

Verlag oder Presse-Grosso: wem gehören die Vertriebsdaten?

Sebastian Kraska

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kraska, Sebastian. 2008. "Verlag oder Presse-Grosso: wem gehören die Vertriebsdaten?"
Augsburg: Universität Augsburg.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



**Verlag oder Presse-Grosso:
Wem gehören die Vertriebsdaten?**

Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität zu Augsburg

vorgelegt von

Sebastian Kraska

2008

Erstgutachter:

Professor Dr. Ulrich M. Gassner,
Mag. rer. publ., M. Jur. (Oxon.)

Zweitgutachter:

Professor Dr. Matthias Rossi

Tag der mündlichen Prüfung:

08. Dezember 2008

Verlag oder Presse-Grosso: Wem gehören die Vertriebsdaten?

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht.....	I
Inhaltsverzeichnis.....	II
Abkürzungsverzeichnis.....	V
A. Einleitung.....	1
B. Der Pressevertrieb in Deutschland	3
I. Die Funktion der Presse-Grossisten und des Bundes-Presse-Grosso	3
II. Besonderheiten des Vertriebs durch Presse-Grossisten.....	6
III. Nutzung der Vertriebsdaten	14
IV. Vergleich zur Situation in anderen europäischen Kernmärkten.....	18
C. Verlag oder Presse-Grosso: Wem gehören die Vertriebsdaten?	24
I. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Weitergabe von Vertriebsdaten	25
II. „Eigentum“ der Verlage an den Vertriebsdaten.....	77
III. Vertraglicher Anspruch der Verlage auf Herausgabe der Vertriebsdaten	93
D. Zusammenfassung	122
I. Die Kernthesen der Arbeit.....	122
II. Ausblick: Weitergabe der Vertriebsdaten im „2-Stufen-Modell“	123
Literaturverzeichnis	125
Quellenverzeichnis.....	133

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht.....	I
Inhaltsverzeichnis.....	II
Abkürzungsverzeichnis.....	V
A. Einleitung.....	1
B. Der Pressevertrieb in Deutschland	3
I. Die Funktion der Presse-Grossisten und des Bundes-Presse-Grosso	3
II. Besonderheiten des Vertriebs durch Presse-Grossisten.....	6
1. Vertragliche Vereinbarungen zwischen Grossisten und Verlagen	6
2. Das Remissionsrecht des Handels	7
3. Das Dispositionsrecht des Presse-Grossisten und des Verlages.....	8
4. Die Preisbindung beim Vertrieb von Presseerzeugnissen.....	10
5. Das Alleinvertriebsrecht des Presse-Grossisten.....	11
6. Die Neutralität	11
7. Freie Presse-Grossisten unter dem Schutz des Staates	12
III. Nutzung der Vertriebsdaten.....	14
1. Umfang der bei den Presse-Grossisten anfallenden Daten	14
2. Auswertung mittels Ehastra	15
3. Zuordnung der Ehastra Daten zu Einzelhändlern	16
4. Nutzung der Bewegungsdaten für regelmäßige Marktanalysen	16
5. Zusammenführung der Daten in einem <i>Data Warehouse</i>	17
6. Definition des Begriffs „Vertriebsdaten“	18
IV. Vergleich zur Situation in anderen europäischen Kernmärkten.....	18
1. Pressevertrieb in Frankreich	18
2. Pressevertrieb in Italien	20
3. Pressevertrieb in Großbritannien	22
C. Verlag oder Presse-Grosso: Wem gehören die Vertriebsdaten?	24
I. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Weitergabe von Vertriebsdaten	25
1. Anwendbarkeit des BDSG auf sämtliche Vertriebsdaten?	25
a. Ausschluss gewerblich tätiger natürlicher Personen aus dem Anwendungsbereich des BDSG.....	25
aa. Derzeitiger Anwendungsbereich des BDSG.....	26
bb. Teleologische Reduktion des BDSG auf „private“ natürliche Personen?	27
a) Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion	27
b) Entstehungsgeschichte des BDSG in seiner heutigen Fassung. 28	
c) Sinn und Zweck des BDSG	37
d) Plädoyer für eine teleologische Reduktion des BDSG	39
b. Befragung der Aufsichtsbehörden der nicht-öffentlichen Stellen zur Anwendbarkeit des BDSG auf Daten gewerblich tätiger natürlicher Personen.....	41
aa. Muster des Fragebogens	41
bb. Ergebnisse der Befragung.....	45
cc. Auswertung der Befragung	49
2. Vereinbarkeit einer Weitergabe der Vertriebsdaten mit dem BDSG ...	50

a.	Eröffnung des Anwendungsbereichs des BDSG	51
aa.	Vertriebsdaten sind personenbezogene Daten.....	51
bb.	Grossisten wie Verlage sind nicht-öffentliche Stellen.....	52
cc.	Weitergabe der Vertriebsdaten ist Verarbeitung in Form der Übermittlung.....	53
b.	Ausnahme auf Grund eines Auftragsdatenvertrages?.....	54
c.	Besonderheiten auf Grund von Funktionsübertragung?.....	56
d.	Der Grundsatz des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt	57
aa.	Einwilligung der Betroffenen.....	57
bb.	Der Erlaubnistatbestand des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG	59
cc.	Der Erlaubnistatbestand des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG	63
dd.	Der Erlaubnistatbestand des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG	67
ee.	Der Erlaubnistatbestand des § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BDSG	68
ff.	Der Erlaubnistatbestand des § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BDSG	70
e.	Feststellung der Rechtswidrigkeit der Weitergabe der Vertriebsdaten.....	72
3.	Mögliche Folgen eines Verstoßes gegen das BDSG.....	72
a.	Aufsichtsbehördliche Maßnahmen.....	73
b.	Ordnungs- und strafrechtliche Konsequenzen einer unzulässigen Datenweitergabe.....	74
II.	„Eigentum“ der Verlage an den Vertriebsdaten.....	77
1.	Eigentum an Daten – strukturell unmöglich?	78
a.	Was sind Daten?	78
aa.	Definitionsansätze in der Informatik.....	78
bb.	Definitionsansätze in der Rechtswissenschaft.....	82
cc.	Zusammenfassung der Definitionsansätze.....	85
b.	Konzeption des „Eigentums“	87
c.	Keine strukturelle Unmöglichkeit.....	90
2.	Eigentum im Datenschutzrecht kein taugliches Schutzkonzept	91
3.	Zusammenführung der Ergebnisse	92
III.	Vertraglicher Anspruch der Verlage auf Herausgabe der Vertriebsdaten.....	93
1.	Presse-Grossist: Kommissionsagent der Verlage?	93
a.	Das tatsächliche Erscheinungsbild der Rechtsbeziehungen zwischen Presse-Grossisten und Verlagen	94
aa.	Das Remissionsrecht	95
bb.	Das Dispositionsrecht und die Neutralitätsverpflichtung	96
b.	Die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen Presse-Grossist und Verlag	98
aa.	Einordnung anhand bekannter zivilrechtlicher Vertragstypen.....	98
bb.	Einordnung anhand bekannter handelsrechtlicher Vertragstypen.....	100
a)	Das Merkmal „auf fremde Rechnung“	102
b)	Die Problematik des Weisungsrechts	105
c)	Details zum Absatzrisiko.....	106

cc.	Vertrag sui generis?	107
c.	Bestimmung der anwendbaren Rechtsnormen.....	108
2.	Entstehen eines Anspruchs auf Herausgabe	109
3.	Erlöschensgründe	112
a.	Daten auf die das BDSG anwendbar ist	112
aa.	Erlöschen des Herausgabeanspruchs nach § 134 BGB.....	113
bb.	Erlöschen des Herausgabeanspruchs nach § 275 Abs. 1 Var. 1 BGB.....	116
cc.	Modifikation des Herausgabeanspruchs nach § 242 BGB.....	118
b.	Daten auf die das BDSG nicht anwendbar ist	120
D.	Zusammenfassung	122
I.	Die Kernthesen der Arbeit.....	122
1.	Datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Weitergabe von Vertriebsdaten.....	122
2.	„Eigentum“ der Verlage an den Vertriebsdaten.....	122
3.	Vertraglicher Anspruch der Verlage auf Herausgabe der Vertriebsdaten.....	123
II.	Ausblick: Weitergabe der Vertriebsdaten im „2-Stufen-Modell“	123
	Literaturverzeichnis	125
	Quellenverzeichnis	133

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Beschl.	Beschluss
Bewegungsdaten	→ Einzelhändler-Objektfolge-Daten und → Objektfolge-Daten
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BStatG	Gesetz über die Statistik für Bundeszwecke
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BuchPrG	Gesetz über die Preisbindung für Bücher
Bundes-Presse-Grosso	Bundesverband Deutscher Buch-, Zeitungs- und Zeitschriften Grossisten e.V.
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
e.V.	eingetragener Verein

EG-Datenschutzrichtlinie	Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 31–50
Ehastra	Einzelhandelsstrukturanalyse
Ehastra-Statistiknummer	Jedem Einzelhändler bzw. jeder Verkaufsstelle zugewiesene, eindeutige Nummer
Einzelhändler	Von → Presse-Grossisten belieferte Betreiber von Einzelhandelsgeschäften zum Verkauf von Zeitungen und Zeitschriften
Einzelhändler-Objektfolge-Daten	Daten über Verkauf, Remission und Bezug für jeden Einzelhändler und jede Heftfolge eines Objektes
Einzelhändler-Stammdaten	Detaillierte Kundenstammdaten (z.B. Name, Anschrift, Gemeindezuordnung, Telefonnummer, Kundennummer usw.) für jeden von dem jeweiligen Grossisten belieferten Einzelhändler
etc.	et cetera
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Grossist	→ Presse-Grossist
Hdb.	Handbuch
h.M.	herrschende Meinung

IFG	Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes
i.V.m.	in Verbindung mit
ISPC-Abrechnungsdaten	Intermedia Standard Presse-Code, → Objektfolge-Daten
JZ	Juristenzeitung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	→ NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht (Zeitschrift)
Objektfolge-Daten	Daten von Verlagserzeugnissen wie Verkauf, Remission und Bezug (d.h. Belieferungsmengen), die sich aus der Aggregation der → Einzelhändler-Objektfolge-Daten in den jeweiligen Grossgebieten ergeben
OwiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PoS	Point of Sale, engl. für Verkaufsstelle
Presse-Grossist	Großhändler von Zeitungen und Zeitschriften
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
s.	siehe
S.	Seite
Stammdaten	→ Einzelhändler-Stammdaten und → Titel-Stammdaten
StGB	Strafgesetzbuch
Titel-Stammdaten	Artikelinformationen aller Verlagserzeugnisse wie Objektnummer, Name der Zeitschrift, Preis, Erscheinungsweise, Warengruppe

Urt.	Urteil
v.	von, vom
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
Vertriebsdaten	Zusammengefasste, nicht-anonymisierte → Einzelhändler-Stammdaten und → Einzelhändler-Objektfolge-Daten
VMP	Verkaufstägliche Marktbeobachtung am → PoS
VMP-Daten	→ VMP
WDPR	World Data Protection Report
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift), Entscheidungssammlung
z.B.	zum Beispiel
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

A. Einleitung

Die Frage nach dem Schutz der eigenen Daten ist in jüngster Zeit wieder verstärkt Gegenstand wissenschaftlicher und politischer Diskussionen.¹ In einem zunehmend vernetzten Umfeld bietet die Zusammenführung von Informationen die Möglichkeit, neue Erkenntnisquellen zu eröffnen.²

Besonders im wirtschaftlichen Bereich stellt sich daher immer häufiger die Frage, wer in welcher Weise und in welchem Umfang Daten nutzen darf.

Das Datenschutzrecht ist damit nicht mehr ausschließlich ein Schutzrecht des Einzelnen vor der Verwendung seiner Daten durch den Staat oder Unternehmen, sondern mittlerweile auch ein Schauplatz für den Ausgleich widerstreitender Unternehmensinteressen.

In diesem Themenkreis bewegt sich auch die vorliegende Arbeit. Anhand der im Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften bei den Presse-Grossisten anfallenden und auf Bundesebene im Verband Bundes-Presse-Grosso zusammengeführten Vertriebsdaten lassen sich deutschlandweite Marktanalysen des Pressemarktes erstellen.

Diese Vertriebsdaten sind damit für die Grossisten wie für die Verlage von wirtschaftlich enormem Wert.³ So offenbart sich die seit Gründung des Bundes-Presse-Grosso bestehende Konkurrenz zwischen insbesondere Großverlagen einerseits und den Presse-Grossisten andererseits seit neuestem auf dem Feld des Datenschutzrechtes.

Auch hier wird letztlich wie bei vielen Streitfragen zwischen Presse-Grossisten und Verlagen⁴ zu untersuchen sein, welche Rechte und Pflichten sich aus den Rechtsbeziehungen zwischen Presse-Grossisten und Verlagen herleiten lassen.

¹ Vgl. beispielsweise die Entscheidung des *BVerfG* zum neuen „Computer-Grundrecht“, Urt. v. 27.2.2008, NJW 2008, 822; vgl. hierzu allg. *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 103 ff.

² Vgl. hierzu die Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Gesetzes zur Änderung des BDSG vom 13.10.2000, BT-Drs. 14/4329, S. 57.

³ Vgl. hierzu Konflikt um sensible Handelsdaten eskaliert, Kontakter v. 25.8.2008, S. 17.

⁴ Vgl. hierzu allg. *Dorn/Vogel*, Geschichte des Pressevertriebs in Deutschland, S. 123 ff.

Die vorliegende Arbeit soll nach einer Einführung in die Funktionsweise des Presse-Vertriebs in Deutschland unter (B. I.) und der Darstellungen von Besonderheiten dieser Branche unter (B. II.) die Frage beantworten, wem die Vertriebsdaten „gehören“, ob also letztlich Verlage oder Presse-Grossisten die Vertriebsdaten wirtschaftlich nutzen können.

Dazu wird im Lichte der Frage, in welchem Rechtsverhältnis Presse-Grossist und Verlag zueinander stehen, unter (C. I.) die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Weitergabe von Vertriebsdaten diskutiert und in (C. II.) untersucht, inwieweit die Vertriebsdaten den Verlagen als ihr „Eigentum“ zugeordnet werden und so dem Zugriff Dritter entzogen werden könnten, um in (C. III.) zu beantworten, ob den Verlagen ein vertraglicher Anspruch auf Herausgabe der Vertriebsdaten zukommt.

Abschließend erfolgt unter (D.) eine Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse.

B. Der Pressevertrieb in Deutschland

Einleitend soll unter (I.) die Funktion der Presse-Grossisten und des Bundes-Presse-Grosso dargestellt werden, gefolgt von (II.) der Darstellung der Besonderheiten dieses Vertriebsweges, (III.) der Schilderung der derzeitigen Nutzung der Vertriebsdaten durch Presse-Grossisten und Verlage und (IV.) einem Vergleich zur Situation in anderen europäischen Kernmärkten.

I. Die Funktion der Presse-Grossisten und des Bundes-Presse-Grosso

Die Verlage greifen in Deutschland zum Vertrieb ihrer Zeitungen und Zeitschriften über Einzelhändler an die Endkunden auf so genannte Presse-Grossisten, also Presse-Großhändler, zurück.⁵

Als solche kaufen diese Presseerzeugnisse von Verlagen und verkaufen diese an Einzelhändler weiter. Die Einzelhändler verkaufen die Presseerzeugnisse schließlich an den Konsumenten.⁶

61 der insgesamt 75 Presse-Grossisten haben sich auf Bundesebene im Bundesverband Deutscher Buch-, Zeitungs- und Zeitschriften-Grossisten e.V. zusammengeschlossen, dem Dachverband der deutschen Presse-Grossisten.⁷ Mit einigen – durch die Wiedervereinigung Deutschlands bedingten – Ausnahmen⁸ sind an den im Verband organisierten Presse-Grossisten keine Verlage beteiligt.

Die Verlage haben sich ihrerseits auf Bundesebene im Verband Deutscher Zeitschriftenverleger e.V. zusammengeschlossen.

Der Bundes-Presse-Grosso vertritt die wirtschaftlichen und medienpolitischen Interessen seiner Mitglieder gegenüber öffentlichen Institutionen und den

⁵ Vgl. hierzu einführend auch *Mundhenke/Teuber*, Der Verlagskaufmann, S. 81 ff.

⁶ Vgl. zur Angebotsbreite der Grossisten und Einzelhändler *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 113.

⁷ Zu den Zahlen vgl. Geschäftsbericht 2007 des Bundes-Presse-Grosso, S. 106.

⁸ Vgl. hierzu *Dorn/Vogel*, Geschichte des Pressevertriebs in Deutschland, S. 220 ff; *Klammer*, Pressevertrieb in Ostdeutschland, S. 96 ff.

Geschäftspartnern auf Lieferantenseite und im Einzelhandel. Ziel der Verbandsarbeit ist die Sicherung eines neutralen, mittelständischen Presse-Großhandels zur Erhaltung der uneingeschränkten Pressefreiheit und Pressevielfalt.⁹

Der Bundes-Presse-Grosso wurde im Juni 1950 in Köln gegründet. Seine historischen Wurzeln reichen zurück auf die so genannten „Leipziger Kommissionäre“, die als Buchgroßhändler ab dem Jahr 1900 nach und nach auch Zeitschriften und Zeitungen in ihr Sortiment aufnahmen.

Nach dem zweiten Weltkrieg musste sich der Pressevertrieb völlig neu organisieren. Zwischen 1945 und 1949 schlossen sich auf lokaler Ebene verschiedentlich Presse-Grossisten – und dort nur in der amerikanischen und englischen Besatzungszone – in Verbänden zusammen.¹⁰ Die Verbandsorganisation in der französischen und sowjetischen Besatzungszone wurde unterbunden.¹¹ Die bestehenden Verbände schlossen sich 1950 zum Bundes-Presse-Grosso zusammen.

