

Anwendungshinweise der Datenschutzaufsichtsbehörden zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten für werbliche Zwecke

Der Düsseldorfer Kreis hat eine Ad-hoc-Arbeitsgruppe „Werbung und Adresshandel“ unter Leitung des Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht eingerichtet und diese mit der Erarbeitung von Anwendungshinweisen zu den BDSG-Regelungen für den werblichen Umgang mit personenbezogenen Daten beauftragt. In mehreren Sitzungen wurden Anwendungshinweise formuliert, die in diesem Dokument abgedruckt und als beschlossen anzusehen sind.

Redaktion:

Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht
Promenade 27, 91522 Ansbach

E-Mail: poststelle@lda.bayern.de

Web: www.lda.bayern.de

Tel.: 0981/53-1300

Fax: 0981/53-5300

Stand:

September 2014

Inhaltsverzeichnis

1	Allgemeines	4
1.1	BDSG und UWG mit Regelungen für Werbung	4
1.2	Unterrichtung bei der Datenerhebung	4
1.3	Datenerhebung einerseits - Datenverarbeitung und -nutzung andererseits.....	4
2	Einwilligung in die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Werbung	5
2.1	Gestaltung der Einwilligung	5
2.2	„Verfall“ der Einwilligung, Hinweis auf die UWG-Rechtsprechung.....	5
3	Hinweise zu § 28 Abs. 3 BDSG	6
3.1	Nur ein Gruppenmerkmal bei den Listendaten	6
3.2	Telefonnummer und E-Mail-Adresse kein Listendatum	6
3.3	Rufnummernverzeichnisse	6
3.4	Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse	6
3.5	Allgemein zugängliche Verzeichnisse	6
3.6	Nutzungsdauer von Listendaten aus rechtsgeschäftlichen und rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen	7
3.7	Berufliche Werbung an die berufliche Anschrift (B2B), Spendenwerbung	7
3.8	B2B-Werbung, Hinzuspeicherung von Daten.....	8
3.9	Hinzuspeichern und Nutzen von E-Mail-Adressen	8
3.10	Hinzuspeichern und Nutzen von Telefonnummern	8
3.11	Transparenzregelungen nach § 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG auch bei B2B- und Spendenwerbung	9
3.12	Bezeichnung der Stelle, die die Daten erstmalig erhoben hat (§ 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG) bzw. die für die Nutzung der Daten verantwortlich ist (§ 28 Abs. 3 Satz 5 BDSG).....	9
3.13	Begrenzung auf die Listendaten auch bei § 28 Abs. 3 Satz 5 BDSG.....	9
3.14	Vertragliche Informationen, die gleichzeitig auch werbliche Informationen enthalten („Beipack-Werbung“)	9
3.15	Gesetzestext von § 28 Abs. 3 Satz 6 BDSG	10
3.16	Werbung anhand von Dritten erlangten Adressdaten („Freundschaftswerbung“)...	10
3.17	Empfehlungswerbung	10
4	Hinweise zu § 28 Abs. 3a BDSG	11
4.1	Anderer Form der Einwilligung für Werbung	11
4.2	Schriftliche Bestätigung der Einwilligung.....	11
4.3	Zeitpunkt der schriftlichen Bestätigung der Einwilligung	11
4.4	Double-Opt-In-Verfahren für elektronische Einwilligungen	11
4.5	§ 28 Abs. 3a Satz 2 BDSG, zusammengefasste Einwilligungen	12
5	Hinweise zu § 28 Abs. 4 BDSG	12
5.1	Werbewiderspruch und Wunsch nach Datenlöschung.....	12

5.2 Umsetzungsfrist des Widerspruchs nach § 28 Abs. 4 Satz 1 BDSG	13
5.3 Unterrichtung über das Widerspruchsrecht nach § 28 Abs. 4 Satz 2 BDSG	14

1 Allgemeines

1.1 BDSG und UWG mit Regelungen für Werbung

§ 28 Abs. 3 BDSG enthält die datenschutzrechtlichen Regelungen für die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten durch nicht-öffentliche Stellen für Zwecke der Werbung.

