

## Verschärfung des Datenschutzes geplant

Stand: Januar 2009

---

# Inhalt

1.	<b>EINLEITUNG</b>	1
2.	<b>ABSCHAFFUNG DES LISTENPRIVILEGS UND EINFÜHRUNG EINES GENERELLEN EINWILLIGUNGSVORBEHALTS</b>	1
	2.1 Abschaffung des Listenprivilegs	1
	2.2 Genereller Einwilligungsvorbehalt	1
	2.3 Verbleibende Spielräume	2
3.	<b>KOPPLUNGSVERBOT</b>	2
4.	<b>INFORMATIONSPFLICHT BEI DATENMISSBRAUCH</b>	2
5.	<b>ÜBERGANGSFRIST 1. JULI 2012</b>	2
6.	<b>NEUE BUßGELDTATBESTÄNDE, ERHÖHTER BUßGELDRAHMEN</b>	3
7.	<b>DATENSCHUTZAUDIT</b>	3
8.	<b>AUSBLICK</b>	3

# VERSCHÄRFUNG DES DATENSCHUTZRECHTS GEPLANT – DIE DATENSCHUTZREFORM UND IHRE WEIT REICHENDEN AUSWIRKUNGEN

*Noch im Dezember 2008 hat die Bundesregierung einen Gesetzesentwurf zur Änderung des Datenschutzes beschlossen, der in der öffentlichen Diskussion unter dem Schlagwort „Abschaffung des Listenprivilegs“ erörtert wird, tatsächlich aber weit mehr beinhaltet. Auslöser für die Gesetzesinitiative waren die sich in der jüngeren Vergangenheit häufenden Datenskandale (u.a. wurden sogar Kontoverbindungsdaten gehandelt). Diese Vorfälle sind zwar auch nach geltendem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) unrechtmäßig und sanktionierbar. Trotzdem sind sie – nicht zuletzt aufgrund des öffentlichen Drucks – zum Anlass genommen worden, weit reichende Einschränkungen bei der wirtschaftlichen Nutzung personenbezogener Daten in Angriff zu nehmen. Hierüber berichten wir im Folgenden.*

## 1. EINLEITUNG

Betroffen von dem aktuellen Gesetzesentwurf (BDSG-E) sind nicht nur Adresshändler, Verlage, Versandhändler und die Werbewirtschaft. Die geplante Datenschutzreform wird sich auf (fast) alle Unternehmen auswirken, die Neukunden über klassische personalisierte Briefwerbung gewinnen und hierfür fremde Datensätze beziehen, oder die Kundendaten innerhalb eines Konzerns bzw. an sonstige Dritte weitergeben (siehe hierzu nachfolgend insbesondere Ziffern 2 bis 4). Betroffen sind zumindest am Rande auch alle Unternehmen, die Datenverarbeitung durch Auftragnehmer durchführen lassen (unten Ziffer 6). Das von der Bundesregierung ebenfalls vorgesehene Datenschutzauditgesetz bietet Unternehmen allerdings auch Chancen (unten Ziffer 7).

Die geplanten Änderungen des BDSG müssen zwar noch das Gesetzgebungsverfahren durchlaufen. Da die Verschärfung des Datenschutzes aber

zumindest bisher allseits politisch begrüßt wird, sind weder vom Bundestag noch vom Bundesrat größere Widerstände zu erwarten. Ob die sich abzeichnende Wirtschaftskrise ein Umdenken bewegen kann, ist offen. Deshalb möchten wir Ihnen schon jetzt die zentralen Änderungen vorstellen, die der aktuelle BDSG-Entwurf mit sich bringen wird, wenn er, wie beabsichtigt, bereits zum 1. Juli 2009 in Kraft tritt. Am Ende unseres Informationsschreibens finden Sie unter der Überschrift "Ausblick" einige Handlungsvorschläge, die voraussichtlich auch für Ihr Haus von Interesse sein dürften.

## 2. ABSCHAFFUNG DES LISTENPRIVILEGS UND EINFÜHRUNG EINES GENERELLEN EINWILLIGUNGSVORBEHALTS

Kernpunkt des Entwurfs ist die weit gehende Abschaffung des sog. Listenprivilegs bei gleichzeitiger Einführung eines generellen Einwilligungserfordernisses, wenn Daten für Werbung bzw. Markt- oder Meinungsforschung genutzt werden sollen.

