später für die Durchführung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist (§ 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG n. F.).

Massenscreenings nicht erlaubt

Eingeschränkt wird die Möglichkeit der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Beschäftigtendaten zum Zwecke der **Korruptionsbekämpfung** und **Aufdeckung sonstiger Straftaten** (§ 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG n. F.). Erforderlich sind tatsächliche Anhaltspunkte, die den Verdacht der Begehung einer Straftat im Beschäftigungsverhältnis begründen; Massenscreenings großer Teile der Belegschaft etwa zur Korruptionsbekämpfung sind damit ausdrücklich ausgeschlossen. Ferner muss die Datenerhebung und -nutzung zur Aufdeckung erforderlich sein und schließlich darf das entgegenstehende Interesse des Beschäftigten nicht überwiegen, wofür auch Art und Schwere der Straftat zu berücksichtigen sind.

§ 32 Abs. 2 BDSG n. F. regelt ferner, dass der Arbeitnehmerdatenschutz auch bei nicht automatisierter und nicht dateigebundener Datenverarbeitung gilt und somit z. B. händisch geführte Personalakten erfasst. Schließlich gilt für betriebliche **Datenschutzbeauftragte** künftig ein **besonderer Kündigungsschutz**, § 4f Abs. 3 Satz 5 bis 7 BDSG n. F.

IV. Informationspflicht bei unrechtmäßiger Kenntniserlangung durch Dritte

Schutz sensibler Daten

Das neue BDSG sieht in § 42a eine an das US-amerikanische Recht angelehnte Informationspflicht des für die Datenverarbeitung verantwortlichen Unternehmens für den Fall vor, dass dort gespeicherte, **besonders sensible Daten unrechtmäßig an Dritte übermittelt oder diesen anderweitig bekannt werden** und daraus schwerwiegende Beeinträchtigungen für die Rechte oder schutzwürdigen Interessen der Betroffenen drohen. Die Pflicht beschränkt sich auf bestimmte personenbezogene Daten, wie z. B. Angaben über den Gesundheitszustand und die politische Einstellung, Informationen, die einer beruflichen Schweigepflicht z. B. von Rechtsanwälten unterliegen, Daten über Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, Konto- und Kreditkartennummern sowie Daten, die bei der Nutzung von Online- und Telekommunikationsdiensten gespeichert werden.

Benachrichtigung der Aufsichtsbehörde und Betroffenen

Benachrichtigt werden müssen die zuständige Aufsichtsbehörde sowie die Betroffenen. Für solche Benachrichtigungen, die letztlich einer Selbstanzeige gleichkommen, gilt ein Verwertungsverbot im Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitsverfahren. Wäre eine Benachrichtigung sämtlicher Betroffenen – insbesondere aufgrund ihrer Vielzahl – nur mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand möglich, kann das Unternehmen stattdessen die Betroffenen durch **halbseitige Anzeigen** in mindestens zwei **bundesweit erscheinenden Tageszeitungen** informieren. Ein Verstoß gegen die Informationspflicht stellt eine Ordnungswidrigkeit dar (§ 43 Abs. 2 Nr. 7 BDSG n. F.).

V. Weitere Neuerungen

In § 38 Abs. 5 BDSG n.F. werden die Befugnisse der Aufsichtsbehörden bei der Feststellung von Datenschutzverstößen dahingehend erweitert, dass sie konkrete Maßnahmen zu deren Beseitigung anordnen können.

Der Katalog der Ordnungswidrigkeiten in § 43 BDSG wird erweitert, die Bußgeldgrenzen von bislang 25.000 EUR bzw. 250.000 EUR auf 50.000 EUR bzw. 300.000 EUR erhöht und in § 43 Abs. 3 Satz 2 und 3 BDSG n.F. das Instrument der Gewinnabschöpfung eingeführt.

Der Entwurf des Datenschutzauditgesetzes wurde dagegen **nicht** verabschiedet.

Für weitere Fragen und/oder zusätzliche Informationen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Kontakt:



Dr. Nils Weber
Rechtsanwalt/Geschäftsführer
Fachanwalt für Gewerblichen
Rechtsschutz

T +49 (0)221 27758-280
weber@jonas-lawyers.com



Dr. Markus Robak
Rechtsanwalt/Junior Partner

T +49 (0)221 27758-235
robak@jonas-lawyers.com

JONAS RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH
JONAS VIEFHUES HAMACHER WEBER

Hohenstaufenring 62 . 50674 Köln
Tel. +49 (0)221 27758-0 . Fax +49 (0)221 27758-1
info@jonas-lawyers.com . www.jonas-lawyers.com



Kanzlei des Jahres im „Marken- und Wettbewerbsrecht“.