Zu den konkreten Werbeformen und dem Kontaktweg zu den betroffenen Personen (Ansprache per Postbrief, Telefonanruf, E-Mail, Fax etc.) regelt § 7 UWG, in welchen Fällen wettbewerbsrechtlich von einer unzumutbaren Belästigung der Beworbenen auszugehen und eine Werbung dieser Art unzulässig ist.

Weil § 28 Abs. 3 Satz 6 BDSG eine Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke der Werbung nach den sonstigen Erlaubnisvorschriften dieses Absatzes nur für zulässig erklärt, soweit schutzwürdige Interessen des Betroffenen nicht entgegenstehen, sind auch bei der datenschutzrechtlichen Beurteilung einer werblichen Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten die Wertungen von § 7 UWG für die jeweilige Werbeform mit zu berücksichtigen.

1.2 Unterrichtung bei der Datenerhebung

Werden personenbezogene Daten bei den Betroffenen erhoben, z. B. für Kaufverträge, Prospektanforderungen oder Gewinnspiele, sind die Betroffenen nach § 4 Abs. 3 BDSG u. a. über die Zweckbestimmung der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten zu unterrichten. Eine schon geplante oder in Betracht kommende Verarbeitung oder Nutzung der Daten für werbliche Zwecke ist daher den Betroffenen von Anfang an transparent darzulegen.

1.3 Datenerhebung einerseits - Datenverarbeitung und -nutzung andererseits

Für die **Erhebung** von personenbezogenen Daten für Zwecke der Werbung kommen als datenschutzrechtliche Grundlage die Einwilligung der betroffenen Personen sowie die gesetzlichen Erlaubnisse aus § 28 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 BDSG in Betracht.

Liegt für die **Verarbeitung oder Nutzung** personenbezogener Daten für Zwecke der Werbung keine Einwilligung vor, ist § 28 Abs. 3 BDSG die vorrangige Spezialregelung gegenüber § 28 Abs. 1 und Abs.2 BDSG für eine solche Verarbeitung oder Nutzung.

2 Einwilligung in die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Werbung

2.1 Gestaltung der Einwilligung

Nach § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG, der dazu ergangenen Rechtsprechung (siehe z. B. Urteil des BGH vom 25. Oktober 2012, Az. I ZR 169/10, Beschluss des KG vom 29. Oktober 2012, Az. 5 W 107/12) und den Empfehlungen der Art. 29-Datenschutzgruppe im WP 187 sind Einwilligungen nur wirksam, wenn sie in Kenntnis der Sachlage und für den konkreten Fall erklärt werden. Die Gestaltung der Einwilligungen muss also verständlich und konkret sein.

Einwilligungen für eine Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Werbung müssen danach auch die Art der beabsichtigten Werbung (Brief, E-Mail/SMS, Telefon, Fax), die Produkte oder Dienstleistungen, für die geworben werden soll, und die werbenden Unternehmen bezeichnen.

Dafür ist ein gesonderter Text oder Textabschnitt ohne anderen Inhalt zu verwenden.

Die Einwilligung bedarf grundsätzlich der Schriftform (Unterschrift), § 4a Abs. 1 Satz 3 BDSG. Zu Ausnahmen von der Schriftform in besonderen Fällen siehe unter Nr. 4 dieser Hinweise.

Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen (insbesondere vertraglichen Erklärungen) schriftlich erteilt werden, so ist die datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung gemäß § 28 Abs. 3a Satz 2 BDSG in drucktechnisch deutlicher Gestaltung besonders hervorzuheben.