### 2.1 Abschaffung des Listenprivilegs

Bislang gilt im Datenschutz das sog. Listenprivileg. Danach können Unternehmen **ohne Einwilligung** der Betroffenen auf bestimmte listenmäßig zusammengefasste personenbezogene Daten (wie u. a. Name, Anschrift, Berufs- und Geschäftsbezeichnung, Geburtsjahr sowie ein weiteres Merkmal) für Werbung oder Marktforschung zurückgreifen (§ 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BDSG). Diese Datenlisten bilden die Basis für gezielte Werbeansprachen, z.B. mittels personalisierter Werbebriefe oder per Katalog. Bestimmte Personengruppen können so direkt über passende Produkte oder Dienstleistungen informiert werden. Wenn die Betroffenen keine Werbenachrichten des Absenders

erhalten möchten, müssen sie diesem gegenüber der Nutzung ihrer Daten aktiv widersprechen.

Dieses **Listenprivileg soll durch die geplante Datenschutzreform weitestgehend abgeschafft** werden. Nur in drei Konstellationen soll die Datennutzung von Listendaten für Werbung bzw. Markt- oder Meinungsforschung auch weiterhin auf Basis einer Interessenabwägung ohne Einwilligung möglich sein (§ 28 Abs. 3 Satz 2 BDSG-E):

#### **Eigenwerbung:**

Keine Einwilligung soll nötig sein, wenn das Unternehmen die Listendaten **selbst bei den Betroffenen erhoben hat und damit für eigene Produkte oder Dienstleistungen wirbt** (Nr. 1). Solche Daten dürfen auch mit weiteren Daten angereichert werden. Eine Nutzung der Datensätze durch ein anderes Unternehmen innerhalb eines Konzerns fällt allerdings bereits nicht mehr unter diese Ausnahme.

#### **Selbständige:**

Freiberufler oder gewerblich Tätige sollen weiterhin per Brief unter ihrer Geschäftsadresse angeschrieben werden dürfen (Nr. 2). Eine Ausnahmeregelung für die direkte Ansprache thematisch interessierter Spezialisten im Unternehmen ist hingegen nicht vorgesehen.

#### **Spendenwerbung:**

Gemeinnützige Einrichtungen, Kirchen und politische Parteien dürfen die Adresslisten weiter nutzen, um Verbraucher per Brief um Spenden zu bitten (Nr. 3).

### 2.2 Genereller Einwilligungsvorbehalt

Vielfach stützen Unternehmen Datenweitergaben bzw. -nutzungen für Werbung bzw. Markt- oder Meinungsforschung derzeit nicht auf das Listenprivileg.

leg, sondern auf andere Erlaubnisnormen im BDSG. Dies kann z. B. der Fall sein bei einer gemeinsamen Kundendatenbank einer Konzerngruppe oder teilweise auch beim Listbroking. Nutzung bzw. Übermittlung von Daten erfolgen dann allein auf Basis einer Interessenabwägung (insbesondere gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 oder § 28 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BDSG). Auch für solche Konzepte würde das neue Gesetz möglicherweise das Aus bedeuten:

Zumindest vom Wortlaut her sieht der Entwurf nämlich vor, dass **für Datennutzungen zu Werbezwecken zukünftig grundsätzlich eine Einwilligung der Betroffenen erforderlich** ist (§ 28 Abs. 3 Satz 1 BDSG-E). Gleichzeitig werden die Anforderungen an diese Einwilligung verschärft (§ 28 Abs. 3a Satz 2 BDSG-E). Künftig soll es für eine Einwilligung zu Werbezwecken, die zusammen mit anderen Erklärungen abgegeben wird, nicht mehr ausreichen, wenn der Einwilligungstext besonders hervorgehoben wird (z.B. prominente Position und Fettdruck bei AGB). Vielmehr soll der Betroffene die Einwilligung nur noch durch Ankreuzen, gesonderte Unterschrift oder anderes aktives Handeln erteilen können.