Die Hauptaufgaben des Verbandes in der Anfangszeit waren die Konsolidierung der eigenen Mitgliederstruktur (nach dem Krieg hatten sich auch zahlreiche teils branchenfremde Unternehmen oder Einzelpersonen als Presse-Grossisten betätigt), der Interessenvertretung gegenüber Einzelhändlern (viele Einzelhändler wurden in der Anfangszeit von mehreren Presse-Grossisten beliefert und spielten diese häufig gegeneinander aus) und gegenüber den Verlagen (die Anfangs nur ein beschränktes Rückgaberecht einräumen wollten) sowie die Schlichtung von Streitigkeiten unter den Mitgliedern.¹²

Die Einführung der BILD-Zeitung 1952 durch den Axel Springer Verlag gab den Anstoß für die nächste Veränderung unter den Presse-Grossisten. Der Axel Springer Verlag verfolgte das Ziel, seine Produkte – vornehmlich die BILD-Zeitung und das Magazin Hörzu – flächendeckend anzubieten. Auf Seite der Presse-Grossisten erforderte dies erhebliche Investitionen. Hatte man bislang nur die Städte versorgt und

⁹ Vgl. hierzu die Internetseite des Bundesverbandes Deutscher Buch-, Zeitungs- und Zeitschriften-Grossisten e.V., abzurufen unter www.bvpg.pressegrasso.de.

¹⁰ Dorn/Vogel, Geschichte des Pressevertriebs in Deutschland, S. 152 ff.

¹¹ Dorn/Vogel, Geschichte des Pressevertriebs in Deutschland, S. 153.

¹² Dorn/Vogel, Geschichte des Pressevertriebs in Deutschland, S. 162.

ländliche Gebiete ausschließlich dem werbenden Buch- und Zeitschriftenhandel¹³ überlassen, war nun ein größerer Fuhrpark erforderlich. Der Strategiewechsel von der Gebietsexpansion (also der Ausweitung der Verkaufsgebiete) hin zur Gebietsintensivierung (also dem Ausbau und der Optimierung vorhandener Vertriebsstrukturen) brachte auch mit sich, dass Mischkalkulationen für die Presse-Grossisten von immer stärkerer Bedeutung wurden. In Folge dessen kam es zu einer weiteren Konsolidierung innerhalb der Presse-Grossisten.¹⁴

Eine weitere einschneidende Veränderung brachte die in den Folgejahren von der Verlagsseite unter Führung des Axel Springer Verlags durchgesetzte so genannte „Gebietsbereinigung“ mit sich. Auf Initiative der Verlage wurden die Presse-Grossisten angehalten, die Belieferungsgebiete untereinander aufzuteilen und so Gebiete mit Alleinvertrieb durch einen Presse-Grossisten zu schaffen. Der wesentliche Vorteil für die Verlage einer solchen Vertriebsstrukturierung lag darin, dass nur Alleinauslieferer den regionalen Nachweis über Verkaufsdichten erbringen konnten, der für die Werbewirtschaft erforderlich war.¹⁵

Die Klagen der hierdurch vom Markt verdrängten Presse-Grossisten, die von den Verlagen nicht mehr mit Pressetiteln beliefert wurden, blieben letztlich erfolglos,¹⁶ wenngleich die kartellrechtliche Brisanz der Gebietsbereinigung die Presse-Grossisten bis ins Jahr 1979 begleitete.¹⁷

¹³ Vgl. zum werbenden Buch- und Zeitschriftenhandel *Mundhenke/Teuber*, Der Verlagskaufmann, S. 86 f.

¹⁴ *Dorn/Vogel*, Geschichte des Pressevertriebs in Deutschland, S. 190.

¹⁵ *Dorn/Vogel*, Geschichte des Pressevertriebs in Deutschland, S. 197.

¹⁶ *Dorn/Vogel*, Geschichte des Pressevertriebs in Deutschland, S. 198 ff.

¹⁷ Die Staatsanwaltschaft stellte das Verfahren wegen Verdachts auf Verstöße gegen Kartellbestimmungen durch Presse-Grossisten am 9.3.1979 ein. Zuvor waren im Frühjahr 1976 bundesweit 22 Presse-Grossisten durchsucht worden.

II. Besonderheiten des Vertriebs durch Presse-Grossisten

Der Vertrieb von Presseerzeugnissen durch Presse-Grossisten unterscheidet sich deutlich vom Vertrieb sonstiger Waren. Nicht nur sind 1. die Vertragsbeziehungen zum Großteil nicht schriftlich fixiert, auch inhaltlich weisen die Verträge Besonderheiten auf. Dies gilt insbesondere hinsichtlich 2. des Remissionsrechts des Handels, 3. des Dispositionsrechts des Presse-Grossisten und des Verlages, 4. der Preisbindung, 5. des Alleinvertriebsrechts des Presse-Grossisten, 6. der Neutralität sowie 7. des staatlichen Schutzes der freien Presse-Grossisten.

1. Vertragliche Vereinbarungen zwischen Grossisten und Verlagen

Bedingt durch die historisch gewachsenen Vertriebsstrukturen¹⁸ fehlen schriftliche Verträge zwischen Presse-Grossisten und Verlagen.¹⁹ Es kann also zur Bestimmung der sich vertraglich ergebenden Rechte und Pflichten auf kein schriftliches Vertragswerk zurückgegriffen werden.

Es existieren lediglich schriftliche Absprachen hinsichtlich bestimmter Teilaspekte, wie die Vereinbarung über bestimmte Vertriebsgebiete (durch den Austausch von Gebietskarten), die Liefer- und Zahlungsbedingungen der Verlage sowie Vereinbarungen über bestimmte Vertriebs-Kontroll-Verfahren und Marketingmaßnahmen.

Auch wurden vereinzelt Abkommen zwischen dem Bundes-Presse-Grosso und dem Verband Deutscher Zeitschriftenverleger geschlossen, um bestimmte Streitfragen zwischen den Verbänden beizulegen oder Regelungen hinsichtlich neuer Vertriebsverfahren zu treffen.²⁰

¹⁸ Vgl. hierzu Ziffer B. I.

¹⁹ Eine Ausnahme hiervon stellen die schriftlichen Vereinbarungen der Grossisten mit dem Axel Springer Verlag über die Weitergabe der Vertriebsdaten in Bezug auf die BILD-Zeitung dar. Vgl. hierzu Konflikt um sensible Handelsdaten eskaliert, Kontakter v. 25.8.2008, S. 17.

²⁰ So z.B. die Regelungen „Koordiniertes Vertriebsmarketing“, „Verfahren der Körperlosen Remission“ und „Gemeinsame Erklärung 2004“.

Dieser Umstand indes, dass zwischen den Parteien die „Grundpflichten“ nicht schriftlich fixiert wurden, führt immer wieder zu Streitigkeiten, meist um die Frage, in welchem Abhängigkeitsverhältnis die Presse-Grossisten zu den Verlagen stehen und welche Folgen sich für die jeweilige Seite daraus ergeben. Diese Frage ist auch Gegenstand der vorliegenden Arbeit: Verlage und Presse-Grossisten sind sich nicht einig, wer in welchem Umfang die anfallenden Vertriebsdaten nutzen bzw. über deren Nutzung bestimmen darf.²¹

Den sich aus §§ 133 und 157 BGB ergebenden Grundsätzen zur Vertragsauslegung folgend sind zur Beantwortung dieser Frage die sich aus der jahrzehntelangen Geschäftsverbindung herausgebildeten Gepflogenheiten maßgeblich,²² soweit nicht offene Aspekte durch Heranziehung dispositiven Rechts sachgerecht geschlossen werden können.²³ Zur Beurteilung dieser Frage sollen daher einleitend die pressespezifischen Gepflogenheiten beim Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften dargestellt werden.

2. Das Remissionsrecht des Handels

Presse-Grossisten und Einzelhändler haben das Recht, nicht verkaufte Presseerzeugnisse gegen Gutschrift des Einkaufspreises zurückzugeben: der Presse-Grossist hat dieses Recht gegenüber dem Verlag, der Einzelhändler gegenüber dem Presse-Grossisten.²⁴

Grundlage dieser Rückgaberechte bilden einzelvertragliche Regelungen zwischen den Parteien, die häufig weitere Modalitäten enthalten, auf welche Art und Weise und binnen welcher Frist die Rückgabe von nicht verkauften Presseerzeugnissen zu erfolgen hat.²⁵

²¹ Vgl. hierzu Konflikt um sensible Handelsdaten eskaliert, Kontakter v. 25.8.2008, S. 17.

²² Zur Frage der Berücksichtigung von geschäftlichen Gepflogenheiten vgl. *Singer* in Staudinger, § 133 Rn. 64 ff. sowie *Roth* in Staudinger, § 157 Rn. 30. Zur Heranziehung von § 133 BGB auch im Rahmen der Vertragsauslegung nach § 157 BGB vgl. *Roth* in Staudinger, § 157 Rn. 1 f.

²³ Vgl. hierzu *Roth* in Staudinger, § 157 Rn. 15, 30.

²⁴ Vgl. hierzu auch *Mundhenke/Teuber*, Der Verlagskaufmann, S. 81 ff.

²⁵ *Bechtold*, Keine Ware wie jede andere, S. 182.

Die Remission der Presseerzeugnisse des Einzelhändlers gegenüber dem Presse-Grossisten erfolgt in Ganzstücken oder durch Rückgabe der Titelseiten (oder Abrissen hiervon), während zwischen Presse-Grossist und Verlagen die so genannte „körperlose Remission“ üblich ist.²⁶ Bei dieser Art der Remission wird der Nachweis der verkauften bzw. nicht verkauften Exemplare lediglich durch ein Warenflussprotokoll geführt, das auf Grund eines lückenlosen elektronischen Erfassungssystems die Rückgabe der Zeitschriften und Zeitungen selbst entbehrlich macht.

Die Verlage versuchen ihr Remissionsrisiko durch die Vereinbarung von Richtremissionssätzen, die vom Handel nicht überschritten werden sollen, oder aber durch starke Einflussnahme auf die Mengendisposition des Handels zu minimieren.²⁷

Das Remissionsrisiko von Presseerzeugnissen wird dabei aber nicht ausschließlich von den Verlagen getragen.²⁸ Sowohl Presse-Grossisten als auch Einzelhändler tragen beim Verkauf von Presseerzeugnissen das Risiko der Vertriebs- und Lagerkosten der nicht verkauften Presseerzeugnisse sowie die Kosten der Remission.²⁹

3. Das Dispositionsrecht des Presse-Grossisten und des Verlages

Die Presse-Grossisten sind berechtigt, die Zusammenstellung der zu verkaufenden Presseerzeugnisse beim Einzelhändler zu bestimmen. Gegenüber dem Einzelhändler wird dieses Recht üblicherweise mit folgender Klausel eingeräumt:

„Der Einzelhändler erklärt sich bereit, ständig im Rahmen seiner Möglichkeiten das volle Sortiment zu führen. Dabei ist insbesondere die sich aus Art. 5 GG ergebende Forderung des freien Zugangs zum Markt für jedes Presseerzeugnis zu beachten. Bei der Ausübung des Dispositionsrechtes für Presseerzeugnisse unterliegt der Grossist folgenden Einschränkungen: Die Branchenüblichkeit sowie die Richtlinien der Verlage und die von ihnen vorgegebenen Remissionsquoten sind zu beachten; allerdings sind dem Einzelhändler nur so viele Exemplare zu liefern, dass die Gesamtremission aller

²⁶ *Kaiser*, Das Recht des Presse-Grosso, S. 146.

²⁷ *Kaiser*, Das Recht des Presse-Grosso, S. 146.

²⁸ So auch differenzierend *Kaiser*, Das Recht des Presse-Grosso, S. 71; vgl. allgemein zum Remissionsrecht *Kloepfer*, Presse-Grosso unter dem Schutz von Verfassungsrecht und Europarecht, S. 15.

²⁹ Vgl. hierzu im Detail Ziffer C. III. 1. a. aa.

Objekte im Jahresdurchschnitt nicht unangemessen hoch ist. Die Unangemessenheit der Remissionshöhe bestimmt sich aus der Umsatzgruppe des Kunden und der Schwankungsbreite des Verkaufs beim jeweiligen Objekt.“³⁰

Diese Dispositionsregelung war bereits Gegenstand einer Entscheidung des BGH, der die Klausel für zulässig befand.³¹

Bei der Sortimentszusammenstellung für den Einzelhändler hat der Presse-Grossist gegenüber dem Einzelhändler danach insbesondere zu beachten, (i) ein möglichst breites Sortiment (unter Beachtung von Art. 5 GG) mit (ii) möglichst niedriger Remissionsquote zur Verfügung zu stellen. Der Einzelhändler kann hierauf allenfalls durch die Verkaufsförderung einzelner Presseerzeugnisse vor Ort mittelbar Einfluss nehmen.

Die Verlage haben keine Möglichkeit, das Sortiment des Einzelhändlers unmittelbar zu bestimmen. Sie können hierbei allenfalls durch eine generelle Auswahl der einem Presse-Grossisten zur Verfügung zu stellenden Presseerzeugnisse (und deren Anzahl) sowie der „Verpflichtung“ der Presse-Grossisten mittels „Richtlinien“ mittelbar mitbestimmen.

So versuchen die Verlage beispielsweise, in Richtlinien bestimmte Richtremissionssätze vorzuschreiben; eine Verpflichtung des Presse-Grossisten zum Absatz bestimmter Mengen indes ergibt sich hieraus jedoch nicht.³²

Zudem stoßen diese „Vorgaben“ der Verlage an weitere Grenzen: bei der Sortimentzusammenstellung für den Einzelhändler hat der Presse-Grossist gegenüber den Verlagen nicht nur zu beachten, eine möglichst niedrige Remissionsquote bei hohen Verkaufszahlen für einen Verlag zu erreichen, sondern ebendies für möglichst alle durch ihn vertretenen Verlage zu gewährleisten.

In diesem Zusammenhang ebenfalls zu beachten ist der Umstand, dass die Presse-Grossisten auf Grund ihrer marktbeherrschenden Stellung in den jeweiligen

³⁰ Bechtold, Keine Ware wie jede andere, S. 182 f.

³¹ BGH, Urt. v. 1.12.1981, NJW 1982, 644, der insbesondere zur Zulässigkeit der Klausel in Form von AGB Stellung genommen hat.

³² Kaiser, Das Recht des Presse-Grosso, S. 146.

Liefergebieten kartellrechtlich verpflichtet sind, die Presseerzeugnisse jedes Verlages zu vertreiben und Einzelhändler mit Presseerzeugnissen zu versorgen. Insoweit steht dem Presse-Grossist also kein Recht zu, die Sortimentsausgestaltung zu beschränken.³³

Den Verlagen kommt also kein eigenes Weisungsrecht gegenüber den Grossisten zu, in welcher Form und auf welche Art und Weise diese Zeitungen und Zeitschriften zu verkaufen und den Vertrieb zu organisieren haben.

4. Die Preisbindung beim Vertrieb von Presseerzeugnissen

Seine Entsprechung findet das Remissionsrecht des Einzelhändlers und des Grossisten in dem Recht der Verlagsseite, einseitig die Endverkaufspreise seiner Produkte bestimmen zu können. Begründet wird dieses Recht letztlich mit der Überlegung, dass die Preisgestaltung dem obliegen müsse, der das Verkaufsrisiko trage.

Anders als bei Büchern – bei denen sich die Preisbindung aus dem im Jahr 2002 geschaffenen BuchPrG ergibt – erfolgt die Preisbindung von Zeitungen und Zeitschriften gegenüber Presse-Grossisten und Einzelhändlern mit Hilfe von Einzelverträgen.³⁴ Auch ist dieses Vorgehen, da ohne Ausnahmen gehandhabt, kartellrechtlich nicht zu beanstanden.³⁵

Konkret umgesetzt wird die Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften individualvertraglich zwischen den Verlagen und den einzelnen Presse-Grossisten. Bei Tages- und Wochenzeitungen erfolgt die Preisbindung durch die Zwischenschaltung der Verbände der Verlage einerseits und der Presse-Grossisten andererseits. Diese nehmen hierfür treuhänderisch die Interessen ihrer Mitglieder wahr. Letztlich festgesetzt wird der Preis dann einseitig von den Verlagen, die sich hierbei gegenüber den Presse-Grossisten verpflichtet haben, die Preise „bezogen auf das Produkt und das Produktumfeld angemessen“ zu gestalten.³⁶

³³ Ascherfeld, Presse-Grosso und Europarecht, S. 21 ff.

³⁴ Waldenberger, NJW 2002, 2914.

³⁵ Hopt, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 449.

³⁶ Verbandsvereinbarung über koordiniertes Vertriebsmarketing, Gemeinsamer Leistungsrahmen für Grosso und Verlage, 1993, S. 12.

5. Das Alleinvertriebsrecht des Presse-Grossisten

Den Presse-Grossisten wird als wesentliches Element des Presse-Großhandels von Seiten der Verlage zugesichert, in einem bestimmten Territorium die Einzelhändler ohne Konkurrenz mit Presseartikeln der Verlage zu beliefern.³⁷ Im Gegenzug wird in den Lieferungs- und Zahlungsbedingungen zwischen Presse-Grossisten und Verlagen zudem festgehalten, dass die Verlagsobjekte durch die Presse-Grossisten auch nur ausschließlich ihr Territorium beliefern dürfen. Ziel ist insbesondere, ein so genanntes Durcheinandergrossieren zu verhindern um (i) den Aufwand für die Verlage zu verringern und (ii) von den Presse-Grossisten mit verlässlichen Vertriebsdaten versorgt zu werden.³⁸ Würde dieses System des Alleinvertriebsrechts aufgegeben, die Einzelhändler also bei mehreren Presse-Grossisten bestellen können, würde dies mittelbar zu einer Erhöhung der Remissionsquote führen, da die Presse-Grossisten in der Hoffnung höherer Absatzquoten im Voraus eine größere Anzahl Presseerzeugnisse bei den Verlagen abrufen würden.³⁹ So aber kann eine effiziente Versorgung mit Presseerzeugnissen durch Vermeidung von Doppelbelieferung gewährleistet werden. Die kartellrechtliche Zulässigkeit des Alleinvertriebsrechts, insbesondere bei dessen Einführung, war lange Zeit umstritten.⁴⁰ Inzwischen wird das Alleinvertriebsrecht der Presse-Grossisten für zulässig erachtet.⁴¹

6. Die Neutralität

Eine weitere Besonderheit des Presse-Vertriebs ist die Verpflichtung der Presse-Grossisten zur Neutralität. Dies bedeutet für die Grossisten *in concreto*, sowohl Einzelhändler wie auch Verlage untereinander grundsätzlich gleich zu behandeln, um den verschiedenen Teilnehmern einen freien Marktzutritt zu ermöglichen. Diese Verpflichtung zur Neutralität der Presse-Grossisten ergibt sich zum einen aus ihrer

³⁷ Mit Ausnahme der Städte Hamburg und Berlin, in denen sich die Alleinauslieferungsgebiete mehrerer Presse-Grossisten historisch bedingt überschneiden.

