
§ 28 Abs. 3 BDSG und die Einwilligung
Die wichtigsten Änderungen finden sich in § 28 Abs. 3 BDSG. Dieser enthält eine Reihe verschiedenster Erlaubnistatbestände für die Verwendung von Daten zu Marketingzwecken.


Eine gesonderte Unterschrift oder ein Kreuzchen ist dagegen – anders als im inso-


Erstaunlich ist außerdem § 28 Abs. 3 Satz 3, wonach bei Eigenwerbung die verantwortliche Stelle "zu den dort genannten Daten weitere Daten hinzuspeichern" darf. Diese Formulierung verweist darauf, dass diese Datenpools ohne Beschränkungen aufbereitet werden können. Die verantwortliche Stelle darf Daten hinzuspeichern, um eine Selektion der Listendaten und damit eine gezielte Kundansprache zu ermöglichen. Das Merkmal "darf" verweist darauf, dass auch § 28 Abs. 3 Satz 3 als Ermächtigungsgrundlage anzuzeigen ist. Die Gesetzesbegründung verweist allerdings beschränkend auf den Begriff des "Hinzuspeicherns". Dadurch sei klargestellt, dass die verantwortliche Stelle die weiteren Daten gestützt auf eine andere Befugnis rechtmäßig erhoben, z.B. nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, oder rechtmäßig übermittelt bekommen haben muss. Insofern spricht die Gesetzesbegründung ausdrücklich davon, dass Abs. 3 Satz 3 keine eigene Erhebungs- oder Übermittlungsbeauftragung beinhaltet. Es solle vielmehr ermöglicht werden, einen eigenen Datenbestand, der direkt beim Betroffenen erhoben wurde, für Zwecke der Eigenwerbung oder der eigenen Markt- und Meinungsforschung zu selektieren, um die bestehenden Kunden gezielter ansprechen zu können.

Listenprivileg und Werbung mit erkennbarer Herkunft

Das Listenprivileg wird im Übrigen auch auf weitere Werbewecke bezogen. § 28 Abs. 3 Satz 4 bestimmt, dass diese Daten auch dann für Zwecke der Werbung übermittelt werden können, wenn die Stelle, die die Daten erstmalig erhoben hat, aus der Werbung eindeutig hervorgeht. Im Übrigen wird sogar die Werbung für Fremdangebote zugelassen, wenn für den Betroffenen der Anspruch zum Zwecke der Werbung die für die Nutzung der Daten verantwortliche Stelle eindeutig erkennbar ist (§ 28 Abs. 3 Satz 5). Eine solche Ermächtigung setzt eine Identifizierung in Klartext voraus; pseudonymisierte Angaben sind unzureichend.

Beispiele sind die Beipackwerbung und die offene Empfehlungswerbung. Das werbende Unternehmen darf sowohl seinen eigenen Werbesendungen z.B. einen Flyer seines Kooperationspartners beifügen (Beipackwerbung) als auch den Flyer isoliert versenden (Empfehlungswerbung). § 28 Abs. 3 Satz 5 BDSG umfasst auch das gängige Lettershop-Modell. Hierbei bekommt der Lettershop von der verantwortlichen Stelle die Daten und vom Werbenden den Werbe-Content. Der Lettershop nutzt die überlassenen Daten im Auftrag der verantwortlichen Stelle nach § 11 BDSG zur Herstellung der Werbesendung. Nicht mehr nutzbar sind Listbroker-Verfahren, bei denen die verantwortliche Stelle Daten im eigenen Namen an Werbende verpachtet, die damit verbundene Unklarheit über die Datenherrschaft verstoßt gegen das Identifizierungsgebot des § 28 Abs. 3 Satz 5 BDSG.

Übergangsvorschriften


Und zusätzlich: UWG
Für eine Direktmarketingaktion reicht es nicht aus, nur das BDSG im Blick zu haben. Man muss zusätzlich noch das Werberecht, geregelt im Gesetz zum Schutz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG), prüfen. Im Kern braucht man zwei Einwilligungen für die Verwendung personenbezogener Daten im Marketingbereich, einmal nach dem BDSG (Wieso darf ich die Daten überhaupt speichern?) und nach dem UWG (Wieso darf ich die Daten für eine Telefonaktion nutzen?)


www.anual-multimedia.de
Telefonwerbung

Wenn sich der Inhaber eines Telefonanschlusses mit Werbeanrufen eines Unternehmens einverstanden erklärt, so sind solche Werbeanrufe auch dann zulässig, wenn den Anruf später ein Dritter entgegennimmt. Der Anrufer, der sich auf ein Einverständnis stützen kann, kann nicht wissen, ob der Anruf insgesamt der Werbeauftraggeber, der die Einwilligung erteilt hat, oder ein Dritter (etwa der Ehe- oder Lebenspartner, ein im Haushalt lebendes Kind oder sogar ein Besucher) den Anruf entgegennimmt. Insofern kann man nicht das Einverständnis der jeweils erreichten Person voraussetzen. Dies würde nämlich bedeuten, dass trotz des Einverständnisses des Anrufnehmers ein Werbeanruf unter dessen Rufnummer nur dann erfolgen dürfte, wenn dieser selbst auch das Gespräch entgegennimmt. Der Anrufende muss vielmehr immer damit rechnen, anstelle des Anrufnehmers eine andere Person zu erreichen, die ihrerseits mit Werbeanrufen nicht einverstanden war.


Gegenüber Geschäftsleuten genügt es, wenn statt einer ausdrücklichen oder konkludenten Einwilligung bereits ein mutmaßliches Einverständnis vorliegt, wenn also ein solches Einverständnis in die konkrete Werbeform aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände zu vermuten gewesen wäre. Erforderlich ist, dass ein ausreichend großes Interesse des anrufenden Gewerbetreibenden die Annahme rechtssicher, er werde den Anruf erwarten oder ihm zumindest positiv gegenüberstehen. Dies kann insbesondere dann gegeben sein, wenn die telefonische Werbe maßnahme im Zusammenhang mit einer bereits bestehenden Geschäftsverbindung steht. Das mutmaßliche Einverständnis des Angerufenen muss sich nicht nur auf den Inhalt, sondern auch auf die Art der Werbung beziehen (also konkret
per Telefon). Eine mutmaßliche Einwilligung wird von der Rechtsprechung jedoch insgesamt nur sehr restriktiv angenommen. Das Angebot von Börsenmaterial – das jeder Unternehmer benötigt – gehört nicht in die zulässigen Fälle.\footnote{25}

\textbf{Nichts verstanden?}


4. BT-Drs. 16/12011, S. 32.
5. BT-Drs. 16/13657, S. 31.
8. OLG Düsseldorf, BeckRS 2006 05154.
20. BGH, WRP 1990, 288 – Telefonwerbung III.