Geplant ist auch, dass **mündliche Einwilligungen in die Datennutzung künftig schriftlich bestätigt** werden müssen. Eingehende Anrufe bei einem Versandhändler, in denen auf Wunsch des Kunden über Produkte eines Kooperationspartners und die Weiterleitung von Informationen gesprochen wird, müssten daher grundsätzlich intensiver nachbearbeitet werden und der Kunde eine schriftliche Bestätigung über den Inhalt seiner Einwilligung erhalten.

Weiterhin sollen Kunden **bereits bei Vertragsschlüssen auf ihr Widerspruchsrecht bezüglich der Datennutzung für Werbezwecke hingewie-**

**sen** werden müssen (§ 28 Abs. 4 Satz 2 BDSG-E).

### 2.3 Verbleibende Spielräume

Damit wären die **verbleibenden Spielräume** für die Datennutzung ohne Einwilligung sehr eng: Unternehmen dürfen aufgrund einer ausdrücklichen Ausnahme im BDSG-E insbesondere ihre eigene Datenliste weiterhin dafür nutzen, z.B. beim Rechnungsversand oder einer Warenlieferung auch Fremdwerbung beizufügen („**Beipackwerbung**“). Diese Werbeform wird im Unternehmensverbund und in Konzernen von Interesse sein. Die Kunden der Konkurrenz erreicht man aber auf diesem Wege nicht.

### 3. KOPPLUNGSVERBOT

Die Datenschutzreform sieht auch die Einführung eines sog. Kopplungsverbots vor (§ 28 Abs. 3b BDSG-E). Wie bereits jetzt im Internetbereich sollen **Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung** künftig den Abschluss eines Vertrages nicht davon abhängig machen dürfen, dass der Kunde in die umfangreiche Nutzung seiner Daten zu Werbezwecken einwilligt.

Zusätzlich soll dieses Kopplungsverbot auch greifen, wenn Kunden faktisch keinen Vertrag über gleichwertige Leistungen abschließen können, weil alle Anbieter eine Einwilligung in die Datennutzung verlangen. Da für das einzelne Unternehmen kaum nachvollziehbar sein wird, wie sich die anderen Marktteilnehmer verhalten, würden Kopplungsgeschäfte daher zukünftig ein erhöhtes Risiko der Unwirksamkeit bergen. Dieses erweiterte Kopplungsverbot will der Gesetzgeber auch auf den Internet- bzw. Telekommunikationsbereich erstrecken, indem er gleichzeitig das Telemedien- sowie das Telekommunikationsgesetz ändert.

### 4. INFORMATIONSPFLICHT BEI DATENMISSBRAUCH

Der Gesetzesentwurf schafft eine Informationspflicht für Unternehmen, wenn bestimmte, als besonders schutzwürdig einzustufende personenbezogene Daten Dritten unrechtmäßig zur Kenntnis gelangen und den Betroffenen hierdurch schwerwiegende Nachteile drohen (§ 42 a BDSG-E). Erhält ein Unternehmen z.B. vom eigenen Sicherheitsmanagement die Information, dass Bank- und Kontoverbindungsdaten der Kunden unrechtmäßig in die Hände Dritter gelangt sind, muss das Unternehmen sowohl die **zuständige Aufsichtsbehörde** als auch die **Betroffenen unverzüglich informieren**.

### 5. ÜBERGANGSFRIST 1. JULI 2012

Um den Unternehmen die erforderliche Neuausrichtung ihrer Datenschutzkonzepte zu erleichtern, sieht der aktuelle Gesetzesentwurf eine **dreijährige Übergangsfrist** für die Änderungen bei der Datennutzung für Werbezwecke bzw. Markt-/Meinungsforschung vor. Die betroffenen Unternehmen sollen bis Sommer 2012 die Gelegenheit haben (§ 47 BDSG-E) weiter auf Basis der bestehenden Regelungen zu agieren. Damit hat die Bundesregierung zwar eine großzügigere Übergangsfrist eingeräumt (ursprünglich war nur eine einjährige Übergangsfrist geplant). Da sich die Übergangsregelung aber nur auf Datenbestände bezieht, die vor dem 1. Juli 2009 erhoben wurden, wird das Listenprivileg sehr schnell nur noch für veraltete Datenbestände gelten, die unter Marketinggesichtspunkten kaum mehr attraktiv sein dürften.