³⁸ Burkhardt in Löffler, BT Presserecht Rn. 21.

³⁹ Zur Zulässigkeit der Organisation des Pressevertriebs in dieser Weise u.a. OLG Karlsruhe, Urt. v. 23.4.1980, WRP 1980, 635; Wenzel, AfP 1979, 380.

⁴⁰ Siehe dazu auf Ziffer B. I. am Ende.

⁴¹ OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.5.1977, BB 1977, 1112; Urt. v. 23.4.1980, WRP 1980, 635; OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 6.5.1987, WuW/E OLG, 4038; Hopt, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 448.

Monopolstellung in den durch sie allein belieferten Vertriebsterritorien.⁴² Zudem resultiert dies aus den Verträgen zwischen den Presse-Grossisten und den Verlagen, sei es auf Grund expliziter oder konkludenter Vereinbarung.⁴³ Ihre Grenzen findet die Neutralität in der Prüfung der Marktreife von Verlagserzeugnissen durch die Presse-Grossisten, sowie der Einschätzung, ein Verlag treffe überhöhte Dispositionen.⁴⁴ Auch ist eine Mengenbezugsregulierung in gewissem Umfang durch den Presse-Grossisten mit der Neutralitätspflicht vereinbar.⁴⁵

Auch das BVerfG geht von der Unabhängigkeit der Grossisten aus, die zur Gewährleistung eines fairen Marktzutritts neuer, finanzschwacher Presseunternehmen erforderlich sei. Im Grundsatz sei nur ein neutral agierender Vertrieb geeignet, die Existenz von Verlagen ohne eigenes Vertriebsnetz zu sichern und so Pressevielfalt zu ermöglichen.⁴⁶

7. Freie Presse-Grossisten unter dem Schutz des Staates

Es ist verschiedentlich diskutiert worden, inwieweit spezifisch der Pressevertrieb mittels freier, also verlagsunabhängiger Presse-Grossisten vom Staat geschützt wird.⁴⁷

Entschieden ist dabei die anfangs umstrittene Frage, ob den Grossisten in ihrer Tätigkeit ein subjektives Abwehrrecht aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gegen staatliche Maßnahmen, die den Pressevertrieb behindern, zukommt. Das BVerfG hat dies für den Fall bejaht, dass eine Tätigkeit pressebezogen ausgeübt wird, eine enge organisatorische Bindung an die Presse besteht, das Tätigwerden für das Funktionieren einer freien Presse notwendig ist und sich die staatliche Regulierung dieser Tätigkeit zugleich einschränkend auf die Meinungsverbreitung auswirkt.⁴⁸

⁴² Vgl. hierzu. *Burkhardt* in Löffler, BT Presserecht Rn. 23; *Hildebrandt*, Die Anwendung der § 22 und 26 II GWB (Anm.: a. F.) auf das Pressewesen, S. 220 ff.

⁴³ *Hopt*, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 448.

⁴⁴ *Hopt*, ebenda.

⁴⁵ *Hopt*, ebenda.

⁴⁶ BVerfG, Beschl. v. 13.1.1988, NJW 1988, 1833.

⁴⁷ Vgl. hierzu insbesondere *Ipsen*, Presse-Grosso im Verfassungsrahmen; *Kaiser*, Das Recht des Presse-Grosso; *Kloepfer*, Presse-Grosso unter dem Schutz von Verfassungsrecht und Europarecht.

⁴⁸ BVerfG, Beschl. v. 13.1.1988, NJW 1988, 1833.

Das ist – so das BVerfG – bei der Tätigkeit der Presse-Grossisten typischerweise der Fall: „So verhält es sich unter den gegenwärtigen Bedingungen im Pressewesen mit dem Presse-Grosso. Der Presse-Grossist ist zwar nicht in ein Presseunternehmen eingegliedert, wie das für die Träger derjenigen Hilfsfunktionen zutrifft, die nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG den Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG genießen. Auch fehlt ihm ein unmittelbarer Bezug zum Inhalt der von ihm vertriebenen Publikationen, um dessentwillen der Schutz der Pressefreiheit besteht. Sie stellen sich für ihn vielmehr als Ware dar, die er ohne Rücksicht auf den Inhalt vom Erzeuger an den Einzelhändler verteilt. Indessen rechtfertigt sich in der vorliegenden Konstellation die Einbeziehung der Tätigkeit des Grossisten in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, weil sowohl der enge organisatorische und funktionale Pressebezug seiner Dienstleistung als auch die Auswirkung der an ihn gerichteten Gesetzespflicht auf die Meinungsverbreitung gegeben sind.“⁴⁹

Die Frage dagegen, ob der Pressevertrieb mittels Presse-Grossisten als solcher objektivrechtlich von Art. 5 Abs. 1 GG umfasst und daher vom Staat zu schützen ist, wird weiterhin kontrovers diskutiert.⁵⁰

Im Ergebnis vorzugswürdig scheint die Darstellung von *Kloepfer*, der darlegt, dass die Tätigkeit der Presse-Grossisten eine flächendeckende Versorgung und eine vielfältige Presselandschaft zwar fördern mögen, dies allein jedoch nicht die einzig denkbare Vertriebsstruktur hierfür sei und folgerichtig auch die Organisation des Pressevertriebs über Presse-Grossisten als solche nicht dem Schutzbereich des Art. 5 GG unterfallen könne. Allerdings verpflichte die objektiv-rechtliche Garantie der freien Presse gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG den Staat, eine flächendeckende Versorgung mit Presseprodukten sowie die Gewährleistung eines freien Marktzutritts sicher zu stellen. Die Zerschlagung oder Schwächung des bisherigen Systems sei daher ohne Schaffung einer gleichgeeigneten Alternative verfassungswidrig. Faktisch sei die öffentliche Hand daher an das derzeitige System gebunden und genieße das derzeitige System des

⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 13.1.1988, NJW 1988, 1833.

⁵⁰ Dies verneinen im Ergebnis insb. *Ipsen*, Presse-Grosso im Verfassungsrahmen, S. 84 und *Hopt*, Freie Vertriebsgestaltung, S. 899 ff.; a.A. vertreten insb. *Kaiser*, Das Recht des Presse-Grosso, S. 87 ff. und weiter differenzierend *Kloepfer*, Presse-Grosso unter dem Schutz von Verfassungsrecht und Europarecht, S. 55 f.

Grosso damit auch objektivrechtlichen Schutz.⁵¹ Der Staat wäre daher unter Umständen verpflichtet, das Pressevertriebssystem in seiner derzeitigen Form zu schützen, sollten verlagsbeherrschte Grossisten die Existenz der freien Grossisten gefährden.⁵²

III. Nutzung der Vertriebsdaten

Für Grossisten wie für Verlage ist die Auswertung der Verkaufsdaten von enormer Bedeutung. Je detaillierter diese Daten vorliegen, desto genauere Prognosen können hinsichtlich Bedarfsplanung, neuen Titeln, zielgruppengenaue Marketingmaßnahmen etc. getroffen werden.⁵³ Diese bei den Einzelhändlern anfallenden Daten werden von den Presse-Grossisten erhoben und zur Bündelung an den Bundes-Presse-Grosso weitergeleitet. Dieser bereitet die Daten auf und stellt sie in unterschiedlicher Form seinen Verbandsmitgliedern sowie den Verlagen zur Verfügung.⁵⁴ Hiervon profitieren insbesondere kleinere Verlagshäuser, da große Verlage mittels der Remissionsquoten der verlagseigenen Produkte selbst bereits (ohne die Daten anderer Verlage) derartige Prognosen erstellen könnten. Im Folgenden soll dargestellt werden, in welcher Weise die Verkaufsdaten derzeit erhoben, zusammengeführt und genutzt werden und welche Datenverwendung künftig geplant ist.

1. Umfang der bei den Presse-Grossisten anfallenden Daten

Die bei den Presse-Grossisten zusammengeführten Daten lassen sich in die Kategorien Stamm- und Bewegungsdaten aufteilen.

Bei Stammdaten handelt es sich zum einen um Einzelangaben über die Einzelhandelsgeschäfte wie Adressdaten, Größe der Verkaufsfläche des Einzelhändlers, Geschäftsart, Sortimentsbreite, Öffnungszeiten, den durchschnittlichen Wochenumsatz mit Presseerzeugnissen, die durchschnittliche Remissionsquote des Geschäfts, die durchschnittliche Kundenfrequenz etc., so genannte Einzelhändler-

⁵¹ Zu den weiteren Differenzierungen insb. hinsichtlich des Schutzes des Presse-Grosso als Grundrechtsverwirklichungsnetz vgl. *Kloepfer*, Presse-Grosso unter dem Schutz von Verfassungsrecht und Europarecht, S. 55 ff.; zum Aspekt des vergleichbaren Schutzes des Presse-Grosso durch das Europarecht vgl. *Kloepfer*, a.a.O., S. 67 ff.

⁵² So in der Konsequenz *Kloepfer*, a.a.O., S. 80.

⁵³ *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 167.

⁵⁴ Vgl. hierzu allg. auch den Geschäftsbericht 2007 des Bundes-Presse-Grosso, S. 50 ff.

Stammdaten. Diese Einzelhändler-Stammdaten werden regelmäßig durch Mitarbeiter der Grossisten erhoben. Zum anderen werden Titel-Stammdaten gesammelt, also Angaben über die Verlagserzeugnisse wie Name der Zeitschrift, Preis, Erscheinungsweise, Warengruppe usw.

Die so genannten Bewegungsdaten enthalten Informationen über den Absatz der Pressetitel. Dabei werden hinsichtlich der Einzelhändler so genannte Einzelhändler-Objektfolge-Daten, also Informationen über Verkauf, Remission und Bezug für jeden Einzelhändler und jeden Pressetitel erfasst.⁵⁵ Die Einzelhändler-Objektfolge-Daten werden von den Grossisten zudem verlagsspezifisch ausgewertet, indem die Remissions- bzw. Verkaufsdaten aller Einzelhändler eines Grossisten für die Erzeugnisse eines Verlages zusammengefasst werden. Die so geschaffenen Daten werden als Objektfolge-Daten⁵⁶ bezeichnet und dienen den Grossisten zur Abrechnung und Marktbearbeitung.

Die Daten der Einzelhändler können von den Grossisten mittels einer einmalig zugeordneten Nummer eindeutig einem bestimmten Einzelhändler zugeordnet werden.⁵⁷ Die Presse-Grossisten erhalten über die Zusammenführung und Auswertung der Stamm- und Bewegungsdaten die Möglichkeit, detaillierte Analysen ihres Kundenstammes durchzuführen und das an die Einzelhändler auszuliefernde Sortiment hinsichtlich Titel und Umfang individuell auf den jeweiligen Einzelhändler abzustimmen, um so eine optimale Absatzmenge bei möglichst geringer Remission zu erzielen.

2. Auswertung mittels Ehastra

Die Stamm- und Bewegungsdaten über die Einzelhändler werden von den Presse-Grossisten an den Bundes-Presse-Grosso weitergeleitet, der mittels eines eigenen von ihm gehaltenen Unternehmens die Daten in einer so genannten Einzelhandelstrukturanalyse („Ehastra“) zusammenführt. Diese Ehastra Daten werden

⁵⁵ Bei ausgesuchten Einzelhändlern werden diese Einzelhändler-Objektfolge-Daten in Form der so genannten „VMP-Daten“ (Daten über die verkaufstägliche Marktbeobachtung am Point of Sale) tagesaktuell erhoben. Informationen zum technischen Hintergrund der VMP-Datenerhebung finden sich unter <http://vmp-panel.befo.com>.

⁵⁶ Auch ISPC-Abrechnungsdaten genannt.

⁵⁷ Diese Nummer wird als Ehastra-Statistiknummer bezeichnet.

den Presse-Grossisten wie den beliefernden Verlagen einmal pro Jahr zur Verfügung gestellt und ermöglichen es insbesondere den Verlagen, deutschlandweite und detailgenaue Analysen hinsichtlich des Erfolgs ihrer Verlagsprodukte im Vergleich zum Wettbewerb zu erstellen.⁵⁸ Den Verlagen wird damit eine Datenbank an die Hand gegeben, mittels derer zielgruppengenau neue Verlagsprodukte erstellt und vorhandene Produkte beworben werden können.⁵⁹

3. Zuordnung der Ehastra Daten zu Einzelhändlern

Die Ehastra Daten als solche enthalten keine unmittelbare Zuordnung zu spezifischen Einzelhändlern. Jedoch enthält jeder Ehastra Eintrag eines Einzelhändlers eine durch den ihn beliefernden Presse-Grossisten vergebene Nummer, mittels derer er eindeutig zu identifizieren ist. Die Presse-Grossisten stellen diese Information den Verlagen derzeit auf Verlangen in Einzelfällen zur Verfügung.⁶⁰ So können die Verlage bei Bedarf der Ehastra auch entnehmen, um welchen Einzelhändler es sich konkret handelt und so beispielsweise gezielt vereinzelte Marketingmaßnahmen zur Verkaufsförderung durchführen.⁶¹

4. Nutzung der Bewegungsdaten für regelmäßige Marktanalysen

Gegenüber dem Axel Springer Verlag haben sich die Grossisten zudem verpflichtet, nicht nur einmal jährlich die Ehastra Daten zu Analysezwecken bereit zu stellen, sondern den Verlag regelmäßig mit Informationen über den Vertrieb der BILD-Zeitung zu versorgen.⁶²

Hierfür übermitteln die Presse-Grossisten an den Bundesverband regelmäßig die Daten jener Einzelhändler, die BILD-Zeitungen verbreiten. Dieser bereitet – wieder mittels des eigenen von ihm gehaltenen Unternehmens – die Daten auf und leitet sie zurück an die Presse-Grossisten, die wiederum die Daten an den Verlag weiterleiten.⁶³

⁵⁸ *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 167.

⁵⁹ Vgl. zur Datenübermittlung an die Verlage *Dorn/Vogel*, Geschichte des Pressevertriebs in Deutschland, S. 214 f.

⁶⁰ Quelle: Auskunft der Presse-Grossisten im Rahmen dieser Untersuchung.

⁶¹ Vgl. hierzu allgemein *Braxen*, Die produkt- und kundenspezifische Absatzstruktur im Pressegroßhandel, S. 12.

⁶² Vgl. hierzu Konflikt um sensible Handelsdaten eskaliert, Kontakter v. 25.8.2008, S. 17.

⁶³ Quelle: Auskunft der Presse-Grossisten im Rahmen dieser Untersuchung.

Es wird zwischen dem Bundes-Presse-Grosso und dem Axel Springer Verlag derzeit streitig diskutiert, diese regelmäßige Datenerfassung und -auswertung noch zu erweitern und sich hierfür von den Presse-Grossisten zu sämtlichen Verlagstiteln die entsprechenden Vertriebsdaten in kürzeren Abständen übermitteln zu lassen.⁶⁴

5. Zusammenführung der Daten in einem *Data Warehouse*

Darüber hinaus führen die Presse-Grossisten ihre Stamm- und Bewegungsdaten erweitert um detaillierte Remissions- und Abrechnungsdaten auf Verbandsebene in einem so genannten *Data Warehouse* zusammen.⁶⁵

Ein *Data Warehouse* wird definiert als eine mit Daten aus der operativen Ebene gespeiste Datenbank, die eine strategische Analyse der Daten – auch unter Erfassung von individualisierbaren Einzelpersonen – ermöglicht.⁶⁶ Aus diesen in einem derartigen *Data Warehouse* zusammengeführten Daten lassen sich unter Umständen neue Erkenntnisse gewinnen, die sich erst aus der Gesamtheit der Daten und ihrer Verknüpfung ergeben. Abfragen bei solchen Datenbanken werden als *Data Mining* bezeichnet.⁶⁷

Die Presse-Grossisten erhalten die Möglichkeit, diese im *Data Warehouse* bundesweiten erfassten Daten online auszuwerten und zu analysieren. Die Grossisten haben hierbei insbesondere die Möglichkeit, Vergleiche mit den Verkaufszahlen anderer Presse-Grossisten anzustellen und ihr Vertriebssystem so zu optimieren. Zugriff auf das *Data Warehouse* haben daneben Projektgruppen, die mit Vertretern des Presse-Grosso und der Verlage besetzt sind.

⁶⁴ Vgl. hierzu Konflikt um sensible Handelsdaten eskaliert, Kontakter v. 25.8.2008, S. 17; die Übermittlung der Daten über die BILD-Zeitung ist zudem behördlich beanstandet worden, Kurzmeldung, Welt Online v. 21.9.2008.

⁶⁵ Vgl. hierzu den Geschäftsbericht 2007 des Bundes-Presse-Grosso, S. 73 f.

⁶⁶ *Dammann* in *Simitis*, BDSG, § 3 Rn. 72; *Büllesbach*, CR 2000, 11.

⁶⁷ Vgl. zur Problematik des Data Minings *Möncke*, DuD 1998, 561; *Wittig*, RDV 2000, 59; *Büllesbach*, CR 2000, 11; *Weichert*, DuD 2001, 264; v. *Lewinski*, RDV 2003, 122; *Weichert*, RDV 2003, 113.

6. Definition des Begriffs „Vertriebsdaten“

Für die vorliegende Arbeit von zentraler Bedeutung ist der Begriff der Vertriebsdaten. Im Kontext dieser Arbeit werden Vertriebsdaten definiert als Einzelhändler-Stammdaten sowie Einzelhändler-Objektfolge-Daten, jeweils in nicht-anonymisierter Form (also mit der Möglichkeit, die Datensätze unmittelbar bestimmten Einzelhändlern zuordnen zu können). Diese Daten sind es, die direkt aus dem Vertrieb, der Geschäftsbeziehung zwischen Presse-Grossisten und Einzelhändlern, anfallen. Und diese Daten sind es auch, auf denen weitergehende Analysen (wie die Erstellung der Objektfolge-Daten, der Ehastra-Statistik oder des *Data Warehouses*) des Pressevertriebs aufbauen.