2.2 „Verfall“ der Einwilligung, Hinweis auf die UWG-Rechtsprechung

Die Zivilgerichte sehen bei erteilten Einwilligungen nach dem UWG zur werblichen Kontaktaufnahme teilweise keine unbegrenzte Gültigkeit. So hat das LG München I mit Urteil vom 8. April 2010, Az. 17 HK O 138/10, entschieden, dass eine vor 17 Monaten erteilte und bisher nicht genutzte Einwilligung zur E-Mail-Werbung „ihre Aktualität verliert“ und deshalb keine rechtliche Grundlage mehr ist.

3 Hinweise zu § 28 Abs. 3 BDSG

3.1 Nur ein Gruppenmerkmal bei den Listendaten

Die in § 28 Abs. 3 Satz 2 BDSG beschriebenen Listendaten dürfen nur ein (einziges) Gruppenmerkmal enthalten (vgl. dazu auch den veröffentlichten Beschluss des Düsseldorfer Kreises vom 27. November 2009, im Internet unter http://www.bfdi.bund.de/DE/Entschliessungen/DuesseldorferKreis/DKreis_node.html).

3.2 Telefonnummer und E-Mail-Adresse kein Listendatum

Telefonnummer und E-Mail-Adresse zählen nach dem Wortlaut des Gesetzes in § 28 Abs. 3 Satz 2 BDSG nicht zum Listendatensatz.

3.3 Rufnummernverzeichnisse

Telekommunikationsdienste-Anbieter müssen sich an der spezialgesetzlichen Regelung in § 104 TKG orientieren, wonach es für die Zulässigkeit der Veröffentlichung von Telefonnummern und Anschlussinhabern darauf ankommt, was die betroffene Person bei ihrem Telekommunikationsdienste-Anbieter beantragt (keinerlei Veröffentlichung, Veröffentlichung nur in gedruckten oder auch in elektronischen Verzeichnissen). Andere Verzeichnisanbieter, die nicht dem TKG unterliegen, müssen dies gemäß § 29 Abs. 3 BDSG berücksichtigen.

3.4 Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse

Wegen der weiten Fassung der Definition von rechtsgeschäftlichen und rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen in § 311 BGB ist eine Anwendung von § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG für eine werbliche Verarbeitung oder Nutzung von Adressdaten auch bei Preisaus schreiben, Gewinnspielen, Katalog- und Prospektanforderungen möglich, wenn dabei die Adressdaten vom Betroffenen selbst für eine Kontaktaufnahme genannt werden; eine Einwilligung der Betroffenen ist bei solchen Sachverhalten nicht erforderlich.

3.5 Allgemein zugängliche Verzeichnisse

Weil in § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG nur allgemein zugängliche Verzeichnisse (Adress-, Rufnummern-, Branchenverzeichnisse etc.) genannt sind, kommen für eine zulässige Datenerhebung für werbliche Zwecke auch nur solche Verzeichnisse in Betracht. Eine sonstige allgemeine Zugäng-

lichkeit der Anschriftendaten (Zeitungsanzeigen, Anbieterkennzeichnungen im Internet usw.) genügt nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht.

3.6 Nutzungsdauer von Listendaten aus rechtsgeschäftlichen und rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen

Bei § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG stellt sich die Frage, wie lange Adressdaten mit weiteren Daten (Merkmal zur Personengruppe, evtl. hinzugespeicherte Daten) nach dem letzten aktiven Geschäftskontakt zu einem Betroffenen für die werblichen Zwecke der Reaktivierung, Rückgewinnung etc., noch genutzt werden dürfen, bzw. ab wann nach § 28 Abs. 3 Satz 6 BDSG schutzwürdige Interessen der Betroffenen einer länger währenden werblichen Nutzung entgegen stehen.

Eine konkrete Frist hat der Gesetzgeber in § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG nicht vorgesehen.

