



ZENTRALVERBAND DER DEUTSCHEN WERBEWIRTSCHAFT ZAW E.V.

**Kurz-Stellungnahme
zum Gesetzentwurf zur Regelung des Datenschutzaudits und
zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften (BT-Drs. 16/12011)**

Die im letzten Jahr bekannt gewordenen „Datenschutzskandale“ lösten erhebliche Empörung aus. Das hierbei zu Tage getretene Vorgehen war indessen eindeutig nicht erlaubt, sondern bereits nach geltendem Recht verboten, ja sogar strafrechtlich sanktioniert. Die rechtswidrige Weitergabe von Daten, insbesondere von besonders geschützten Daten, war Ausdruck krimineller Machenschaften Einzelner – begünstigt durch teilweise unzureichende interne Kontrollmechanismen, aber auch durch eine defizitäre externe Kontrolle der Aufsichtsbehörden. Die Überprüfung des BDSG zur Erreichung von mehr Datensicherheit und -transparenz ist daher nachvollziehbar.

Die zur zielgruppenspezifischen Ansprache von Bürgern und Unternehmen von der übertragenden Mehrheit rechtstreuer Unternehmen angewandten Verfahren, respektive das hiernach zulässige und seit langem akzeptierte Marktmodell für adressierte Werbepost, sind von den Vorkommnissen jedoch klar zu unterscheiden. Die im Regierungsentwurf vorgeschlagenen Maßnahmen, mithin die drastische Beschneidung legitimer Kommunikationsinteressen der deutschen Wirtschaft, zielgerichtete Werbung zu betreiben, gehen damit eindeutig zu weit. Es gibt Alternativen.

1. Das vom Regierungsentwurf in Kauf genommene faktische Verbot der direkten Kommunikation der Unternehmen insbesondere mit Neukunden ist nicht geeignet, Vollzugsdefizite im Bereich des Datenschutzes zu beseitigen und die Verbraucher besser vor der illegalen Verwendung ihrer Daten zu schützen. Stattdessen würde das etablierte Geschäftsmodell zahlreicher Branchen und Unternehmen unmöglich gemacht – **mit weitreichenden Konsequenzen**. Gerade für neue Marktteilnehmer würde eine erhebliche Markt-Eintrittsschranke geschaffen – es bliebe nur die Möglichkeit breit gestreuter Werbung. Aber auch etablierte Unternehmen müssen wegen der üblichen Fluktuation ihres Kundenstamms jährlich bis zu 20 Prozent neue Kunden gewinnen. Zur Neukundenakquisition ist die direkte postalische Ansprache oftmals die einzig wirtschaftliche Möglichkeit.

2. Eine verlässliche Kostenfolgenabschätzung sieht der Regierungsentwurf nicht vor. Im Gegenteil: Die **prozesshaften betriebswirtschaftlichen und volkswirtschaftlichen Effekte der Systemumstellung werden noch nicht einmal thematisiert**. Vorausdenkend ist nach unseren Befragungen als Folgen der geplanten gesetzgeberischen Maßnahme folgende Prognose zu geben:

Direktmarketing ist ein unentbehrlicher Werbeweg und drittstärkste Position im deutschen Netto-Investitions-Werbemarkt. 16.739 Unternehmen nutzten 2008 für ihre Marktkommunikation das Medium Werbepost. Davon setzten 10.520 Unternehmen ausschließlich auf Werbung per Post - **insbesondere kleine und mittelständische Firmen** (Nielsen Direct Mail Statusbericht 2008). Nach Schätzungen des ZAW ist damit insgesamt eine Summe von 47,4 Mrd. Euro bedroht. Neben den direkten Investitionen in Werbung per Post (Konzeption, Logistik, Herstellung, Versand) sind Folgeeffekte beim Absatzmarketing der diese nutzenden Unternehmen zu berücksichtigen, insbesondere etwa bei Messen und Ausstellungen, Markt- und Meinungsforschung, die Neukundengewinnung bei Zeitungen und Zeitschriften sowie des Abo-Fernsehens und die Umsätze vor allem des Versandhandels und mittlerer/kleiner Unternehmen der Dienstleistungsbranche. Die Be-

triebsräte des Deutschen Versandhandels bei **Verdi** rechnen mit 20 Prozent weniger Kunden, was sich auch nach Einschätzung der Arbeitnehmervertreter gravierend auf die Auftragslage und somit auch unmittelbar auf die Arbeitsplätze auswirken würde. Hinzu kämen entsprechende Steuerausfälle für die Öffentliche Hand. Akut bedroht wären – so die Schätzungen von Branchenvertretern - rund 300.000 Arbeitsplätze überwiegend im Sektor Markt-Kommunikation.