IV. Vergleich zur Situation in anderen europäischen Kernmärkten

Im Folgenden werden die Pressevertriebssysteme in (1.) Frankreich, (2.) Italien und (3.) Großbritannien dargestellt, um die Sonderrolle der freien Presse-Grossisten in Deutschland darzustellen und ihre Bedeutung für die Pressevielfalt zu verdeutlichen. Am Ende jedes Abschnitts wird zudem dazu Stellung genommen, inwieweit die in dieser Arbeit untersuchte Fragestellung um das Gehören der Vertriebsdaten auch in diesen Ländern von Relevanz sein könnte.

1. Pressevertrieb in Frankreich

Der Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften in Frankreich wird grundlegend durch das am 2.4.1947 in Kraft getretene *Loi Bichet*⁶⁸ geregelt, das ursprünglich eine Monopolisierung des Pressemarktes verhindern wollte.⁶⁹ Wesentliche Merkmale⁷⁰ dieses Gesetzes waren die Gewährleistung der Distributionsfreiheit jedes Verlegers, der Beschränkung von Vertriebszusammenschlüssen mehrerer Verlage auf die

⁶⁸ Das Gesetz war von dem Abgeordneten *Robert Bichet* initiiert worden.

⁶⁹ Zuvor hatte sich zwischen den beiden Weltkriegen ein Vertriebsmonopol entwickelt, vgl. hierzu allg. *Kaiser*, Das Recht des Presse-Grosso, S. 35.

⁷⁰ Daneben wurden noch weitere Regelungen insb. hinsichtlich der Preisgestaltung sowie der Kontrollmöglichkeiten des Pressevertriebs getroffen, vgl. hierzu *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 32.

Rechtsform einer für alle Verlage offenen Genossenschaft⁷¹ und die Verpflichtung dieser Genossenschaften zur Neutralität beim Presseabsatz.⁷²

Das Gesetz unterlag aber von Beginn an einem Konstruktionsfehler: es regulierte nicht nachhaltig die Beteiligungsmöglichkeiten der Verlage am *Pressevertrieb*.⁷³ Auch wenn zu Beginn mehrere im Grundsatz neutrale Vertriebsalternativen geschaffen wurden bewahrte das *Loi Bichet* den französischen Pressemarkt letztlich nicht vor einer Monopolisierung durch den Mischkonzern *Lagardère*.⁷⁴ Der sich über die Jahrzehnte konsolidierende Pressemarkt wird mittlerweile faktisch von diesem kontrolliert. Zu *Lagardère* gehören im Pressebereich neben dem größten Zeitschriftenkonzern Frankreichs auch 49 Prozent der Anteile an der nahezu marktbeherrschenden Verteilerfirma⁷⁵ sowie zahlreiche Transportunternehmen, Presseverkaufsstellen und Buchhandlungen.⁷⁶

Ein Konzern beherrscht also alle Stufen von der Herstellung über den Vertrieb bis zum Verkauf im Einzelhandel. In der Folge ist ein im europäischen Vergleich ineffizientes Presse-Vertriebssystem entstanden,⁷⁷ das mit hohen Kosten und schlechten Remissionsquoten zu kämpfen hat.⁷⁸ Auch die Vielfalt der französischen Presselandschaft ist durch die derzeitige Monopolisierung gefährdet.⁷⁹

Somit ist das Pressevertriebssystem in Frankreich hinsichtlich der Frage der Nutzung der Vertriebsdaten durch Presse-Grosso oder Verlage nicht mit Deutschland vergleichbar. Anders als in Frankreich gibt es in Deutschland mit den freien Presse-Grossisten einen von den Verlagen grundsätzlich unabhängigen⁸⁰ und damit neutralen Vertrieb, der bei der Disposition die Interessen aller und nicht nur eines Verlages zu berücksichtigen hat. In Frankreich stellt sich die Frage nicht mehr, wie eine

⁷¹ So genannte *sociétés cooperatives des messageries de presse*.

⁷² *Haller, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa*, S. 31.

⁷³ *Haller, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa*, S. 33.

⁷⁴ *Haller, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa*, S. 197 ff.

⁷⁵ Die restlichen Anteile gehören einer Verlagsgenossenschaft, deren Mitglieder teilweise wieder zu *Lagardère* gehören. Somit wird auch dieses Unternehmen faktisch von diesem gelenkt.

⁷⁶ *Haller, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa*, S. 199 f.

⁷⁷ *Ascherfeld, Presse-Grosso und Europarecht*, S. 32.

⁷⁸ *Haller, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa*, S. 198.

⁷⁹ Vgl. hierzu die Auseinandersetzung mit der *Amaury*-Gruppe, beschrieben in *Haller, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa*, S. 200 f.

⁸⁰ Von den Fällen der Verlagsbeteiligung insb. in Ostdeutschland abgesehen.

ausgewogene Presselandschaft mit mehreren Verlagen auch zukünftig aufrechterhalten werden kann, da diese faktisch abgeschafft worden ist. Somit wird im Zweifel auch das französische Datenschutzrecht im französischen Pressevertrieb keine vergleichbare Bedeutung erlangen, da es unerheblich wäre, ob Vertriebsorganisationen ihre Vertriebsdaten an Verlage weitergeben dürften oder nicht, da diese im Zweifel ohnehin allein die Interessen eines Konzerns berücksichtigen würden und damit kein praktisches Bedürfnis der Verlagsseite ersichtlich ist, in Besitz der Vertriebsdaten zu gelangen.

2. Pressevertrieb in Italien

Wie in Frankreich ist auch der Pressevertrieb in Italien von staatlicher Seite besonders geschützt worden.⁸¹ Anders als in Frankreich setzte man indes nicht bei den Verlagen sondern bei den Einzelhändlern an, die verpflichtet wurden, alle ausgelieferten Titel auch anzubieten, um eine vielfältige Presselandschaft zu ermöglichen.⁸² Die Verlage greifen bei der Belieferung des Einzelhandels auf zumeist verlagsunabhängige Grossisten mit Gebietsmonopol⁸³ oder Objekttrennung zurück, deren Funktion sich aber weitgehend auf die eines Transporteurs beschränkt.⁸⁴ Letztlich ist es Aufgabe des Einzelhändlers, die Disposition vorzunehmen, der damit auf Grund der Vielzahl der Pressetitel häufig überfordert ist.⁸⁵

Der italienische Pressevertrieb durchlief über die Jahrzehnte zahlreiche Krisen, teils hervorgerufen durch illegale Bonus-Zahlungen der Verlage an die Grossisten,⁸⁶ teils veranlasst durch Streitigkeiten der Verbände um die generelle Gestaltung des Pressevertriebs und der Sicherstellung der Presseversorgung.⁸⁷ Immer wieder reagierte

⁸¹ Vgl. zu den Details *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 39 f.

⁸² Vgl. zu den Details *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 41.

⁸³ Allerdings steht es den Verlegern frei, jederzeit auch zusätzlich andere Unternehmen mit der Auslieferung zu beauftragen; vgl. hierzu *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 45.

⁸⁴ Vgl. hierzu *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 41.

⁸⁵ Vgl. zur Problematik *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 41 ff.; die Verlage bestreiten im Übrigen, dass das Dispositionsrecht beim Einzelhändler liege, vgl. hierzu *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 45.

⁸⁶ Hierzu *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 41.

⁸⁷ Vgl. hierzu insb. *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 179 ff.

der Gesetzgeber, um die Pressevielfalt beim Einzelhändler zu sichern. Zumeist aber scheiterten die Vorhaben am Bürokratismus oder Kompetenzstreitigkeiten.⁸⁸

Der italienische Gesetzgeber hatte zeitweise sogar versucht, das Dispositionsrecht komplett in staatliche Hände zu legen, indem er den Kommunen auferlegte, Verteilungspläne für die Verkaufsstellen zu erarbeiten.⁸⁹

Die letzte maßgebliche Veränderung erfuhr der Pressevertrieb in Italien mit seiner (gesetzlich verordneten) Öffnung gegenüber dem Vertrieb durch Tabakläden, Tankstellen, Bars, Supermärkten und Buchläden.⁹⁰ Zwar konnte der Gesamtumsatz hierdurch insgesamt gesteigert werden, der individuelle Umsatz der Einzelhändler aber ging zurück.⁹¹

In Italien wäre es daher grundsätzlich denkbar, dass die datenschutzrechtliche Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Grossisten an die Verlage von Relevanz sein könnte, wenngleich die Vertriebsdaten für die italienischen Verlage nicht den Stellenwert besitzen dürften, der diesen bei deutschen Verlagen zukommt.

Denn mangels eines eigenständigen und neutralen Presse-Grossos in Italien müssen die Großverlage über ihre auflagenstarken Titel weder die weniger ertragsstarken Zeitungen und Zeitschriften kleinerer Verlage mitfinanzieren, noch sind sie der wettbewerbsneutralen Disposition von Grossisten unterworfen. An einer Abschaffung oder Umgehung des Presse-Grosso auf Grundlage von Vertriebsdaten dürfte in Italien daher auf Verlagsseite kein Interesse bestehen.

Allenfalls könnten die Verlage ein Interesse an den Vertriebsdaten über die Einzelhändler haben, um mit Hilfe so genannter Mikromarktanalysen festzustellen, ob in bestimmten Gebieten eine Erhöhung oder Verringerung der Einzelhändlerdichte betriebswirtschaftlich sinnvoll wäre.⁹² Insoweit gelten im Grundsatz die in dieser Arbeit diskutierten datenschutzrechtlichen Aspekte auch für den italienischen Pressemarkt.

⁸⁸ Vgl. hierzu *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 43, 196.

⁸⁹ Vgl. hierzu *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 179.

⁹⁰ Vgl. hierzu *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 190 ff.

⁹¹ Vgl. hierzu *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 193.

⁹² Vgl. hierzu auch Ziffer C. I. 2. d. cc.

3. Pressevertrieb in Großbritannien

Anders als in Deutschland, Frankreich und Italien existiert in Großbritannien historisch bedingt kein formelles Recht zur Sicherung der Pressevielfalt. Das dortige System unterliegt insgesamt weniger Restriktionen als beispielsweise das System in Deutschland.⁹³

In Großbritannien werden Zeitungen und Zeitschriften zum einen über freie Grossisten mit Gebietsmonopol an den Einzelhandel vertrieben.⁹⁴ Diese sind aber weder zur Neutralität verpflichtet⁹⁵ noch verstehen sie sich als Vertriebssystem mit im Gegensatz zu anderen Branchen besonderen Rechten und Pflichten.⁹⁶

Zum anderen wird der Einzelhandel von verlagseigenen Grossisten beliefert, die in direkter Konkurrenz zu den freien Grossisten stehen.⁹⁷ In der Folge sind der Wettbewerb und der Kostendruck für die Grossisten noch härter als in Deutschland. Den freien Grossisten ist es kaum mehr möglich, mit den ihnen eingeräumten Margen kostendeckend zu wirtschaften.⁹⁸ Dies hat in der Folge dazu geführt, dass im Einzelhandel die Angebotstiefe und -breite zurückging.⁹⁹

Wie in Frankreich wird sich auch in Großbritannien die Frage nach der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der Weitergabe von Vertriebsdaten durch die Grossisten an die Verlage rein praktisch nicht stellen, da die Großverlage ohne größeren organisatorischen Aufwand die Vertriebsdaten unter Rückgriff auf ihre

⁹³ Vgl. hierzu allg. *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 47.

⁹⁴ Vgl. hierzu *Kaiser*, Das Recht des Presse-Grosso, S. 39 f; *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 48 f.

⁹⁵ So wurde beispielsweise erst nach einer Gebietsmonopolisierung unter den Grossisten und auf Druck der Kartellbehörden in den 1990er Jahren die Verpflichtung ausgesprochen, Produkte aller Verlage ins Sortiment aufzunehmen; vgl. hierzu *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 49.

⁹⁶ Eine Umfrage unter den Grossisten und Verlagen ergab, dass das Vertriebssystem ausschließlich an betriebswirtschaftlichen Maßstäben zu optimieren sei und die Grossisten hierbei als Auftragnehmer und Kommissionäre der Verlage anzusehen seien, vgl. hierzu. *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 204.

⁹⁷ So genannter „Parallel-Grosso“, vgl. hierzu *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 206 f.

⁹⁸ Vgl. hierzu insb. *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 208 f.

⁹⁹ Vgl. hierzu *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 212, der sogar von einem Konzeptwechsel von der Überallverfügbarkeit von Pressetiteln zum Discounthandel spricht.

verlagseigenen Parallel-Grossisten beim Einzelhandel selbst erheben könnten. Selbst wenn eine Weitergabe der Vertriebsdaten durch die freien Grossisten an die Verlage datenschutzrechtlich unzulässig wäre, würde dies letztlich die Verlage nicht nachhaltig an der Erhebung und Auswertung der Vertriebsdaten hindern.

C. Verlag oder Presse-Grosso: Wem gehören die Vertriebsdaten?

Der unter Ziffer B. III. beschriebene Umfang der Nutzung der Vertriebsdaten zeigt, welche Bedeutung den Vertriebsdaten für den Pressemarkt zukommt. Die Großverlage wären bei direktem Zugriff auf die Vertriebsdaten der Presse-Grossisten in der Lage, auf diesen aufbauend eigene Vertriebsstrukturen für ihre Pressetitel zu schaffen oder unter Drohung hiermit zumindest mehr Einfluss auf die Sortimentspolitik gegenüber den Presse-Grossisten zu nehmen.¹⁰⁰ Damit wäre das gesamte System des Zeitschriftenvertriebs in seiner jetzigen Form gefährdet. Denn dieses ist darauf angewiesen, dass besonders erfolgreiche Verlagsprodukte in Ballungsräumen das breite Presseangebot und die Überallverfügbarkeit mitfinanzieren.¹⁰¹

An der Frage, wem die Vertriebsdaten „gehören“, wer diese also in welcher Form nutzen und auswerten darf, entscheidet sich also letztlich, ob der Pressevertrieb in seiner derzeitigen Form erhalten bleibt oder nicht.

Zur Beantwortung dieser Frage sind drei Kernbereiche genauer zu untersuchen: (I.) Wäre die Weitergabe von Vertriebsdaten überhaupt datenschutzrechtlich zulässig und welche Auswirkungen würde eine etwaige Unvereinbarkeit einer Weitergabe der Vertriebsdaten nach sich ziehen? (II.) Haben Verlage oder Presse-Grossisten „Eigentum“ an den Vertriebsdaten erworben und können deshalb über Art und Umfang der Nutzung bestimmen? (III.) Haben die Verlage einen Anspruch auf Herausgabe der Vertriebsdaten?

Auf Grund dieser Bandbreite möglicherweise entscheidungserheblicher Rechtsfragen wurde auch der weit gefasste Begriffs des „Gehörens von Vertriebsdaten“ gewählt.

¹⁰⁰ Eine dem Grund nach vergleichbare Problematik zeigt sich auch bei dem so genannten „ambulanten Sonntagshandel“, bei dem die Verlage zur Stärkung des Abonnement-Geschäfts und damit zu Lasten der Grossisten in datenschutzrechtlich ungesicherter Weise Vertriebsdaten über Endkunden erheben und nutzen.

¹⁰¹ Zu den Spannungen zwischen Bundes-Presse-Grosso und Verlagen vgl. auch *Haller*, Informationsfreiheit und Pressevertrieb in Europa, S. 215, 222.

I. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Weitergabe von Vertriebsdaten

In der folgenden Ziffer wird (1.) die Anwendbarkeit des BDSG auf die Vertriebsdaten untersucht, (2.) die Vereinbarkeit der Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Presse-Grossisten an die Verlage mit dem BDSG überprüft und (3.) dargestellt, welche datenschutzrechtlichen Konsequenzen eine unzulässige Weitergabe nach sich ziehen würde.

1. Anwendbarkeit des BDSG auf sämtliche Vertriebsdaten?

In der (a) theoretischen Abhandlung der Fragestellung der Anwendbarkeit des BDSG auf sämtliche Vertriebsdaten wird das Ergebnis vertreten, dass eine teleologische Reduktion des BDSG auf Daten mit „Privatbezug“ möglich und sinnvoll sei, um unter (b) die hierzu im Rahmen einer Befragung der Aufsichtsbehörden der nicht-öffentlichen Stellen festgestellten, meist entgegenstehenden Rechtsauffassungen zu erläutern.

a. Ausschluss gewerblich tätiger natürlicher Personen aus dem Anwendungsbereich des BDSG

Bei den Einzelhändlern handelt es sich zu einem ganz überwiegenden Teil um natürliche Personen, die in kleinem Umfang Presse-Produkte an Endverbraucher veräußern. Im Übrigen werden die Einzelhandelsgeschäfte von Personengesellschaften und juristischen Personen betrieben.¹⁰²

Gemäß § 1 Abs. 1 BDSG werden vom BDSG „personenbezogene Daten“ geschützt, also „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person“ (§ 3 Abs. 1 BDSG).

Soweit somit Vertriebsdaten des Einzelhandels betroffen sind, die Bezug zu natürlichen Personen aufweisen, ist grundsätzlich das BDSG anwendbar.

¹⁰² Vgl. hierzu den Geschäftsbericht 2007 des Bundes-Presse-Grosso, S. 50 ff., aus dem sich dieser Umstand mittelbar ergibt. Zudem wurde diese Auskunft durch den Bundes-Presse-Grosso im Rahmen dieser Untersuchung mündlich erteilt.

Allein die Vertriebsdaten über Einzelhändler, die juristische Personen sind, werden vom BDSG nicht erfasst, soweit auch hier nicht ein Bezug zu einer natürlichen Person herstellbar ist.¹⁰³

Damit unterfiele grundsätzlich der maßgebliche Teil der Vertriebsdaten dem BDSG.

Dabei stellt sich die Frage, ob Einzelhändler, die natürliche Personen sind, nicht Einzelhändlern, die als juristische Personen agieren, derart vergleichbar sind, dass eine Anwendung des BDSG auf sie doch ausscheidet.¹⁰⁴

Mit anderen Worten: können die bei den Presse-Grossisten über die von ihnen belieferten Einzelhändler vorhandenen Daten unabhängig von möglichen Restriktionen des BDSG genutzt – insbesondere also an die Verlage weitergegeben – werden?