§ 34 Abs. 1a BDSG sieht zwar bei der transparenten Übermittlung von Werbedaten eine Dokumentationspflicht von Herkunft und Empfänger der Daten für zwei Jahre vor. Diese Frist kann bei § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG aber lediglich ein erster Anhaltspunkt sein und nicht ohne Prüfung des Einzelfalles unkritisch übernommen werden, da - je nach individuellem Sachverhalt - auch kürzere (z. B. bei reinen Interessentenanfragen) oder längere Nutzungsfristen rechtmäßig sein können.

Entscheidend ist, ob noch eine Erforderlichkeit für die weitere werbliche Nutzung der Daten von der verantwortlichen Stelle nachvollziehbar dargelegt werden kann. Als Kriterium für die Entscheidung über die Erforderlichkeit kann auf den Regelungsinhalt der Löschungsvorschrift bei einer nicht mehr erforderlichen Datenspeicherung in § 35 Abs. 2 Nr. 3 BDSG zurückgegriffen werden. Weiterhin dürfen keine schutzwürdigen Interessen der Betroffenen einer werblichen Nutzung entgegenstehen. So kann z. B. die Konditionenabfrage bei einem Bestattungsunternehmen keine längerfristige Datennutzung für werbliche Zwecke rechtfertigen.

3.7 Berufliche Werbung an die berufliche Anschrift (B2B), Spendenwerbung

Bei Nr. 2 und Nr. 3 des § 28 Abs. 3 Satz 2 BDSG wird - im Gegensatz zu Nr. 1 - nichts zur Datenerhebung ausgesagt. Damit gilt bei beruflicher Werbung an die berufliche Anschrift (Business to Business - B2B) und bei Spendenwerbung die allgemeine Regelung aus § 28 Abs. 1 Nr. 3 BDSG, dass auch eine Datenerhebung für die berufliche Werbung und die Spendenwerbung aus allen allgemein zugänglichen Quellen möglich ist. Die weitere Verarbeitung und Nutzung der Daten für Werbung richtet sich dann nach § 28 Abs. 3 Satz 2 BDSG (Listendaten).

3.8 B2B-Werbung, Hinzuspeicherung von Daten

Die B2B-Werbung ist in § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 BDSG speziell angesprochen. § 28 Abs. 3 Satz 3 BDSG sieht aber die Möglichkeit des Hinzuspeicherns weiterer Daten für Zwecke der (Eigen-)Werbung, also bei eigenen Kunden, dem Wortlaut nach nur bei § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG vor.

B2B-(Eigen-)Werbung bei Bestandskunden kann jedoch auch auf § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG gestützt werden, mit der Möglichkeit des Hinzuspeicherns weiterer Daten, wenn die dort genannten sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind.

3.9 Hinzuspeichern und Nutzen von E-Mail-Adressen

E-Mail-Adressen, die unmittelbar von den betroffenen Personen im Rahmen einer Geschäftsbeziehung (Bestandskunden) erhoben wurden, können nach § 28 Abs. 3 Satz 3 BDSG hinzugespeichert und für E-Mail-Werbung genutzt werden. Entgegenstehende schutzwürdige Interessen des Betroffenen nach § 28 Abs. 3 Satz 6 BDSG sind u. a. dann gegeben, wenn die in § 7 Abs. 3 UWG enthaltenen gesetzlichen Vorgaben für elektronische Werbung nicht eingehalten werden.

3.10 Hinzuspeichern und Nutzen von Telefonnummern

Für Werbeanrufe bei **Verbrauchern** sieht das UWG keine Ausnahme vom Einwilligungserfordernis vor, so dass ein Hinzuspeichern und Nutzen von Telefonnummern wegen der besonderen Auswirkungen dieser Werbeform (stärkere Belästigung/Störung) datenschutzrechtlich an den entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen der Betroffenen gemäß § 28 Abs. 3 Satz 6 BDSG scheitert.

Bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem **sonstigen Marktteilnehmer** (B2B) kommt es für die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG darauf an, dass von dessen zumindest mutmaßlicher Einwilligung ausgegangen werden kann. Im B2B-Bereich stehen deshalb bei einem Hinzuspeichern und Nutzen von Telefonnummern für Werbeanrufe nach § 28 Abs. 3 Satz 3 BDSG i. V. m. § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG (Eigenwerbung bei Bestandskunden oder Eigenwerbung bei Firmenkontakten aus allgemein zugänglichen Verzeichnissen) datenschutzrechtlich nicht von vorne herein die schutzwürdigen Interessen der telefonisch anzusprechenden Gewerbetreibenden nach § 28 Abs. 3 Satz 6 BDSG entgegen.

Siehe dazu ergänzend auch BGH, Urteil vom 16. November 2006, Az. I ZR 191/03, und BGH, Urteil vom 20. September 2007, Az. I ZR 88/05.

3.11 Transparenzregelungen nach § 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG auch bei B2B- und Spendenwerbung

§ 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG fordert bei der Übermittlung von Adressdaten für Werbezwecke uneingeschränkt Transparenz über die Herkunft der Daten, so dass auch bei B2B- und Spendenwerbung aus der Werbung die Stelle hervorgehen muss, die die Adressdaten erstmalig erhoben hat. Nach § 28 Abs. 4 Satz 2 BDSG ist bei der Ansprache zum Zweck der Werbung über die (für die Daten) verantwortliche Stelle zu unterrichten.

Des Weiteren muss die (unmittelbare) Herkunft der Daten auch beim Werbenden (als Empfänger der Daten) nach § 34 Abs. 1a Satz 2 BDSG für zwei Jahre gespeichert und bei Nachfrage des Betroffenen beauskunftet werden.

3.12 Bezeichnung der Stelle, die die Daten erstmalig erhoben hat (§ 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG) bzw. die für die Nutzung der Daten verantwortlich ist (§ 28 Abs. 3 Satz 5 BDSG)

Die verantwortliche Stelle ist als konkrete juristische Person bzw. Firma mit ladungsfähiger Anschrift zu nennen. Kurzbezeichnungen (wie XY-Group) oder Postfachanschriften genügen dem Gesetzeszweck nicht. Die Stelle muss aus der Werbung eindeutig hervorgehen bzw. die für die Nutzung der Daten verantwortliche Stelle muss eindeutig erkennbar sein.

3.13 Begrenzung auf die Listendaten auch bei § 28 Abs. 3 Satz 5 BDSG

Nach den Materialien zu den Gesetzesberatungen für die sog. BDSG-Novelle 2 aus dem Jahr 2009 (BT-Drs. 16/13657) ist eine sinngemäße und dem (mutmaßlichen) Willen des Gesetzgebers entsprechende Auslegung der Vorschrift in der Weise vorzunehmen, dass auch bei § 28 Abs. 3 Satz 5 BDSG die Eingrenzung auf die Listendaten gilt.

3.14 Vertragliche Informationen, die gleichzeitig auch werbliche Informationen enthalten („Beipack-Werbung“)

Wenn Vertragspartnern vertragliche Informationen und damit verbunden auch eigene oder fremde werbliche Informationen per Brief zugesandt werden, ist dies in den Grenzen von § 28 Abs. 3 Satz 2, Satz 5 und Satz 6 BDSG möglich.

Bei E-Mail-Werbung sind über § 28 Abs. 3 Satz 6 BDSG die Wertungen in § 7 Abs. 3 UWG zu beachten, wonach für Fremdwerbung keine Erleichterungen gelten.

3.15 Gesetzestext von § 28 Abs. 3 Satz 6 BDSG

Hier liegt nach allgemeiner Meinung bei der Einbeziehung (nur) der Sätze 2 bis 4 von § 28 Abs. 3 BDSG ein Redaktionsversehen vor. Dieses beruht offensichtlich darauf, das kurz vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens Anfang Juli 2009 in § 28 Abs. 3 BDSG ein weiterer Satz eingeschoben und dies bei der Bezugnahmeformulierung in Satz 6 nicht mehr berücksichtigt wurde. Richtig müsste es also in § 28 Abs. 3 Satz 6 BDSG lauten "nach den Sätzen 2 bis 5". In dieser Weise ist das Gesetz anzuwenden.