## 6. NEUE BUßGELDTATBESTÄNDE, ERHÖHTER BUßGELDDRAHMEN

Geplant sind außerdem fünf neue Bußgeldtatbestände. Als besonders praxisrelevant dürften sich hierbei die **Bußgelder für eine ungenügende schriftliche Auftragserteilung** (bei Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG), **unzureichende oder fehlende Datenschutzhinweise** und für **Datennutzung trotz Widerspruchs** der Betroffenen erweisen. Gleichzeitig erhöht sich der Bußgeldrahmen auf bis zu € 300.000 und höher, da erstmals auch eine Gewinnabschöpfung vorgesehen ist.

## 7. DATENSCHUTZAUDIT

Schließlich hat das Bundeskabinett beschlossen, das seit Jahren bereits in der Schublade liegende Datenschutzauditgesetz (DSAG) mit geringfügigen Änderungen zu verabschieden. Dieses sieht vor, dass Unternehmen ihr Datenschutzkonzept oder ihre datenspezifische IT-Einrichtung evaluieren lassen können. Nach einer erfolgreichen Prüfung durch die vorgesehenen Auditstellen kann ein **Datenschutzsiegel** erworben und so das Vertrauen von Kunden und Handelspartnern in den Datenschutz bzw. die Datensicherheit im Unternehmen gestärkt werden.

## 8. AUSBLICK

Die geplante Datenschutznovelle wird, sollte sie unverändert in Kraft treten, für viele Unternehmen gravierende Nachteile mit sich bringen. Der Austausch wichtiger Marketingdaten, die zielgenaue Ansprache von (Neu)Kunden und selbst die Weitergabe von Daten innerhalb von Unternehmensgruppen bzw. im Konzern wären erheblich erschwert oder sogar ausgeschlossen.

Von Seiten der Wirtschaftsverbände ist auf diese Auswirkungen der Neuregelungen im laufenden Gesetzgebungsverfahren bereits hingewiesen worden. Diskutiert wird auch ein möglicher Verstoß des Gesetzesentwurfs gegen europarechtliche Vorgaben, zumindest soweit ein genereller Einwilligungsvorbehalt für Werbung und Markt- bzw. Meinungsforschung vorgesehen ist. Immerhin schützt die europäische Datenschutzrichtlinie (95/46/EG) auch den freien Datenverkehr. Sollten Sie insoweit weiteren Beratungsbedarf haben, stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Unternehmen sollten **schon jetzt erste Maßnahmen** ergreifen, um die Folgen der geplanten Neuregelung abzumildern. So sind zunächst die Grundlagen der vorhandenen Adressbestände und bisher verwendeten Einwilligungserklärungen zu prüfen. Letztere dürften häufig anpassungsbedürftig sein und müssten entsprechend überarbeitet und schrittweise neu eingeholt werden, um weiterhin mittels guter Datenlage effektives Marketing betreiben zu können.

Soweit bisher ohne Einwilligung gearbeitet werden konnte, müssen Unternehmen bereits jetzt planen, wie zukünftig ggf. erforderliche Einwilligungen eingeholt werden können: etwa durch Gewährung von Vorteilen für die Einwilligung in die Nutzung bestimmter Stammdaten oder durch Anpassung bestehender bzw. Schaffung neuer Kundenbindungssysteme, bei denen die Mitgliedschaft mit einer Einwilligung für die dauerhafte Nutzung der Kundendaten verknüpft wird. Auch die Verlagerung von Verantwortlichkeiten innerhalb eines Konzerns kann im Einzelfall eine Lösung darstellen und sollte bereits jetzt evaluiert werden. Will man z. B. die Ausnahmeregelung zur Eigenwerbung nutzen, müsste das Marketing einschließlich etwaiger Auswertungen von genau der Unternehmenstochter durchgeführt werden, welche die jewei-

ligen Kundendaten beim Betroffenen erhoben hat.