Zur Beantwortung dieser Frage soll im Folgenden (aa.) der bisherige Anwendungsbereich des BDSG dargestellt und (bb.) im Anschluss diskutiert werden, inwieweit ein solcher Ausschluss aus dem Anwendungsbereich möglich und sinnvoll erscheint.

aa. Derzeitiger Anwendungsbereich des BDSG

Der Anwendungsbereich des BDSG umfasst gemäß § 1 Abs. 1 BDSG i.V.m. § 3 Abs. 1 BDSG den Schutz sämtlicher Daten mit Bezug zu natürlichen Personen. Jede Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung dieser Daten bedarf gemäß § 4 Abs. 1 BDSG der Einwilligung des Betroffenen oder eines gesetzlichen Erlaubnistatbestandes.

Das BDSG ist in seiner heutigen Fassung nicht mehr als ein reines Abwehrrecht des Bürgers gegenüber dem Staat konzipiert. Mit der Neufassung des BDSG im Zuge der Anpassungen an verfassungsrechtliche Vorgaben¹⁰⁵ wurden auch nicht-öffentliche Stellen dem Anwendungsbereich des BDSG unterworfen. Die Kontrolle über die

¹⁰³ Vgl. hierzu Ziffer C. I. 2. a. aa.

¹⁰⁴ Vgl. hierzu *BGH*, Urt. v. 27.2.2007, NJW 2007, 2106, der in anderem Kontext einen vergleichbaren Aspekt aufgreift, siehe hierzu Ziffer C. III. 3. a. aa.

¹⁰⁵ *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 58 ff.

Einhaltung der Vorgaben des BDSG obliegt den Aufsichtsbehörden der nicht-öffentlichen Stellen.

bb. Teleologische Reduktion des BDSG auf „private“ natürliche Personen?

Um nun darzustellen, inwieweit die gängige Praxis der Anwendung des BDSG auf alle natürlichen Personen ohne Unterscheidung in gewerblich und nicht gewerblich tätige natürliche Personen weiterentwickelt werden könnte, soll ausgehend von der Darstellung der a) Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion die b) Entstehungsgeschichte des BDSG in seiner heutigen Fassung erläutert werden, um darauf aufbauend c) Sinn und Zweck des BDSG darzustellen. Unter d) wird untersucht, ob eine teleologische Reduktion vorliegend möglich erscheint und welche Vor- und Nachteile hiervon zu erwarten sind.

a) Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion

Eine teleologische Reduktion eines Gesetzes kommt dann in Betracht, wenn eine nach dem Wortsinn zu weit gefasste Regel auf den ihr nach dem Regelungszweck oder Sinnzusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückgeführt werden muss.¹⁰⁶ Die teleologische Reduktion ist ein „Gebot der Gerechtigkeit [in der Form], Ungleiches ungleich zu behandeln, das heißt die von der Wertung her erforderlichen Differenzierungen vorzunehmen. Sie (...) [kann] geboten sein (...) durch den Sinn und Zweck der einzuschränkenden Norm selbst (...).“¹⁰⁷ Es gilt also vorliegend auf Grundlage der Entstehungsgeschichte des BDSG Sinn und Zweck dieses Gesetzes und seines Anwendungsbereiches festzulegen, um prüfen zu können, ob eine teleologische Reduktion möglich erscheint.

¹⁰⁶ Vgl. zu den Grundlagen der teleologischen Reduktion *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 210 f.

¹⁰⁷ Vgl. hierzu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 211.

b) Entstehungsgeschichte des BDSG in seiner heutigen Fassung

Um beurteilen zu können, welche Bereiche vom BDSG nach seinem Sinn und Zweck geschützt werden sollen, ist zu ermitteln, welche legislative und judikative Entwicklung der Entstehung des BDSG vorausgegangen ist.

Die Datenschutzgesetzgebung weltweit¹⁰⁸ geht mit der Verabschiedung des ersten Hessischen Datenschutzgesetzes zurück auf den 30.09.1970.¹⁰⁹ Es folgte 1974 das Bundesland Rheinland-Pfalz.¹¹⁰

Der Bundesgesetzgeber verabschiedete 1977 das erste BDSG.¹¹¹ Die Bundesländer schlossen sich in den Folgejahren mit Landesgesetzen an.¹¹²

All jene Gesetze wurden unter dem missverständlichen Begriff „Datenschutz“ zusammengefasst; eine Bezeichnung, die den Eindruck suggeriert, dass Daten der Betroffenen geschützt würden. *In realiter* indes schützten die Landesgesetzgeber und der Bundesgesetzgeber mit den gesetzlichen Regelungen die Betroffenen lediglich vor den möglichen Folgen der Verarbeitung personenbezogener Angaben, nicht aber die Daten der Betroffenen selbst.¹¹³

Für die Landesgesetzgeber wie für den Bund waren in der Anfangszeit bei der Verabschiedung der Gesetze insbesondere folgende Gesichtspunkte maßgeblich:

1. Der Gesetzgeber sah auf Grund der zunehmenden Automatisierung der Datenverarbeitung die Notwendigkeit, diese Thematik einer Regelung zu unterziehen:

¹⁰⁸ Vgl. hierzu *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 1: Auch in den USA gab es zu dieser Zeit bereits Forderungen nach einer gesetzlichen Regelung des Datenschutzes (insb. im Kreditsektor), die am 26.10.1970 zur Verabschiedung des Fair Credit Reporting Acts führten.

¹⁰⁹ GVBl. I 1970, 625; *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 1.

¹¹⁰ GVBl. 1974, 31.

¹¹¹ Das Gesetz wurde am 1.2.1977 verkündet; BGBl. I, 201.

¹¹² *Gola*, MDR 1980, 181 ff.; als letztes Bundesland verabschiedete Hamburg am 31.3.1981 ein eigenes Datenschutzgesetz.

¹¹³ Zur Kritik an der missverständlichen Bezeichnung „Datenschutz“ vergleiche auch *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 2.

man wollte die mit der voranschreitenden Automatisierung geschaffenen Gefahr, den Einzelnen intensiv zu kontrollieren, minimieren.¹¹⁴

2. Man sah keine Alternative zu einer gesetzlichen Regelung: durch die Automatisierung hielt man zentrale verfassungsrechtliche Grundsätze für gefährdet, insbesondere beabsichtigte man, die „Unantastbarkeit des Privatlebens“¹¹⁵ zu schützen.¹¹⁶ Anknüpfungspunkt für die gesetzlichen Regelungen waren stets die so genannten „personenbezogenen Daten“ und nicht deren Inhalt (Anm.: also die darin enthaltenen Informationen¹¹⁷), um ein möglichst hohes Schutzniveau zu gewährleisten.¹¹⁸ So formulierte man im BDSG in seiner Fassung von 1990 in § 1 Abs. 1 als Zweck des Gesetzes, „den einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird“ (§ 1 Abs. 1 BDSG idF von 1990).

Die nächste „Zäsur“¹¹⁹ erfolgte mit dem Volkszählungsurteil des BVerfG.¹²⁰ Der eigentliche Anlass der Entscheidung, die Verfassungsmäßigkeit des 1982 verabschiedeten Volkszählungsgesetzes¹²¹ trat im Urteil beinahe in den Hintergrund: Das Volkszählungsgesetz wurde zum damaligen Zeitpunkt von einer breiten Öffentlichkeit stark kritisiert und abgelehnt. „Der Protest, so unterschiedlich er (...) auch ausgefallen sein mag, [drehte sich] immer wieder um die eine Frage (...), ob die Volkszählung nicht doch die Grundlage für eine schrankenlose, durch die automatisierte Verarbeitung begünstigte Verknüpfung der unzähligen, von den verschiedensten staatlichen und privaten Stellen bereits gespeicherten Daten abgeben könnte.“¹²²

¹¹⁴ Vgl. hierzu *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 11.

¹¹⁵ Die Verwendung dieses Begriffes verdeutlicht den Stand der (zu diesem Zeitpunkt durch das BVerfG noch nicht entschiedenen) Diskussion, ob der Datenschutz dem Schutz des GG unterliege oder nicht.

¹¹⁶ Vgl. die Verhandlungen des Hessischen Landtags, 6. Wahlperiode, 77. Sitzung, Sten.Ber., 4057 ff.

¹¹⁷ Vgl. hierzu Ziffer C. II. 1. a. cc.

¹¹⁸ *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 16.

¹¹⁹ *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 27.

¹²⁰ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, NJW 1984, 419.

¹²¹ BGBl. I 1982, 369.

¹²² *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 28.

Das Gericht nahm die Entscheidung über das Volkszählungsgesetz daher zum Anlass, die „Furcht der Bevölkerung vor einer unkontrollierten Persönlichkeitserfassung“¹²³ aufzugreifen und in der Entscheidung allgemeine Aussagen darüber zu treffen, welche Anforderungen die Verfassung an die Verarbeitung personenbezogener Daten stellt.¹²⁴

Dem Urteil lassen sich dabei insbesondere folgende Vorgaben entnehmen:¹²⁵

1. Der einzelne hat ein grundgesetzlich geschütztes Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“: Das BVerfG schreibt: „Im Mittelpunkt der grundgesetzlichen Ordnung stehen Wert und Würde der Person, die in freier Selbstbestimmung als Glied einer freien Gesellschaft wirkt. Ihrem Schutz dient - neben speziellen Freiheitsverbürgungen - das in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht, das gerade auch im Blick auf moderne Entwicklungen und die mit ihnen verbundenen neuen Gefährdungen der menschlichen Persönlichkeit Bedeutung gewinnen kann.“¹²⁶ (...) Freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. Dieser Schutz ist daher von dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG umfasst. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.¹²⁷“ Dieses Recht des Einzelnen wird als Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“¹²⁸ bezeichnet.

2. Der Rang des informationellen Selbstbestimmungsrechts als Grundrecht verpflichtet den Gesetzgeber, organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, um den Gefahren einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenzuwirken.¹²⁹ Das BVerfG formuliert also das Postulat an den Gesetzgeber, der Existenz des Grundrechts der informationellen Selbstbestimmung in Form eines neuen, die Vorgaben des BVerfG beachtenden Datenschutzgesetzes Rechnung zu tragen.

¹²³ Simitis, BDSG, Einleitung Rn. 29.

¹²⁴ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, NJW 1984, 419.

¹²⁵ Vgl. zum Inhalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung insb. Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 609 ff.

¹²⁶ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, NJW 1984, 419; vgl. zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht BVerfG, Urt. v. 3.6.1980, NJW 1980, 2070.

¹²⁷ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, NJW 1984, 419.

¹²⁸ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, NJW 1984, 419.

¹²⁹ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, NJW 1984, 419.

3. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird nicht uneingeschränkt gewährleistet: „Der Einzelne hat nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneinschränkbaren Herrschaft über „seine“ Daten; er ist vielmehr eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit. Information, auch soweit sie personenbezogen ist, stellt ein Abbild sozialer Realität dar, das nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet werden kann. (...) Grundsätzlich muss daher der Einzelne Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen.“¹³⁰ Diese Beschränkungen wiederum müssen in einer für den Betroffenen klaren und erkennbaren Weise gesetzlich geregelt werden, aus der sich Voraussetzungen und Umfang der Beschränkungen ergeben und die dem Gebot der Normenklarheit entsprechen.¹³¹

4. Es darf keine „belanglosen“ Daten geben; die Sensibilität von Daten darf also beispielsweise nicht danach bestimmt werden, ob sie für sich genommen intime Vorgänge betreffen. Vielmehr haben sämtliche Daten des Betroffenen dem informationellen Selbstbestimmungsrecht zu unterfallen. Grund hierfür ist, dass es zur Feststellung der persönlichkeitsrechtlichen Bedeutung eines Datums auf dessen Verwendungszusammenhang ankommt. Vermeintlich belanglose Daten können bei Verknüpfung mit weiteren Daten zu neuen Erkenntnissen führen; und sind damit letztlich sehr wohl von Belang.¹³²

5. Wird der Bürger gegenüber dem Staat verpflichtet, bestimmte Daten preiszugeben, an Hand derer er individualisierbar ist, hat der Staat den Verwendungszweck der Daten bereichsspezifisch und präzise zu bestimmen. Die Verwendung der Daten ist auf den gesetzlich bestimmten Zweck zu begrenzen. Auch darf die Erhebung der Daten durch den Staat das für die Erfüllung des jeweiligen Gesetzeszwecks notwendige Maß nicht überschreiten. Nur so ist im Licht des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung des Einzelnen als verfassungsmäßig zulässig zu erachten.¹³³

¹³⁰ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, NJW 1984, 419.

¹³¹ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, NJW 1984, 419; *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 32.

¹³² BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, NJW 1984, 419.

¹³³ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, NJW 1984, 419.

6. Zur Überwachung der Einhaltung dieser unter 5. aufgestellten Vorgaben empfiehlt das BVerfG die Beteiligung unabhängiger Datenschutzbeauftragter, um das Recht auf informationelle Selbstbestimmung effektiv zu schützen: „Wegen der für den Bürger bestehenden Undurchsichtigkeit (...) und auch im Interesse eines vorgezogenen Rechtsschutzes (...) ist die Beteiligung unabhängiger Datenschutzbeauftragter von erheblicher Bedeutung (...).“¹³⁴

Die Umsetzung dieser Vorgaben des BVerfG durch den Gesetzgeber ließ besonders auf Bundesebene lange auf sich warten.

Zum einen aus rein politischen Gründen, da man vermeiden wollte, durch die Vorgaben des BVerfG die Arbeit der Verwaltung zu erschweren und zu beschränken; so warnte beispielsweise der damalige Bundesinnenminister Dr. Zimmermann in seinem Bericht vom 25.4.1984 zum Volkszählungsurteil des BVerfG vor einer zu „maximalistischen Interpretation“ des Urteils und einem „Stillstand der Verwaltung“.¹³⁵ Auch wurde eingewendet, die Vorgaben des BVerfG entfalteten allenfalls für das beschwerdegegenständliche Volkszählungsgesetz Bedeutung („[die Tragweite der Entscheidung des BVerfG] für den übrigen Bereich der Rechtssetzung und Rechtsanwendung [tritt] nicht von vornherein offen zu Tage“¹³⁶). Auch wurde vertreten, dass es – da das BVerfG dem Gesetzgeber keine Frist zur Umsetzung seiner Forderungen gesetzt hatte (dies aber wohl eher wegen der Komplexität der zu regelnden Materie) – der Entscheidung des Gesetzgebers obliege, binnen welcher Zeit die Vorgaben umzusetzen seien (so genannter „Übergangsbonus“).¹³⁷

Zum anderen wird aber auch der reine Umfang und die Kompliziertheit der Materie „Datenschutz“ eine Rolle gespielt haben, weshalb eine zeitnahe Umsetzung des Urteils des BVerfG unterblieb.

(Das Urteil des BVerfG ist bis heute noch nicht vollständig umgesetzt: So fehlt es beispielsweise nach wie vor an einer Regelung des für die Betroffenen äußerst

¹³⁴ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, NJW 1984, 419.

¹³⁵ *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 58.

¹³⁶ VG Hannover, Dok. E 36 zu Art. 2 Abs. 1 GG.

¹³⁷ Vgl. hierzu im Detail *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 39 f.

sensiblen Bereichs des Arbeitnehmerdatenschutzes.¹³⁸ Ein Gebiet, dessen Regelung hinsichtlich des Datenschutzes das Urteil des BVerfG zum Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung an sich fordert.¹³⁹⁾

Als erstes unternahm 1986 der hessische Landesgesetzgeber den Versuch, die Vorgaben des BVerfG umzusetzen.¹⁴⁰ In den Jahren darauf folgten weitere Bundesländer, indes mit zum Teil gravierenden Unterschieden in den Regelungen.¹⁴¹

Eine Neuregelung auf Bundesebene erfolgte erst am 20.12.1990,¹⁴² nachdem in den Vorjahren zuerst die Fraktionen untereinander und sodann später Bundestag und Bundesrat um einen zustimmungsfähigen Entwurf gerungen hatten.¹⁴³ Indes: zu viele Interessen waren zu berücksichtigen und so war das neu gestaltete BDSG letztlich auch nicht aus einem Guss und in sich schlüssig, sondern vielmehr „Flickwerk“¹⁴⁴ und häufig in sich widersprüchlich.¹⁴⁵ Zudem enthielt das BDSG in seiner Fassung von 1990 keine Regelung des nicht-öffentlichen Bereichs. Zu diesem Zeitpunkt indes war bereits absehbar, dass die EG-Kommission für den nicht-öffentlichen Bereich ebenfalls datenschutzrechtliche Regelungen entwickeln würde, die der deutsche Gesetzgeber zu beachten haben würde. Und so war bereits bei der Verabschiedung des BDSG 1990 klar, dass in Kürze eine erneute Novellierung zu erfolgen habe.¹⁴⁶

Mit Wirkung zum 24.10.1995 trat dann auch auf Vorschlag der EG-Kommission die Richtlinie 95/46/EG des europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr in Kraft (so genannte EG-Datenschutzrichtlinie).¹⁴⁷

¹³⁸ Vgl. zu den hieraus im Einzelnen folgenden Problemen beim Arbeitnehmerdatenschutz *Schmidl*, WDPR 2007, Nummer 6, 10; derselbe, DuD 2007, 11; *Gassner/Schmidl*, WDPR 2006, Nummer 8, 9; *Rittweger/Schmidl*, RDV 2006, 235.

¹³⁹ *Simitis*, NJW 1998, 2395, 2397.

¹⁴⁰ Vgl. hierzu das 3. Hessische Datenschutzgesetz, GBl. 1987, 263.

¹⁴¹ Vgl. hierzu im Detail *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 51.

¹⁴² BGBl. I, 2954.

¹⁴³ *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 54 ff.

¹⁴⁴ So bezeichnet es für viele *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 82, der den zuständigen Referatsleiter im Bundesministerium des Innern *Dörr* mit den Worten zitiert: „dass man mit dem Gesetz leben kann ist noch kein Ausweis besonderer Qualität“.

¹⁴⁵ Vgl. zum gesamten Gesetzgebungsprozess des BDSG in der Fassung von 1990 *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 54 ff.

¹⁴⁶ *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 88.

¹⁴⁷ ABl. L 281 v. 23.11.1995, S. 31.

Anders als das Urteil des BVerfG enthielt die EG-Datenschutzrichtlinie in Art. 32 Abs. 1 Unterabs. 1 zudem eine Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, die Richtlinie innerhalb von drei Jahren umzusetzen. Es bestand also grundsätzlich Handlungsbedarf.