3.16 Werbung anhand von Dritten erlangten Adressdaten („Freundschaftswerbung“)

Für die teilweise noch in der Abonnentenwerbung sowie in der Finanzberatungs- und Versicherungsvertreterbranche anzutreffende Praxis, weitere Werbeadressdaten bei Kunden- und Interessentenbesuchen durch Befragen Dritter zu erheben und für Werbeansprachen zu speichern und zu nutzen, sehen die Aufsichtsbehörden im Anwendungsbereich des § 28 Abs. 1 bis Abs.3 BDSG keine Rechtsgrundlage, denn § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG erlaubt die Speicherung und Nutzung von Adressdaten zur Werbung für eigene Angebote nur bei einer Datenerhebung beim Betroffenen selbst oder aus allgemein zugänglichen Verzeichnissen. Darüber hinaus steht der in § 4 Abs. 2 Satz 1 BDSG normierte Direkterhebungsgrundsatz solchen Datenerhebungen bei Dritten entgegen.

3.17 Empfehlungswerbung

Der BGH sieht in einem Urteil vom 12. September 2013, I ZR 208/12, aufgrund der Regelungen des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG unverlangt versandte Empfehlungs-E-Mails als unzulässige Werbe-E-Mails an (ein Unternehmen hatte auf seiner Website die Möglichkeit für Nutzer eingerichtet, die E-Mail-Adresse eines Freundes anzugeben, um diesem dann unverlangt eine sog. Empfehlungs-E-Mail schicken zu können). Es komme für die Einordnung als Werbung nicht darauf an, dass das Versenden der Empfehlungs-E-Mails eines Unternehmens letztlich auf dem Willen eines Dritten beruhe.

Das KG Berlin hat mit Urteil vom 24. Januar 2014, 5 U 42/12, die Versendung von durch Facebook generierten E-Mails im Zusammenhang mit der Anmeldeprozedur „Freunde finden“ als unzulässig belästigend und damit unerlaubte Werbung eingestuft, weil diese ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten versandt werden.

Damit wird von den Gerichten klargestellt, dass über solche Konstrukte der Empfehlungswerbung das mangels spezieller Regelung geltende Einwilligungserfordernis in E-Mail-Werbung nach

§ 28 Abs. 3 Satz 1 BDSG außerhalb von Bestandskundenverhältnissen im Sinne des § 7 Abs. 3 UWG nicht umgangen werden kann.

4 Hinweise zu § 28 Abs. 3a BDSG

4.1 Anderer Form der Einwilligung für Werbung

§ 28 Abs. 3a BDSG bezieht sich wegen der Zuordnung zu § 28 Abs. 3 BDSG nur auf Einwilligungen für einen werblichen Umgang mit personenbezogenen Daten und betrifft im ersten Teil von Satz 1 mündlich und fernmündlich erklärte Einwilligungen.

Visitenkarten, die auf Messen oder sonstigen Veranstaltungen ausdrücklich zur Informationszusendung und weiteren geschäftlichen Kontaktaufnahme hinterlassen werden, können eine solche anderweitig erteilte Einwilligung darstellen.

4.2 Schriftliche Bestätigung der Einwilligung

Die Textform gemäß § 126b BGB (E-Mail, PDF-Dokument) kann als ausreichend im Sinne des Schutzzwecks von § 28 Abs. 3a Satz 1 BDSG für die schriftliche Bestätigung einer anderweitig erteilten Einwilligung angesehen werden. Die Schriftform mit eigenhändiger Unterschrift nach § 126 BGB ist nach dem Bestätigungs- bzw. Informationszweck der Vorschrift nicht geboten.