Insbesondere Unternehmen mit Verbrauchern als Kunden empfehlen wir außerdem, sich schon jetzt auf das Datenschutzauditverfahren vorzubereiten. Die Verabschiedung zumindest dieser Neuregelungen sehen wir als nahezu sicher an. Und: wer dieses Siegel zuerst erwirbt, wird auch als Erster damit werben können.

Auch sollten Unternehmen ihre vertraglichen Regelungen mit Auftragsdatenverarbeitern (IT-Dienstleistern, Call Centern, Lettershops u.v.m.) überprüfen. Dies ist nicht nur wegen des geplanten Bußgeldtatbestands für ungenügende Auftragsdatenvereinbarungen geboten. Vielmehr sollte angesichts der Datenskandale der jüngsten Zeit die Gelegenheit genutzt werden, ggf. vorhandene Lücken zu schließen und Ablaufprozesse zu optimieren, um so rufschädigenden Ausreißern vorzubeugen.

***Bitte sprechen Sie uns an, wenn Sie Fragen haben. Gerne unterstützen wir auch Sie im Rahmen des laufenden Gesetzgebungsverfahrens. Mit unserer langjährigen Erfahrung im Bereich Datenschutzrecht und insbesondere bei Systemen zur Verwaltung von Kundenbeziehungen (CRM-Lösungen) beraten wir Sie gerne bei der Anpassung Ihrer Marketingkonzepte an die geplante Gesetzesnovelle oder bereiten Ihr Unternehmen auf ein Audit vor.***

## **WEITERE INFORMATIONEN**

Weitere Informationen zu den Themenkreisen Datenschutzrecht, Datenschutzaudit und CRM erhalten Sie von nachstehenden Personen oder wenden Sie sich an Ihren üblichen Ansprechpartner.

### **Kontakt:**

#### **Düsseldorf**

Dr. Marcus Schreibauer  
T +49 (0) 211 1368-0  
marcus.schreibauer@lovells.com

Ina Moritz, LL.M. (London)  
T +49 (0) 211 1368-0  
ina.moritz@lovells.com

#### **Frankfurt**

Dr. Marcus Schreibauer  
T +49 (0) 69 96236-371  
marcus.schreibauer@lovells.com

Dr. Nils Rauer  
T + 49 (0) 69 96236-0  
nils.rauer@lovells.com

#### **Hamburg**

Dr. Stefan Engels  
T +49 (0) 40 41993-0  
stefan.engels@lovells.com

Verena Grentzenberg  
T +49 (0) 40 41993-0  
verena.grentzenberg@lovells.com

Dr. Susanne Muth  
T +49 (0) 40 41993-0  
susanne.muth@lovells.com

#### **München**

Dr. Stefan Schuppert, LL.M. (Harvard)  
T +49 (0) 89 29012-0  
stefan.schuppert@lovells.com

Dr. Thomas Helbing  
T +49 (0) 89 29012-0  
thomas.helbing@lovells.com

Diese Abhandlung soll nur als allgemeiner Leitfaden dienen. Sie ersetzt keine spezifische rechtliche Beratung.

[www.lovells.de](http://www.lovells.de)

Lovells LLP und zugehörige Büros:

Alicante	Mailand
Amsterdam	Moskau
Brüssel	München
Budapest*	New York
Chicago	Paris
Dubai	Peking
Düsseldorf	Prag
Frankfurt am Main	Rom
Hamburg	Schanghai
Ho Chi Minh Stadt	Singapur
Hongkong	Tokio
London	Warschau
Madrid	Zagreb*

Lovells (die "Sozietät") ist eine internationale Anwaltssozietät, bestehend aus Lovells LLP und zugehörigen Büros. Lovells LLP ist als Limited Liability Partnership unter OC 323639 in England und Wales registriert. Registersitz: Atlantic House, Holborn Viaduct, London EC1A 2FG. Die Bezeichnung Partner bezieht sich auf Mitglieder der Lovells LLP oder Mitarbeiter mit entsprechender Stellung und Qualifikation. New York State Notice: Attorney Advertising.

© Copyright Lovells LLP 2009. All rights reserved.

\*Kooperationsbüros