Doch kam der Bundesgesetzgeber dieser Verpflichtung nicht fristgemäß nach. Erst auf Druck der EG-Kommission, die am 11.1.2000 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland (sowie Frankreich, Irland, Luxemburg und die Niederlande) vor dem EuGH einleitete,¹⁴⁸ begann die Anpassung der deutschen Datenschutzgesetze.

Die Fraktionen im Bundestag einigten sich auf das bereits 1998 in einem Eckpapier der SPD¹⁴⁹ vorgeschlagene zweistufige Vorgehen: in einem ersten Schritt sollte das bereits bei der Verabschiedung als reformbedürftig empfundene BDSG in der Fassung von 1990 möglichst rasch an die EG-Datenschutzrichtlinie angepasst werden, um einem Urteilsspruch des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren zuvor zu kommen. In einem zweiten Schritt – so die ursprüngliche Absicht – wollte man das gesamte Datenschutzrecht neu fassen und modernisieren.¹⁵⁰

Der Anpassungsprozess ging dementsprechend rasch von staten: Von der Vorlage des ersten Referentenentwurfes am 17.4.2000 bis zur Verabschiedung des Gesetzes am 6.4.2001¹⁵¹ verging nur ein Jahr: Am 22.5.2001 schließlich trat das neue BDSG in Kraft.¹⁵²

Indes war die neue Gesetzesfassung hinsichtlich Verständlichkeit und Lesbarkeit keine Verbesserung zum BDSG in der Fassung von 1990. Vielmehr führte die Kürze der parlamentarischen Verhandlungen zu einer Vielzahl von Kompromissen und halbherzigen Regelungen, die der Praxis in der Folgezeit erhebliche Probleme bei der Anwendung des Gesetzes bescheren sollten. Bezeichnend war, dass der Bundestag mit dem neuen BDSG ein Gesetz mit der erklärten Intention verabschiedete, es möglichst

¹⁴⁸ Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Bundesrepublik Deutschland, Rechtssache C-443/00.

¹⁴⁹ *Vogt/Tauss* u.a., *Modernes Datenschutzrecht für die (globale) Wissens- und Informationsgesellschaft*, Entwurf für ein Eckwerte-Papier der SPD-Bundestagsfraktion v. 8.12.1998.

¹⁵⁰ *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 97.

¹⁵¹ Vgl. den letztlich verabschiedeten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze, BT-DRs. 14/5793.

¹⁵² BGBl. I 904.

bald wieder aufzuheben.¹⁵³ In der Folge wurde der neue Gesetzestext in der Literatur heftig kritisiert.¹⁵⁴

Vielfach wird zudem vertreten, dass das überarbeitete BDSG nicht nur häufig schwer verständlich und in sich widersprüchlich ist,¹⁵⁵ sondern auch die Vorgaben der EG-Datenschutzrichtlinie nicht richtig umgesetzt wurden.¹⁵⁶ So wird in der Literatur insbesondere argumentiert, dass (i) § 4 f BDSG den Beauftragten für den Datenschutz im Widerspruch zu Art. 18 Abs. 2 der EG-Datenschutzrichtlinie nur unzureichende Unabhängigkeit gewähre¹⁵⁷, (ii) die Aufsicht des nicht-öffentlichen Bereiches nach § 38 BDSG im Widerspruch zu der von Art. 28 Abs. 1 Unterabs. 2 der EG-Datenschutzrichtlinie geforderten „völligen Unabhängigkeit“ der Aufsichtsbehörden stünde¹⁵⁸ und (iii) sich die Regelung der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch die Medien in § 41 BDSG im offenen Widerspruch zu Art. 9 der EG-Datenschutzrichtlinie befände¹⁵⁹.

Inwieweit sich Einzelpersonen auf die unmittelbare Wirkung der genannten Vorschriften der EG-Datenschutzrichtlinie berufen könnten, ist vom EuGH noch nicht zu entscheiden gewesen. Voraussetzung hierfür wäre insbesondere die Begünstigung eines Einzelnen durch eine Vorschrift der EG-Datenschutzrichtlinie, der Ablauf der Umsetzungsfrist der EG-Datenschutzrichtlinie sowie eine inhaltlich unbedingte wie hinreichend bestimmte Formulierung der Vorschrift in der EG-Datenschutzrichtlinie, auf die sich der Betroffene berufen könnte.¹⁶⁰

Unabhängig von dieser Frage, ob ein einzelner seine aus der EG-Datenschutzrichtlinie direkt ergebenden Rechte einklagen könnte, ist die unmittelbare Wirkung einer nicht umgesetzten Richtlinienbestimmung von Rechtsprechung und Verwaltung zudem von Amts wegen zu berücksichtigen: Jede Behörde ist grundsätzlich verpflichtet,

¹⁵³ *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 100.

¹⁵⁴ *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 101 f.

¹⁵⁵ Hierzu für viele *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 101 f.

¹⁵⁶ *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 102.

¹⁵⁷ *Simitis*, BDSG, § 4 f Rn. 3 ff.

¹⁵⁸ Für viele *Brühmann/Zerdl*, CR 1996, 429; *Bizer*, DuD 1997, 481; *Simitis*, NJW 1997, 281; *Arlt/Piendl*, CR 1998, 713; *Giesen*, RDV 1998, 15; *Trute*, JZ 1998, 822; *Walz*, DuD 1998, 150; *Petri* in *Simitis*, BDSG, § 38 Rn. 8 ff., der den Begriff der „völligen Unabhängigkeit“ als Forderung nach institutioneller Unabhängigkeit versteht.

¹⁵⁹ *Walz* in *Simitis*, BDSG, § 41 Rn. 6.

¹⁶⁰ Vgl. die diesbezügliche Grundentscheidung des *EuGH*, Urt. v. 15.7.1964, NJW 1964, 2371.

Richtlinienbestimmungen anzuwenden, auch wenn sich aus dieser keine individuellen Rechte begründen, da dieser Aspekt *per se* keinen Einfluss auf die sich für den Mitgliedsstaat ergebenden Verpflichtung zur Umsetzung der Richtlinie haben kann.¹⁶¹

Damit ist die nach Art. 28 Abs. 1 Unterabs. 2 der EG-Datenschutzrichtlinie geforderte „völlige Unabhängigkeit“ der Aufsichtsbehörden nicht gewährleistet und die derzeitige Praxis europarechtswidrig. Die entsprechenden deutschen Behörden verstoßen daher mit ihrer derzeitigen Praxis gegen geltendes Recht, das sie von Amts wegen zu beachten hätten.¹⁶²

Wie eine Lösung in dieser Frage aussehen könnte wurde lange Zeit zwischen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften und den deutschen Behörden diskutiert.¹⁶³ Die Kommission entschied sich am 5.7.2005, ein Vertragsverletzungsverfahren in diesem Punkt gegen die Bundesrepublik Deutschland einzuleiten.¹⁶⁴ Nach erfolgloser Durchführung der Vorverfahren¹⁶⁵ wurde am 18.7.2007 der EuGH mit der Entscheidung der Sache betraut.¹⁶⁶ Indes soll auch diese Frage an dieser Stelle nicht breiter diskutiert werden (da für die gegenständlichen Fragen nicht relevant), sondern nur der Verdeutlichung des Umstandes dienen, dass das BDSG in seiner derzeitigen Fassung die Vorgaben der EG-Datenschutzrichtlinie nur unzureichend umgesetzt hat und daher dringend der erneuten Reform bedarf.

Doch dieses an sich im Jahr 2000 bei Verabschiedung der letzten großen Veränderung des BDSG bereits formulierte Vorhaben, das BDSG nun grundlegend zu reformieren und zu modernisieren, ist von der Politik bislang nicht mehr aufgegriffen worden.¹⁶⁷ Und so bleibt letztlich nur die Forderung an den Gesetzgeber im Raum, endlich eine

¹⁶¹ EuGH, Urt. v. 11.8.1995, NVwZ 1996, 369.

¹⁶² So auch *Petri* in Simitis, BDSG, § 38 Rn. 8 ff., der die derzeitige Praxis im Widerspruch zu Art. 28 Abs. 1 Unterabs. 2 der EG-Datenschutzrichtlinie sieht, aber die daraus resultierende Rechtswidrigkeit nicht offen ausspricht; a.A. vertreten insb. *Kopp*, DuD 1995, 204; *Weber*, DuD 1995, 698; *Lepper/Wilde*, CR 1997, 703; *Gola/Schomerus*, BDSG, § 38 Rn. 31, 32, die den Begriff der „völligen Unabhängigkeit“ als Forderung nach lediglich funktioneller Unabhängigkeit verstehen.

¹⁶³ *Petri* in Simitis, BDSG, § 38 Rn. 11.

¹⁶⁴ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, DuD 2005, 607.

¹⁶⁵ Die mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission der Europäischen Gemeinschaften erging am 15.12.2006, Az. SG 2006, D/207794.

¹⁶⁶ Sachbearbeiterkürzel JLSE, Az. 2003/4820; siehe auch ArbuR 2007, 309 (ohne Autor).

¹⁶⁷ *Simitis*, BDSG, Einleitung Rn. 103 ff.

klar verständliche und rechtmäßige Regelung des Datenschutzes umzusetzen,¹⁶⁸ während in der Zwischenzeit Literatur und Praxis zu versuchen haben, die vorhandenen Gesetze europarechtskonform und dem Wandel der technologischen Möglichkeiten und damit einhergehenden neuen Fragestellungen angepasst auszulegen.

c) Sinn und Zweck des BDSG

Das BDSG umschreibt in § 1 Abs. 1 BDSG das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen als Schutzgegenstand. Der Gesetzgeber folgt damit nicht wortwörtlich der Diktion des BVerfG mit seiner Formulierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung¹⁶⁹, greift aber die dem Urteil des BVerfG zu Grunde liegenden Ziel- und Zweckvorgaben im Ergebnis auf:¹⁷⁰ denn das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erfährt im Grundsatz seine Herleitung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.¹⁷¹

Die Aufgabe des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (als *lex specialis* der allgemeinen Handlungsfreiheit)¹⁷² ist es, „im Sinne des obersten Konstitutionsprinzips der Würde des Menschen die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten“¹⁷³, insbesondere gegenüber „neue(n) Gefährdungen der Persönlichkeitsentfaltung“¹⁷⁴.

In seiner ursprünglichen Grundkonzeption schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht also bestimmte Sphären des Einzelnen vor staatlichen Eingriffen. Ausgehend von dem Verständnis, eben bestimmte Bereiche des Bürgers schützen zu wollen wurde seit Beginn der Entwicklung dieser Sphärenbegriff verwendet. So argumentiert auch das BVerfG in seinem Volkszählungsurteil mit verschiedenen Sphären des Einzelnen, die

¹⁶⁸ Simitis, BDSG, Einleitung Rn. 126.

¹⁶⁹ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, NJW 1984, 419.

¹⁷⁰ Gola/Schomerus, BDSG, § 1 Rn. 6; insoweit kritisch Simitis, DuD 2000, 714; derselbe, BDSG, § 1 Rn. 65, der in der neuen Formulierung einen Übergang vom eigentumsähnlichen Persönlichkeitsrecht zu einem Kommunikationsgrundrecht sieht.

¹⁷¹ Vgl. zu den weiteren Differenzierungen Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 152 ff.

¹⁷² Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 38 ff.

¹⁷³ BVerfG, Urt. v. 3.6.1980, NJW 1980, 2072.

¹⁷⁴ BVerfG, Urt. v. 15.12.1999, NJW 2000, 1021; Urt. v. 31.1.1989, NJW 1989, 891.

es zu schützen gelte und entwickelt eben daraus das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.¹⁷⁵

Auch die EG-Datenschutzrichtlinie beinhaltet den Gedanken der schützenswerten „Sphäre“. So heißt es in den Erwägungsgründen der EG-Datenschutzrichtlinie:

„Die Datenverarbeitungssysteme stehen im Dienste des Menschen; sie haben, ungeachtet der Staatsangehörigkeit oder des Wohnorts der natürlichen Personen, deren Grundrechte und -freiheiten und insbesondere deren Privatsphäre zu achten und zum wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt, zur Entwicklung des Handels sowie zum Wohlergehen der Menschen beizutragen. (...)“

Gegenstand der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über die Verarbeitung personenbezogener Daten ist die Gewährleistung der Achtung der Grundrechte und -freiheiten, insbesondere des auch in Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und in den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts anerkannten Rechts auf die Privatsphäre. (...)“

Die in dieser Richtlinie enthaltenen Grundsätze zum Schutz der Rechte und Freiheiten der Personen, insbesondere der Achtung der Privatsphäre, konkretisieren und erweitern die in dem Übereinkommen des Europarats vom 28. Januar 1981 zum Schutze der Personen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten enthaltenen Grundsätze.“¹⁷⁶

Gemäß Art. 1 Abs. 1 EG-Datenschutzrichtlinie gewährleisten „die Mitgliedstaaten (...) den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten und insbesondere den Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten.“¹⁷⁷

Ein nicht unbedeutender Teil der Literatur, insbesondere Simitis, indes argumentiert, dass die Anwendung des Sphärenbegriffs auf das Datenschutzrecht keine Anwendung finden dürfe: so verkenne die Aufteilung von Daten in Sphären die Eigenart und Bedeutung der Verarbeitung personenbezogener Daten. Es sei schlicht nicht möglich,

¹⁷⁵ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, NJW 1984, 419.

¹⁷⁶ EG-Datenschutzrichtlinie, ABl. L 281 v. 23.11.1995, S. 31.

¹⁷⁷ EG-Datenschutzrichtlinie, ABl. L 281 v. 23.11.1995, S. 31.

Daten einer bestimmten Sphäre zuzuordnen. Vielmehr müsse sich der Schutz von Daten an ihrem beabsichtigten Verwendungszusammenhang orientieren, da nur hierdurch letztlich ein effektiver Datenschutz gewährleistet werden könnte. Zwar habe der Datenschutz mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung eine Neuorientierung erfahren, indes sei das Datenschutzrecht mittlerweile derart verselbständigt, dass nicht mehr von einer reinen Anbindung des informationellen Selbstbestimmungsrechts an das allgemeine Persönlichkeitsrecht gesprochen werden könnte.¹⁷⁸

Diese Argumentation indes überzeugt nur teilweise. Alle Bemühungen des Datenschutzes gehen von dem „Schutz der Persönlichkeit“ des Betroffenen aus. Dem Einzelnen soll eine Möglichkeit an die Hand gegeben werden, sich der zunehmenden Nutzung seiner personenbezogenen Daten zu erwehren. Er soll nicht den technischen Möglichkeiten ausgeliefert sein, über die Zusammenführung von Details über sich und sein privates Leben beliebigen Dritten „transparent“ zu sein, letztlich keine Privatheit mehr zu besitzen.¹⁷⁹

d) Plädoyer für eine teleologische Reduktion des BDSG

Wie dargestellt gibt es unterschiedliche Auffassungen, wie Sinn und Zweck des BDSG zu bestimmen und zu gewährleisten sind. Schließt man sich der Auffassung an, dass es vertretbar sei, das BDSG nur auf „private Bereiche“ anzuwenden, stellt sich vorliegend die Frage, das BDSG in seinem Anwendungsbereich teleologisch zu reduzieren.

Wie unter Ziffer C. I. 1. a. aa. a) erläutert ist Kerngedanke der teleologischen Reduktion, eine nach dem Wortsinn zu weit gefasste Regel auf den ihr nach dem Regelungszweck zukommenden Anwendungsbereich zu beschränken. Diesem Maßstab würde das BDSG dann aber nicht mehr gerecht, da es in § 1 Abs. 1 BDSG i.V.m. § 3 Abs. 1 BDSG sämtliche (also gewerbliche wie „private“) Daten natürlicher Personen erfasst, obwohl vom Schutzzweck des BDSG aus an sich eine Begrenzung auf „private“ Daten natürlicher Personen vorzunehmen wäre.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Simitis, BDSG, § 1 Rn. 65 ff.

¹⁷⁹ Vgl. hierzu auch die Ausführungen zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung in Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 44.

¹⁸⁰ Das damit einhergehende Problem der unter Umständen nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung von Daten gewerblich tätiger natürlicher und juristischer

Das Argument der Gegner einer solchen Auffassung, diese Aufteilung in „Sphären“ sei kein taugliches Modell, da Daten von ihrer Natur her keinem bestimmten Bereich zuzuordnen seien, ist nicht zutreffend. Es gibt Bereiche, in denen eine derartige Trennung möglich ist. Und dort, wo Daten einer bestimmten, abgrenzbaren Sphäre zuzuordnen sind, die nicht vom Datenschutzrecht erfasst sein soll (also insbesondere der gewerbliche Bereich), sind diese Daten – unabhängig von ihrem Verwendungszusammenhang – im Grundsatz nicht den Vorgaben des BDSG zu unterwerfen.

Erst wenn die Sphärenzuordnung nicht mehr trennscharf vorzunehmen ist, muss das BDSG von seinem Sinn und Zweck her wieder Anwendung finden, um nicht über eine mosaikartige Verknüpfung mit anderen Daten doch Rückschlüsse auf die Privatsphäre ziehen zu können.

Diese klare Zuordnung zu einer Sphäre wird aber bei Daten über die gewerbliche Tätigkeit einer natürlichen Person in den meisten Fällen klar möglich sein. Auch das Zivil-, das Handels- und das Steuerrecht haben Möglichkeiten gefunden, gewerbliches Tätigwerden von nicht gewerblichem Tätigwerden einer natürlichen Person abzugrenzen.

Als Beispiele seien nur der Fernabsatzvertrag, der Verbrauchsgüterkauf sowie der Verbraucherdarlehensvertrag genannt, bei denen eine Unterscheidung an Hand des Merkmals möglich ist, ob eine Person als Unternehmer handelt oder nicht.

Würde man dies im Datenschutzrecht ebenso prüfen und in einem zweiten Schritt in Absprache mit den Aufsichtsbehörden feststellen, ob die gewerblichen Daten verknüpft mit weiteren Daten Rückschlüsse auf den privaten Bereich der betroffenen Person zuließen (mit der Folge der Anwendbarkeit des Datenschutzrechts), könnte eine sachgerechte Differenzierung im Einzelfall vorgenommen werden.¹⁸¹

Personen diskutiert in anderem Zusammenhang auch *BGH*, Urt. v. 27.2.2007, NJW 2007, 2106; vgl. zu diesem Urteil auch Ziffer C. III. 3. a. aa.