4.3 Zeitpunkt der schriftlichen Bestätigung der Einwilligung

Eine unverzügliche oder separate Bestätigung der nicht schriftlich erteilten Einwilligung fordert das Gesetz nicht. Die Bestätigung muss im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zur Einwilligung erfolgen, wobei ein Zeitraum von bis zu drei Monaten noch als vertretbar angesehen wird. Dabei ist auch die schriftliche Bestätigung der Einwilligung in Verbindung mit der ersten Werbezusendung möglich, wenn beide Bestandteile (Bestätigung der Einwilligung und Werbetext) klar getrennt sind und die Bestätigung der Einwilligung entsprechend deutlich herausgestellt wird.

4.4 Double-Opt-In-Verfahren für elektronische Einwilligungen

Für das elektronische Erklären einer Einwilligung ist - zur Verifizierung der Willenserklärung des Betroffenen - das Double-Opt-In-Verfahren geboten (je nach konkreter Art des Kontaktes: E-Mail oder SMS), wobei die Nachweis-Anforderungen des BGH (Urteil vom 10. Februar 2011, I ZR

164/09) bei der Protokollierung zu berücksichtigen sind. Das bloße Abspeichern der IP-Adressen von Anschlussinhabern und die Behauptung, dass von diesen eine Einwilligung vorliege, genügen dem BGH nicht. Der Nachweis der Einwilligung erfordert mehr, z. B. den Ausdruck einer E-Mail des Betroffenen mit der entsprechenden Willenserklärung.

Ein solcher Nachweis reicht jedoch nicht im Fall der vorgesehenen Nutzung von über Website-Eintragungen erlangten Telefonnummern für Werbeanrufe aus. Mit der Übersendung einer Bestätigungs-E-Mail kann nämlich der Nachweis der Identität zwischen dem die Einwilligung mittels E-Mail Erklärenden und dem Anschlussinhaber der Telefonnummer nicht geführt werden.

4.5 § 28 Abs. 3a Satz 2 BDSG, zusammengefasste Einwilligungen

Wegen der strengen Anforderungen von § 7 Abs. 2 UWG (vorherige ausdrückliche Einwilligung für Telefon-, Fax- und elektronische Werbung), die werbende Unternehmen bei ihren Werbeanfragen von Verbrauchern berücksichtigen müssen, schafft § 28 Abs. 3a Satz 2 BDSG faktisch nur für die Verwendung von Adressdaten zur Briefwerbung an Verbraucher die Möglichkeit des Zusammenfassens von datenschutzrechtlicher Einwilligung (mit besonderer Hervorhebung) und anderen Vertragserklärungen mit einer Unterschrift.

5 Hinweise zu § 28 Abs. 4 BDSG

5.1 Werbewiderspruch und Wunsch nach Datenlöschung

Für die Umsetzung der Betroffenenrechte ist im Zweifelsfall vom Betroffenen klarzustellen bzw. bei ihm zu klären, was er mit seiner Willenserklärung bewirken möchte. Möchte er vorrangig von einer werblichen Ansprache durch das Unternehmen verschont bleiben, ist dafür die Aufnahme seiner Kontaktdaten in die Werbesperrdatei bei diesem Unternehmen das richtige Mittel zur Berücksichtigung seines Willens. Bei der Nutzung von Fremddaten kann dann durch Abgleich mit der Werbesperrdatei sichergestellt werden, dass die Kontaktdaten dieses Betroffenen nicht verwendet werden. Solche Werbesperrdateien sind damit aufgrund von § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG - zur Berücksichtigung der Werbewidersprüche von Betroffenen nach § 28 Abs. 4 BDSG - zulässig.