3. Statt der Opt-in-Lösung sollte ein **verbessertes Widerspruchsrecht bzw. Werbeablehnungsrecht** angestrebt werden (Verbesserung des Hinweises auf die Widerspruchsmöglichkeit / rechtlich verpflichtende „Robinsonliste“ inkl. empfindlicher Sanktionierung bei Verstößen). In der Praxis sollte jeder Betroffene bereits bei der Datenerhebung umfassend über die beabsichtigte Nutzung informiert werden. Zugleich könnte eine Möglichkeit zum Ankreuzen der Option „Keine Nutzung/Übermittlung meiner Daten für Werbezwecke“ die Ausübung des Widerspruchsrechts erleichtern. Auch die **Transparenz** für den Verbraucher sollte erhöht werden. Hier gibt es also Alternativen, die das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Bürger berücksichtigen und eine effektive Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden ermöglichen.

4. Auftragsdatenverarbeitung spielt im Bereich des Direktmarketing eine große Rolle. Möchte ein Unternehmen Fremddatenbestände für eigene Werbezwecke nutzen, so erhält es die Daten in der Regel weder auf Dauer und auch nicht zur eigenen Verfügung. Die Nutzung erfolgt vielmehr, ggf. unter Einschaltung eines Maklers (Listbroker), der das Unternehmen mit den geeigneten Datenspeicherstellen (Adresseigentümer) zusammenführt und selbst oder unter Einschaltung eines sog. Lettershops die Adressdaten gemäß eines von den Adresseigentümern erteilten Auftrags zur Durchführung der Werbeaktion nutzt. Da die Daten regelmäßig also nicht an Dritte übermittelt werden, kann auch nicht von „vagabundierenden“ Daten die Rede sein. Verantwortlich für die Daten ist nach wie vor die Stelle, die die Daten beim Betroffenen erhoben hat. Diese Form der Fremdwerbung sollte weiterhin zulässig sein.

5. Die vorgesehenen **Ausnahmetatbestände greifen zu kurz**: Die Ausnahme für „Zwecke der Werbung für **eigene Angebote**“ wird den Strukturen von Konzernen, die oftmals sogar gesetzlich verpflichtet sind, unterschiedliche Sparten innerhalb der Konzerne zu bilden, nicht gerecht. Eine Beschränkung auf „freiberuflich oder gewerblich Tätige unter deren Geschäftsadresse“ ist angesichts der Zielsetzung des Gesetzgebungsvorhabens nicht erforderlich. Es müssen auch weiterhin die **beruflich Tätigen** und deren Mitarbeiter aufgrund von Fremdadressen angeschrieben werden können. Die nach dem Gesetzentwurf erlaubte „Beipackwerbung“ muss auf **Empfehlungswerbung** ausgedehnt werden, zumal es auch hier datenschutzrechtlich nicht zu einer Übermittlung der Daten kommt. Es fehlt auch die nach geltendem Recht bestehende Möglichkeit, personenbezogene Daten **aus allgemein zugänglichen Quellen** zu Werbezwecken verwenden zu können. Die strukturell auf dem verfehlten Einwilligungsmodell beruhenden Nachteile sind vermeidbar, wenn die unter Ziffer 3 aufgeführten Maßnahmen verabschiedet werden.