¹⁸¹ Hierdurch wäre auch den Vorgaben des Urt. des *BVerfG* v. 15.12.1983, NJW 1984, 419, Rechnung getragen; vgl. zu dessen Inhalt Ziffer C. I. 1. a. bb. b).

Maßgeblicher Vorteil der teleologischen Reduktion wäre in der Praxis, dass das stark reglementierende BDSG in zumeist unkritischen Fällen der Datenverarbeitung und -nutzung von personenbezogenen Daten mit gewerblichem Bezug nicht einschlägig wäre und dadurch Aufsichtsbehörden wie beaufsichtigte Unternehmen entlastet würden. Denn kann es nicht im Interesse eines effizienten Datenschutzes sein, übermäßige Ressourcen auf die Kontrolle unproblematischer Datenverarbeitungen zu verwenden.

b. Befragung der Aufsichtsbehörden der nicht-öffentlichen Stellen zur Anwendbarkeit des BDSG auf Daten gewerblich tätiger natürlicher Personen

Um die praktische Relevanz der aufgeworfenen Fragestellung zu erläutern wurden im Rahmen dieser Arbeit die hierfür nach § 38 Abs. 6 BDSG zuständigen Datenschutz-Aufsichtsbehörden der Länder mit der Frage befasst, inwieweit es aus ihrer Sicht möglich erschiene, das BDSG auf Daten insoweit nicht anzuwenden, als diese von gewerblich tätigen Personen stammten.

Hierzu wurde ein Fragebogen entworfen und an die 16 Aufsichtsbehörden für den nicht-öffentlichen Bereich in den verschiedenen Bundesländern verschickt.¹⁸²

aa. Muster des Fragebogens

Der Fragebogen enthielt Multiple-Choice-Fragen, vereinzelt mit der Möglichkeit, die gewählte Antwort zu begründen oder Alternativen vorzuschlagen.¹⁸³ Die Einleitung in die Fragestellung und der Fragebogen selbst wurden wie folgt formuliert:

Seit den Anfängen im Jahr 1970 unterliegt das Datenschutzrecht einem ständigen Wandel. Die Notwendigkeit, einen interessengerechten Ausgleich zwischen dem Schutz der Daten des Einzelnen und einer praxisgerechten Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu finden, führte und führt zu fortlaufenden

¹⁸² Vgl. zur Problematik des Wortlauts von § 38 Abs. 6 BDSG und der Frage, ob die Aufsichtsbehörden des nicht-öffentlichen Bereichs auf Landesebene mittels Rechtsverordnung bzw. ministerieller Anordnung oder per Gesetz bestimmt werden müssen *Simitis*, BDSG, § 38 Rn. 13.

¹⁸³ Vgl. allg. zu empirischen Überprüfung wissenschaftlicher Aussagen *Martin*, Die empirische Forschung in der Betriebswirtschaftslehre, S. 27.

Anpassungen und Veränderungen. Die vorliegende Umfrage soll herausfinden, (i) wie sich die derzeitige Praxis im Umgang mit Daten von natürlichen, gewerblich tätigen Personen darstellt und (ii) inwieweit aus Ihrer Sicht eine Veränderung in diesem Bereich möglich und praktikabel erscheint.

Zur Verdeutlichung der Fragestellung (Anwendbarkeit des BDSG auf natürliche Personen in Abhängigkeit von dem Vorliegen einer gewerblichen Tätigkeit der Betroffenen) finden Sie vorab (a) einige Beispielskonstellationen, in denen der Gesetzgeber für natürliche Personen bereits danach differenziert, ob diese Personen gewerblich tätig sind oder nicht und (b) Konstellation in denen die Anwendbarkeit des BDSG auf Daten gewerblich tätiger, natürlicher Personen in der Praxis fraglich erscheint.

a. Fernabsatzverträge / Verbrauchsgüterkauf / Verbraucherdarlehensvertrag

Verbraucher A kauft über das Internet Waren von der natürlichen Person B. Inwieweit B dabei die Verpflichtungen nach §§ 312 c ff. BGB treffen (insb. Belehrungspflichten etc.), richtet sich danach, ob B Unternehmer gemäß § 14 Abs. 1 BGB ist. Dies ist maßgeblich danach zu bestimmen, ob B bei dem vorliegenden Vertrag mit A in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit gehandelt hat oder nicht. Gleiches gilt für die Anwendung der ergänzenden Verbraucherschutzvorschriften beim Verbrauchsgüterkauf der §§ 474 ff. BGB oder beim Verbraucherdarlehensrecht der §§ 491 BGB. Auch diese finden nur dann Anwendung, wenn B Unternehmer gemäß § 14 Abs. 1 BGB ist.

b. Tankstellenpächter / Kiosk-Betreiber / Kleingewerbetreibende allgemein

Bei diesen Gruppen wird in der Praxis durch die Anwendung des BDSG eine den normalen Wirtschaftsverkehr behindernde Schranke errichtet, etwa wenn ein Zulieferer detaillierte Angaben über die Bedürfnisse seiner Kunden erheben und verarbeiten möchte, die über das zur Vertragserfüllung erforderliche Maß hinausgehen. Hier kann es sich beispielsweise um Angaben zur Größe und Lage einer Tankstelle, Umfang und Art des angebotenen Sortiments, Anzahl der Mitarbeiter und Öffnungszeiten handeln. Derlei Daten sind einem klar abgrenzbaren Bereich zugeordnet, allgemein bekannt und dürften, für den Fall, dass sie sich auf eine GmbH bezögen, ohne weiteres erhoben werden. Allein

weil sich der Pächter eigenverantwortlich entschieden hat, die Geschäfte persönlich durchzuführen, ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung dieser Daten dem Persönlichkeitsschutz dienenden Beschränkungen unterworfen.

Die oben skizzierten Umstände geben Anlass zu folgenden Fragen:

1. Wie häufig haben Sie (circa) im vergangenen Jahr (2007) das BDSG auf eine natürliche Person angewandt, die gewerblich tätig ist?

☐ 0 ☐ 1-50 ☐ 51-100 ☐ >100 ☐ _____

2. Sind durch Sie beaufsichtigte Unternehmen oder sonstige Dritte an Sie bereits mit der Frage herangetreten, die Anwendbarkeit des BDSG in der beschriebenen Weise (keine Anwendbarkeit auf natürliche, gewerblich tätige Personen) einzuschränken?

☐ ja, bisher ungefähr _____ Personen
☐ nein

3. Berücksichtigen Sie den Umstand, dass eine natürliche Person gewerblich tätig ist?

☐ ja, bei der „Erforderlichkeit“ in § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG
☐ ja, bei der „Interessensabwägung“ in § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG
☐ ja, im Rahmen von _____
☐ nein

4. Halten Sie es für vertretbar, die Anwendbarkeit des BDSG auf natürliche, nicht gewerblich tätige Personen zu beschränken?

☐ ja, denn dies entspricht dem Sinn und Zweck des BDSG
☐ ja, denn nur so stehen Kontroll-Aufwand und dadurch erreichter Datenschutz noch in einem vertretbaren Verhältnis
☐ ja, denn _____

- ☐ nein, denn dies wäre nicht mit dem Wortlaut des BDSG vereinbar
- ☐ nein, denn dies wäre nicht mit dem Sinn und Zweck des BDSG vereinbar
- ☐ nein, denn _____

5. Denken Sie, dass durch eine Einschränkung der Anwendbarkeit des BDSG auf natürliche, nicht gewerbliche Personen eher derzeit bestehende Probleme gelöst oder an anderer Stelle neue Probleme geschaffen würden?

- ☐ eher würden hierdurch derzeitige Probleme gelöst, insbesondere _____
- ☐ eher würden hierdurch an anderer Stelle neue Probleme geschaffen, insbesondere _____

6. Welcher der folgenden Gründe spricht für Sie am ehesten dafür, Daten natürlicher Personen künftig nur zu schützen, soweit diese nicht die gewerbliche Tätigkeit der Person betreffen? (bitte nur eine der folgenden Antworten ankreuzen)

- ☐ allgemein bekannte, dem klar abgrenzbaren Bereich „gewerbliche Tätigkeit“ zugehörige und die Person als solche daher nicht betreffende Daten bedürfen nicht des Schutzes des Datenschutzrechts
- ☐ es ist nicht interessengerecht, dass der Einzelne seine gewerblichen Daten dadurch zu schützen vermag, dass er statt mittels „zwischengeschalteter“ juristischer Person einfach selbst als natürliche Person gewerblich tätig wird
- ☐ die Anwendung des Datenschutzrechts auch auf diese Daten stellt für die Aufsichtsbehörden wie für die Unternehmen einen unangemessenen Aufwand dar
- ☐ das Datenschutzrecht ist von seinem Konzept her ein Schutzrecht des Einzelnen gegen die Nutzung (Verarbeitung etc.) seiner Daten durch staatliche und gewerbliche Stellen. Wird jemand gewerblich tätig

verliert er insoweit seine Schutzbedürftigkeit

☐ _____

7. Welcher der folgenden Gründe spricht für Sie am ehesten dafür, Daten natürlicher Personen unabhängig davon zu schützen, ob diese Daten die gewerbliche Tätigkeit der Person betreffen oder nicht? (bitte nur eine der folgenden Antworten ankreuzen)

☐ auch Daten über die gewerbliche Tätigkeit enthalten letztlich schützenswerte Informationen über die Person

☐ gerade Daten über die gewerbliche Tätigkeit einer Person sind besonders sensibel

☐ es existieren keine „belanglosen“ Daten und ist die Nicht-Anwendbarkeit des Datenschutzrechts auf die „Sphäre“ der gewerblichen Tätigkeit einer Person kein taugliches Datenschutz-Modell.

☐ _____

bb. Ergebnisse der Befragung

Von den 16 Aufsichtsbehörden der nicht-öffentlichen Stellen nahmen 13 an der anonym durchgeführten Befragung teil. Die Antworten können insoweit als repräsentativ betrachtet werden.¹⁸⁴

Zwei Aufsichtsbehörden antworteten nicht, eine Aufsichtsbehörde konnte aus Zeitgründen nicht an der Befragung teilnehmen.

¹⁸⁴ Vgl. zur Frage der Repräsentativität von Umfragen allgemein Albers/Klapper/Konradt/Walter/Wolf, Methodik der empirischen Forschung, S. 55 ff.

Die Fragen wurden im Einzelnen wie folgt beantwortet:

Frage 1: „Wie häufig haben Sie (circa) im vergangenen Jahr (2007) das BDSG auf eine natürliche Person angewandt, die gewerblich tätig ist?“

Antworten: 1 x keine Daten vorhanden
7 x 1-50
3 x 51-100
2 x > 100

Frage 2: „Sind durch Sie beaufsichtigte Unternehmen oder sonstige Dritte an Sie bereits mit der Frage herangetreten, die Anwendbarkeit des BDSG in der beschriebenen Weise (keine Anwendbarkeit auf natürliche, gewerblich tätige Personen) einzuschränken?“

Antworten: 13 x nein

Frage 3: „Berücksichtigen Sie den Umstand, dass eine natürliche Person gewerblich tätig ist?“

Antworten: 12 x ja
davon 5 x im Rahmen von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG
und § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG
3 x im Rahmen von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG
4 x weiter differenzierend
1 x nein

Frage 4: „Halten Sie es für vertretbar, die Anwendbarkeit des BDSG auf natürliche, nicht gewerblich tätige Personen zu beschränken?“

Antworten: 12 x nein
davon 6 x da dies nicht mit dem Sinn und Zweck des BDSG vereinbar sei
4 x da dies zudem nicht mit dem Wortlaut des BDSG vereinbar sei
im Übrigen weiter differenzierend
1 x ja da das BDSG lückenhaft sei

Frage 5: „Denken Sie, dass durch eine Einschränkung der Anwendbarkeit des BDSG auf natürliche, nicht gewerbliche Personen eher derzeit bestehende Probleme gelöst oder an anderer Stelle neue Probleme geschaffen würden?“

Antworten: 12 x wird angenommen, dass hierdurch an anderer Stelle eher neue Probleme geschaffen würden
davon 10 x mit Begründung
2 x ohne Begründung
1 x keine Antwort

Frage 6: „Welcher der folgenden Gründe spricht für Sie am ehesten dafür, Daten natürlicher Personen künftig nur zu schützen, soweit diese nicht die gewerbliche Tätigkeit der Person betreffen?“

Antworten: 8 x wird keiner der vorgeschlagenen Gründe akzeptiert
5 x werden Gründe akzeptiert
davon 3 x dem klar abgrenzbaren Bereich „gewerbliche Tätigkeit“ zugehörige und die Person als solche daher nicht

betreffende Daten bedürfen nicht des Schutzes des Datenschutzrechts

1 x es ist nicht interessengerecht, dass der Einzelne seine gewerblichen Daten dadurch zu schützen vermag, dass er statt mittels „zwischengeschalteter“ juristischer Person einfach selbst als natürliche Person gewerblich tätig wird

1 x die Anwendung des Datenschutzrechts auch auf diese Daten stellt für die Aufsichtsbehörden wie für die Unternehmen einen unangemessenen Aufwand dar

Frage 7: „Welcher der folgenden Gründe spricht für Sie am ehesten dafür, Daten natürlicher Personen unabhängig davon zu schützen, ob diese Daten die gewerbliche Tätigkeit der Person betreffen oder nicht?“

Antworten: 5 x es existieren keine „belanglosen“ Daten und ist die Nicht-Anwendbarkeit des Datenschutzrechts auf die „Sphäre“ der gewerblichen Tätigkeit einer Person kein taugliches Datenschutz-Modell

5 x auch Daten über die gewerbliche Tätigkeit enthalten letztlich schützenswerte Informationen über die Person

im Übrigen weiter differenzierend

cc. Auswertung der Befragung

Aus den Antworten lassen sich insbesondere folgende Schlussfolgerungen ziehen:¹⁸⁵

- (i) Die Frage der Anwendbarkeit des BDSG auf Daten natürlicher Personen mit gewerblicher Tätigkeit hat sich bei allen Aufsichtsbehörden im vergangenen Jahr gestellt. Die Thematik ist damit von praktischer Relevanz. Dies bestätigen auch die dem Fragebogen teilweise beigefügten, ausführlichen Begleitschreiben mit Stellungnahmen der Aufsichtsbehörden.
- (ii) Die aufgeworfene Problematik ist bisher von der Aufsichtspraxis weder in der vorgeschlagenen Weise differenzierend betrachtet worden, noch sind Dritte an die Behörden mit dem Versuch herangetreten, die Verwaltungspraxis zu erfragen oder zu verändern.
- (iii) Nahezu alle Aufsichtsbehörden berücksichtigen den gewerblichen Bezug von Daten natürlicher Personen derzeit im Rahmen der Abwägung des § 28 Abs. 1 BDSG, und dabei zumeist im Rahmen der Beurteilung der Zweckdienlichkeit nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG.
- (iv) Ein Großteil der Aufsichtsbehörden lehnt eine derzeitige Änderung der Aufsichtspraxis in der aufgeworfenen Frage ab. Insbesondere befürchtet man, dass die Problematik der gewerblichen Daten natürlicher Personen durch eine teleologische Reduktion des BDSG nicht gelöst sondern lediglich verschoben werden würde. Geteilter Ansicht ist man bei der Begründung dieser Auffassung: etwa die Hälfte der Aufsichtsbehörden hält eine teleologische Reduktion nicht mit dem Wortlaut des BDSG vereinbar, im Übrigen ist man der Ansicht, dies verstoße gegen Sinn und Zweck des BDSG.
- (v) Etwa ein Drittel der Aufsichtsbehörden zeigt sich für Argumente offen, die eine künftige Änderung der bisherigen Regelung möglich erscheinen ließen. Insbesondere bei Daten natürlicher Personen, die klar abgrenzbar aus dem

¹⁸⁵ Vgl. allg. zum Ablauf eines empirischen Forschungsprozesses *Stier*, Empirische Forschungsmethoden, S. 17.

gewerblichen Bereich stammen, ist eine Veränderung der derzeitigen Rechtslage aus Sicht dieser Aufsichtsbehörden vorstellbar.

- (vi) Für die Beibehaltung der Aufsichtspraxis spricht aus Sicht der Aufsichtsbehörden insbesondere, dass mit der Einführung eines „Sphären-Modells“ und der Nicht-Anwendung des BDSG auf bestimmte Bereiche letztlich Daten über Betroffene gesammelt werden könnten, die miteinander verknüpft letztlich doch Rückschlüsse auf schützenswerte Bereiche zulassen könnten. Insoweit bestehen grundsätzliche Bedenken, ob man bestimmte Sphären aus dem Anwendungsbereich des BDSG ausschließen dürfe.

Eine Änderung der Aufsichtspraxis ohne Veränderung der rechtlichen Rahmenbedingungen erscheint damit unwahrscheinlich. Dennoch haben die Antworten und insbesondere die Stellungnahmen in den Begleitschreiben der Fragebögen gezeigt, dass die Aufsichtsbehörden ein praktisches Bedürfnis durchaus bejahen und die durch den Fragebogen angestoßene Diskussion begrüßen. Etwa ein Drittel der Befragten teilt im Grunde die Auffassung, dass die Anwendung des BDSG auf Daten gewerblich tätiger natürlicher Personen im Lichte der Nicht-Anwendung des BDSG auf dieselben Daten juristischer Personen geändert werden sollte. Angesichts der derzeitigen Sensibilität der Öffentlichkeit im Umgang mit der Thematik Datenschutz werden sich die Aufsichtsbehörden ohne Änderungen durch den Gesetzgeber aber in jedem Fall für eine Auslegung des BDSG entscheiden, die einen möglichst weiten Anwendungsbereich des BDSG eröffnet – auch wenn dies für Aufsichtsbehörden wie für beaufsichtigte Unternehmen einen deutlichen und vielfach rein formalen Mehraufwand bedeutet.

Daher muss die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Weitergabe der Vertriebsdaten von den Presse-Grossisten an die Verlage überprüft werden, da die Aufsichtsbehörden das BDSG in der Praxis aller Wahrscheinlichkeit nach für anwendbar halten würden.