Betroffene rechnen häufig nicht damit, dass ihre Daten beim Werbetreibenden in eine Sperrdatei aufgenommen werden und sind nicht selten bereits aus prinzipiellen Erwägungen gegen jegliche weitere Datenspeicherung bei der verantwortlichen Stelle. Werden die Daten ohne ein ausdrückliches Einverständnis von den Betroffenen einzuholen auf der Grundlage des § 28 Abs. 1

Satz 1 Nr. 2 BDSG beim Werbetreibenden in eine Sperrdatei aufgenommen, müssen Betroffene hierüber unterrichtet werden, damit sie ggf. ein entgegenstehendes Interesse geltend machen können.

Zweckmäßiger Weise sollten die Betroffenen im Zusammenhang mit der Unterrichtung über die Beachtung ihres Werbewiderspruchs auch über den Sinn und Zweck der Aufnahme ihrer Daten in eine Sperrdatei unterrichtet werden.

Der Werbewiderspruch eines Betroffenen kann sich, je nach seiner Willenserklärung, datenschutzrechtlich gegen den Dateneigner als verantwortlicher Stelle nach dem BDSG wie auch wettbewerbsrechtlich gegen den Werbenden (bei der Nutzung von Fremddaten) als für diese geschäftliche Handlung nach dem UWG Verantwortlichen richten (§ 7 Abs. 1 UWG). Beide müssen ggfls. diesen Werbewiderspruch künftig berücksichtigen (durch Aufnahme in eine Werbesperrdatei).

Wünscht ein Betroffener ausdrücklich und allein eine Löschung aller Daten, sollte er darauf hingewiesen werden, dass er bei einem künftigen - rechtlich zulässigen - Einsatz von Fremddaten eventuell wieder Werbung erhalten kann.

Ergänzend kann ein Hinweis für die Betroffenen auf die sog. Robinsonlisten der Werbewirtschaft hilfreich sein, siehe z. B. unter www.ichhabediewahl.de oder www.robinsonliste.de.

5.2 Umsetzungsfrist des Widerspruchs nach § 28 Abs. 4 Satz 1 BDSG

Die Umsetzung des Widerspruchs gegen die künftige Verarbeitung oder Nutzung der Kontaktdaten eines Betroffenen für Werbung muss in dem betreffenden Unternehmen grundsätzlich unverzüglich erfolgen.

Wenn konkrete Werbeaktionen angelaufen sind und sich die Kontaktdaten des Betroffenen schon in der technischen Verarbeitung befinden, kann es im Einzelfall für das Unternehmen unzumutbar sein, einen zwischenzeitlich eingegangenen Werbewiderspruch noch mit erheblichem Aufwand umzusetzen, z. B. einen bestimmten bereits adressierten Brief aus einer großen Menge heraus zu sortieren.

Auch hier ist Betroffenen überwiegend nicht bewusst, dass bereits "angelaufene" Werbeaktionen regelmäßig nicht mehr gestoppt werden können. Zur Vermeidung von unnötigen Beschwerden sollten die Werbetreibenden die Betroffenen in einem individuellen Antwortschreiben erstens auf die Beachtung des Werbewiderspruchs und zweitens über die Tatsache, dass sie über

einen möglichst genau zu benennenden Zeitraum noch Werbung erhalten können, unterrichten.

5.3 Unterrichtung über das Widerspruchsrecht nach § 28 Abs. 4 Satz 2 BDSG

Es ist nur dann von einer wirksamen Unterrichtung im Sinne des Gesetzes auszugehen, wenn ein durchschnittlicher Verbraucher beim üblichen Umgang mit Werbung oder Vertragsinformationen von der Unterrichtung Kenntnis erlangt. Das "Verstecken" der Unterrichtung in langen AGB oder in umfangreichen Werbematerialien stellt keine Unterrichtung im Sinne des Gesetzes dar.

Mit der Unterrichtung über die verantwortliche Stelle ist die für die Verwendung der Werbedaten verantwortliche Stelle (Dateneigner) gemeint.

Bei mehreren Werbeansprachen muss die Unterrichtung über das bestehende Werbewiderspruchsrecht in jedem Werbeschreiben erfolgen.