6. Das **Koppelungsverbot** sollte auf marktbeherrschende Unternehmen bezogen werden. Der Gesetzestext wie auch dessen Begründung gehen aber offenbar viel weiter. Der damit verbundene Eingriff in die Vertragsabschlussfreiheit wäre nicht nur unverhältnismäßig. In der Praxis würde eine Vielzahl werbefinanzierter Geschäftsmodelle wie zum Beispiel kostenlose E-Mail-Dienste und Kundenbindungsprogramme des Handels eingeschränkt. Den Interessen der Verbraucher entspricht dies sicherlich nicht. Der Anwendungsbereich einer Regelung im BDSG sollte daher den Bestimmungen des TMG entsprechen.

7. Das vorgesehene generelle Erfordernis einer **schriftlichen Bestätigung** der Einwilligung stellt eine unangemessen formalistische und damit praktisch kaum zu nehmende

Hürde für Unternehmen und Verbraucher dar. Es bedarf ferner dringend einer Klarstellung, dass **wirksam erteilte Einwilligungen** (auch z.B. hinsichtlich der Weitergabe im Konzernverbund) ihre Gültigkeit behalten. Ansonsten entstünden unverhältnismäßige Kosten zu Lasten der Unternehmen. Die Herstellungs-, Porto- und Verwaltungskosten könnten pro Unternehmen entsprechend ihrer Kundenzahl schnell die Millionengrenze erreichen. Bei der Vielzahl der betroffenen Unternehmen wären die Gesamtkosten dieser Gesetzesänderung unzumutbar hoch.

8. Es fehlt eine klarstellende Regelung zur Tätigkeit der Markt- und Meinungsforschungsinstitute. Eine Einschränkung der Nutzungsmöglichkeiten von Listen sowie die Notwendigkeit einer schriftlichen Einwilligung würden es in Zukunft unmöglich machen, **Markt- und Meinungsforschung** - eine Grundlage sinnvoller wirtschaftlicher und sozialer Kommunikation und Entscheidungsfindung in modernen Zivilgesellschaften - effektiv durchführen zu können.

9. Erforderlich ist eine differenzierte Übergangsfrist. Bei genauer Betrachtung enthält der Regierungsentwurf keine praxistaugliche **Übergangsregelung**.

10. Der Entwurf ist **unübersichtlich** und für die Rechtsanwender **nahezu unverständlich**. Dies haben die Erörterungen mit Unternehmen und Aufsichtsbehörden in letzter Zeit noch einmal eindrücklich belegt. Zudem ist die Vereinbarkeit mit **europarechtlichen Vorgaben** nicht hinreichend geklärt. Im Vergleich zu den rechtlichen Vorgaben und dem hiermit im Einklang stehenden Marktverhalten in anderen Mitgliedsstaaten würde in **Deutschland ein Sonderweg** etabliert, der einseitig zu Lasten der deutschen Wirtschaft ginge.

11. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens ist es zu einem Nachschieben rechtspolitischer Begründungen gekommen. Auch das hiernach ins Feld geführte „**Belästigungsmoment**“ – abgesehen davon, dass hierzu keine umfassend abgesicherten Fakten mitgeteilt werden – macht den Regierungsentwurf nicht einsichtiger. Sachverhalte belästigender Werbung sind im UWG und nicht im BDSG geregelt. Die betroffenen Rechtsgüter und der Schutzzweck beider Gesetze sind völlig unterschiedlich. Nach dem UWG wird die adressierte Werbesendung auch ohne vorherige Einwilligung als zulässige Werbeform angesehen. Zwar kann auch die Zusendung solchen Werbematerials als belästigend empfunden werden; sie hat aber nach der lebensnahen Wertung des Gesetzgebers nur eine relativ geringe Beeinträchtigung des persönlichen Bereichs der Adressaten zur Folge, zumal jeder Empfänger den Brief ohne Weiteres entsorgen kann. Die **Differenz in der Intensität** möglicher Belästigungen muss bei gesetzgeberischen Maßnahmen in der Wahl der Mittel berücksichtigt werden.

Berlin, 19. März 2009

Kontakt

Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) e.V.

Julia Busse

Justiziarin

Am Weidendamm 1A

10117 Berlin

Telefon: +49-30-590099-718

Telefax: +49-30-590099-722

E-Mail: busse@zaw.de

Internet: www.zaw.de