2. Vereinbarkeit einer Weitergabe der Vertriebsdaten mit dem BDSG

Soweit (a.) der Anwendungsbereich des BDSG eröffnet ist und (b. - c.) keine Besonderheiten wie Auftragsdatenverarbeitung oder

Funktionsübertragung bei der späteren Prüfung zu berücksichtigen sind bedarf die Weitergabe entweder (d. aa.) der Einwilligung des Betroffenen oder (d. bb. - ff.) einer speziellen Erlaubnis durch Rechtsnorm.

Da im vorliegenden Fall keine Besonderheiten bei der Prüfung zu berücksichtigen sind und die Betroffenen weder in die Weitergabe eingewilligt haben noch eine spezielle Erlaubnisnorm einschlägig ist, verstößt (e.) die Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Presse-Grossisten an die Verlage gegen das Datenschutzrecht und ist daher unzulässig.

a. Eröffnung des Anwendungsbereichs des BDSG

Abgesehen von der unter Ziffer C. I. 1. diskutierten Frage der Nicht-Anwendbarkeit des BDSG auf Daten gewerblich tätiger, natürlicher Personen ist das BDSG im Übrigen auf die Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Grossisten an die Verlage anwendbar, da es sich bei diesen um (aa.) personenbezogene Daten handelt, die (bb.) von nicht-öffentlichen Stellen (cc.) in Form der Übermittlung verarbeitet werden.

aa. Vertriebsdaten sind personenbezogene Daten

Gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG gilt das BDSG dem Grundsatz nach für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch nicht-öffentliche Stellen.

Personenbezogene Daten liegen gemäß § 3 Abs. 1 BDSG dann vor, wenn es sich um Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person handelt.¹⁸⁶ Dies ist bei sämtlichen Vertriebsdaten von Einzelhandelsgeschäften der Fall, die von natürlichen Personen als Einzelkaufleute betrieben werden.¹⁸⁷ Bei den Vertriebsdaten handelt es sich um detaillierte Angaben

¹⁸⁶ Vgl. zur Reichweite des Anwendungsbereichs *Dammann* in *Simitis*, BDSG, § 3 Rn. 4 ff.

¹⁸⁷ *Gola/Schomerus*, BDSG, § 3 Rn. 11.

unter anderem zur beruflichen Tätigkeit und dem kommerziellen Erfolg natürlicher Personen und damit um personenbezogene Daten.

Auch wenn Einzelhandelsgeschäfte in Ausnahmefällen von juristischen Personen (z.B. GmbHs) oder sonstigen Personengemeinschaften (z.B. OHG, KG, GbR) betrieben werden, die vom BDSG nicht unmittelbar geschützt werden, ist der Schutzbereich des BDSG dann eröffnet, wenn die Angaben über die juristische Person bzw. die Personengemeinschaft auf die dahinter stehenden natürlichen Personen „durchgreifen“,¹⁸⁸ also aufgrund der Struktur der juristischen Person oder Personengemeinschaft ein Bezug zu einer natürlichen Person hergestellt werden kann. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine enge personelle, finanzielle oder wirtschaftliche Verflechtung zwischen der natürlichen Person und der juristischen Person und Personengemeinschaft besteht, über die Vertriebsdaten gesammelt werden. Eine solche enge Verflechtung kann beispielsweise bei dem einzigen Gesellschafter einer Einmann-GmbH, bei den unbeschränkt haftenden Gesellschaftern einer OHG oder KG (Komplementär) sowie bei den Gesellschaftern einer BGB-Gesellschaft oder Partnerschaft angenommen werden.¹⁸⁹

Bei den Einzelhändlern, seien es nun Einzelkaufleute, die als natürliche Personen ein Einzelhandelsgeschäft betreiben, oder juristische Personen mit „Durchgriff“ auf die dahinter stehende natürliche Person handelt es sich somit um „Betroffene“ im Sinne des § 3 Abs. 1 BDSG.

bb. Grossisten wie Verlage sind nicht-öffentliche Stellen

Gemäß § 2 Abs. 4 BDSG sind nicht-öffentliche Stellen natürliche und juristische Personen, Gesellschaften und andere Personenvereinigungen des privaten Rechts. Die Voraussetzungen des Begriffs der nicht-öffentlichen Stelle sind sowohl für die Grossisten als auch für die Verlage erfüllt, da es sich bei diesen ausnahmslos um juristische Personen des privaten Rechts handelt.

¹⁸⁸ Gola/Schomerus, BDSG, § 3 Rn. 11a.

¹⁸⁹ Simitis, BDSG, § 3 Rn. 19.

cc. Weitergabe der Vertriebsdaten ist Verarbeitung in Form der Übermittlung

Vorliegend ist die Weitergabe der Vertriebsdaten von den Presse-Grossisten an die Verlage in Form der Übermittlung zu prüfen. In § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG wird der Begriff der Übermittlung definiert als das Bekanntgeben gespeicherter oder durch Datenverarbeitung gewonnener personenbezogener Daten an einen Dritten in der Weise, dass die Daten an den Dritten weitergegeben werden oder der Dritte zur Einsicht oder zum Abruf bereitgehaltene Daten einsieht oder abruft.

Das BDSG ist also auf die Weitergabe der Vertriebsdaten nur anwendbar, wenn es sich bei den Verlagen im Verhältnis zu den Grossisten um „Dritte“ im Sinne des § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG handelt, die Grossisten und die Verlage also keine „gemeinsame verantwortliche Stelle“ bilden. Der Begriff der verantwortlichen Stelle ist in § 3 Abs. 7 BDSG definiert als „jede Person oder Stelle, die personenbezogene Daten für sich selbst erhebt, verarbeitet oder nutzt oder dies durch andere im Auftrag vornehmen lässt“. Der Begriff der Stelle ist in § 2 BDSG näher gefasst, hier in der Variante des § 2 Abs. 4 BDSG als „natürliche und juristische Personen, Gesellschaften und andere Personenvereinigungen des privaten Rechts (...)“.

Damit stellen die Verlage aus Sicht der Grossisten „Dritte“ im Sinne des § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG dar, da es sich bei diesen gemäß § 3 Abs. 8 S. 2 Var. 2 BDSG um Personen außerhalb der verantwortlichen Stelle Grossisten handelt.

Denn weder bilden Presse-Grossisten und Verlage eine gesellschaftsrechtliche Einheit,¹⁹⁰ noch besteht ein Auftragsdatenverhältnis zwischen Presse-Grossisten und Verlagen (siehe hierzu im Detail die folgende Ziffer b).

Auch führen die Besonderheiten des Pressevertriebs hier zu keiner anderen Wertung: selbst wenn man annähme, dass die Presse-Grossisten hinsichtlich der Vertriebsdaten lediglich „Durchgangsstation“ seien und letztlich die Verlage auf Grund der wirtschaftlichen Machtverhältnisse Entscheidungen der Presse-Grossisten faktisch bestimmten,¹⁹¹ folgt hieraus ausweislich des Gesetzeswortlauts des § 3 Abs. 7 i.V.m.

¹⁹⁰ Vgl. zu den Voraussetzungen einer solchen gesellschaftsrechtlichen Einheit *Simitis*, BDSG, § 3 Rn. 232.

¹⁹¹ Vgl. zu den datenschutzrechtlichen Aspekten *Gola/Schomerus*, BDSG, § 3 Rn. 48.

§ 2 Abs. 4 BDSG keine andere Bewertung. Allein die mittelbaren Einflussnahmemöglichkeiten der Verlage qualifizieren diese noch nicht zur verantwortlichen Stelle.¹⁹²

b. Ausnahme auf Grund eines Auftragsdatenverarbeitungsvertrages?

Gemäß § 3 Abs. 8 S. 3 BDSG läge ausnahmsweise dann in der Weitergabe der Vertriebsdaten von den Presse-Grossisten an die Verlage keine Übermittlung an einen Dritten vor, wenn es sich bei den Presse-Grossisten um Auftragsdatenverarbeiter nach § 11 BDSG der Verlage handeln würde. In einem solchen Fall wären gemäß § 3 Abs. 7 Var. 2 BDSG allein die Verlage verantwortliche Stelle.

Eine solche Ausnahme ist vorliegend nicht gegeben. Die Presse-Grossisten sind nicht Auftragsdatenverarbeiter der Verlage.

Dies folgt zum einen bereits aus formalen Gründen: Die Begründung eines Auftragsdatenverarbeitungsverhältnisses bedarf gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 BDSG der Schriftform.¹⁹³ Der Vertrag muss dezidiert Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung genau festlegen.¹⁹⁴ Zu fixieren sind zudem technische und organisatorische Maßnahmen zur Datensicherung und Datensicherheit.¹⁹⁵ Indes bestehen zwischen den nicht verlagsgebundenen Presse-Grossisten und Verlagen wie einleitend unter Ziffer B. II. 1. dargestellt ganz generell kaum schriftliche Absprachen. So existiert erst recht keine detaillierte, schriftliche Vereinbarung, die ein Auftragsdatenverarbeitungsverhältnis begründen könnte.¹⁹⁶

Zum anderen sprechen grundsätzlich materielle Gründe gegen die Begründung eines Auftragsdatenverarbeitungsvertrages. Gemäß § 3 Abs. 3 S. 1 BDSG darf der Auftragnehmer die Daten nur im Rahmen der Weisungen des Auftraggebers erheben,

¹⁹² Auch ein Rückgriff auf den nicht vollständig in deutsches Recht umgesetzten Art. 2 Ziffer d der EG-Datenschutzrichtlinie führt insoweit zu keinem anderen Ergebnis, als über Zwecke und Mittel der Verarbeitung eben von Verlagen und Grossisten gemeinsam entschieden werden müsste.

¹⁹³ Vgl. hierzu *Simitis*, BDSG, § 11 Rn. 49.

¹⁹⁴ Vgl. hierzu *Simitis*, BDSG, § 11 Rn. 50.

¹⁹⁵ Vgl. hierzu *Simitis*, BDSG, § 11 Rn. 51.

¹⁹⁶ Quelle: Auskunft der Presse-Grossisten im Rahmen dieser Untersuchung.

verarbeiten und nutzen.¹⁹⁷ Wie unter Ziffern B. II. 3. und 6. dargestellt und im Rahmen der Einordnung der Rechtsbeziehungen zwischen Presse-Grossisten und Verlagen unter Ziffer C. III. 1. a. bb. näher erläutert ist das Verhältnis gerade von der Weisungsunabhängigkeit der Presse-Grossisten geprägt, um sowohl den Einzelhändlern wie auch den konkurrierenden Verlagen die Grosso-Leistungen neutral, also zu für alle Beteiligten fairen Wettbewerbsbedingungen¹⁹⁸ erbringen zu können. Die Interessen der Verlage in Bezug auf die Grossisten und ihr Tätigwerden unterscheiden sich auf Verlagsseite aber je nach Verlagsgröße sowie Anzahl und Art der angebotenen Zeitungen und Zeitschriften. Ein kleiner Verlag mit Nischenprodukten beispielsweise würde – bestünde ein Weisungsrecht gegenüber den Presse-Grossisten – dieses inhaltlich anders ausüben wollen als ein Großverlag mit einer auflagenstarken Tageszeitung. Das Weisungsrecht müsste in der Praxis aber widerspruchsfrei ausgeübt werden, um eine weisungsgerechte Verteilung der Presseerzeugnisse durch die Grossisten an die Einzelhändler zu ermöglichen.¹⁹⁹

Zudem widerspräche die Annahme eines solchen Weisungsrechts der Verlage dem Dispositionsrecht des Presse-Grossisten hinsichtlich der Sortimentszusammenstellung des Einzelhändlers. Der Einzelhändler kann gerade nicht Art und Anzahl der von ihm zu vertreibenden Presstitel selbst bestimmen, sondern unterliegt – vertraglich gebunden – den Vorgaben des Presse-Grossisten.²⁰⁰ Dieser wiederum ist verpflichtet ein möglichst breites Sortiment mit möglichst niedriger Remissionsquote zur Verfügung zu stellen. Unterläge er nun Weisungen der Verlage könnte er dieser Verpflichtung gegenüber den Einzelhändlern nicht mehr nachkommen.

Somit ist die Annahme eines Auftragsdatenverarbeitungsvertrages zwischen Presse-Grossisten und Verlagen mit der Gesamtkonzeption des Pressevertriebs in Deutschland strukturell unvereinbar.

¹⁹⁷ Vgl. hierzu *Simitis*, BDSG, § 11 Rn. 56.

¹⁹⁸ Hierzu sind die Grossisten wegen ihres Alleinauslieferungsrechts bezogen auf ihr Vertriebsgebiet verpflichtet; vgl. hierzu auch Ziffer B. II. 5.

¹⁹⁹ Vgl. hierzu *Gola/Schomerus*, BDSG, § 11 Rn. 21, 24.

²⁰⁰ Siehe hierzu Ziffer B. II. 3.

c. Besonderheiten auf Grund von Funktionsübertragung?

Besonderheiten könnten ebenfalls gelten, wenn es sich bei der Nutzung der Vertriebsdaten durch die Presse-Grossisten zwar nicht um eine Auftragsdatenverarbeitung durch die Presse-Grossisten (für die Verlage) sondern um eine Funktionsübertragung von den Verlagen auf die Presse-Grossisten handeln würde.

Grundsätzlich liegt eine Funktionsübertragung dann vor, wenn ein Unternehmen einem Dritten Daten nicht nur im Rahmen eines Auftragsdatenverarbeitungsvertrages zur klar definierten Datenverarbeitung zur Verfügung stellt, sondern diesem daneben weitere, eigenständige Aufgaben überträgt, zu deren Erfüllung die Verarbeitung der Daten notwendig ist.²⁰¹ In einem solchen Fall wären sowohl Verlage als auch Presse-Grossisten verantwortliche Stelle im Sinne des § 3 Abs. 7 BDSG.²⁰²

Damit gilt bei der Funktionsübertragung anders als bei der Auftragsdatenverarbeitung zwar nicht die Privilegierung des § 3 Abs. 8 S. 3 BDSG (mit der Folge, dass eine Weitergabe von Vertriebsdaten durch die Presse-Grossisten an die Verlage eine datenschutzrechtliche relevante Übermittlung darstellen würde), jedoch wären die mit der Funktionsübertragung einhergehenden Besonderheiten bei der Prüfung datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestände unter Umständen zu berücksichtigen.²⁰³

Indes liegt im Verhältnis von Verlagen zu Presse-Grossisten auch keine Funktionsübertragung vor. Wie bereits bei der Auftragsdatenverarbeitung unter Ziffer C. I. 2. b. dargestellt nutzen die Presse-Grossisten die Vertriebsdaten nicht im Auftrag der Verlage. Die Presse-Grossisten greifen gerade nicht auf Daten der Verlage zurück sondern werten die bei ihren eigenen Vertriebsaktivitäten anfallenden Daten aus, um neutral – also insbesondere von Weisungen der Verlage wie der Einzelhändler unabhängig – im dargestellten Rahmen den Pressevertrieb zu gewährleisten.

²⁰¹ Bspws. bei Durchführung der gesamten Personaldatenverarbeitung sowie zugleich der Personalverwaltung durch einer eine konzernangehörige Gesellschaft für alle Konzernfirmen.

²⁰² *Simitis* in *Simitis*, BDSG, § 11 Rn. 17 ff.

²⁰³ Vgl. hierzu *Gola/Schomerus*, BDSG, § 28 Rn. 10.

d. Der Grundsatz des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt

Damit greift ausweislich des § 4 Abs. 1 BDSG der Grundsatz des so genannten Verbots mit Erlaubnisvorbehalt: „Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten sind nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat.“²⁰⁴

Danach bedarf auch die Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Presse-Grossisten an die Verlage entweder (aa.) der Einwilligung der Betroffenen oder (bb. – ff.) der Erlaubnis durch eine Rechtsvorschrift.

aa. Einwilligung der Betroffenen

Betroffene sind vorliegend die Einzelhändler, sei es, dass sie selbst als natürliche Personen tätig werden oder die zwischengeschaltete juristische Person auf sie „durchschlägt“.²⁰⁵

Wie darzustellen sein wird liegt eine Einwilligung der betroffenen Einzelhändler in die Weitergabe ihrer Daten an die Verlage durch die Presse-Grossisten nicht vor.

Zum einen bedarf die Einwilligung gemäß § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG der Schriftform, falls nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen erscheint.²⁰⁶ Schriftliche Abreden zwischen den Einzelhändlern und den Grossisten über die Nutzung der Vertriebsdaten wurden nicht getroffen.²⁰⁷

Auch kann vorliegend nicht von einem Entfallen des Schriftlichkeitserfordernisses ausgegangen werden. Diese Ausnahme ist ausweislich des Wortlauts und der Intention des Gesetzes möglichst restriktiv auszulegen.²⁰⁸ Vorliegend sind weder Gründe ersichtlich, die ein besonderes Hindernis für die schriftliche Erteilung der

²⁰⁴ Vgl. hierzu im Detail *Gola/Schomerus*, BDSG, § 4 Rn. 3.

²⁰⁵ Bereits erläutert unter Ziffer C. I. 2. a. aa.

²⁰⁶ *Simitis* in *Simitis*, BDSG, § 4a Rn. 45 ff.

²⁰⁷ Bei einzelnen Presse-Grossisten werden bei der Zusammenarbeit mit neuen Einzelhändlern Standardverträge benutzt, die eine Einwilligung in die Datenweitergabe vorsehen. Es existieren aber keine flächendeckend unterzeichneten Einwilligungen der Einzelhändler. Quelle: Auskunft des Bundes-Presse-Grosso im Rahmen dieser Untersuchung.

²⁰⁸ *Simitis* in *Simitis*, BDSG, § 4a Rn. 44.

Einwilligung durch die Einzelhändler darstellen würden, noch die eine besonders rasche und damit mündlich zu erteilende Einwilligung erfordern würden.

Unabhängig von der Frage der Form fehlte es den Einzelhändlern zudem für eine Einwilligung an dem erforderlichen Erkenntnishorizont. Nicht ausreichend und umfassend über die beabsichtigte Verwendung ihrer Daten unterrichtete Betroffene können generell nicht wirksam einwilligen, § 4a Abs. 1 S. 1 BDSG. Die Verarbeitung ihrer Daten wäre damit unzulässig.²⁰⁹ Vorliegend indes sind die Einzelhändler überhaupt nicht über die Verwendung ihrer Daten unterrichtet worden, insbesondere also auch nicht über eine mögliche Weitergabe der Vertriebsdaten an die Verlage.²¹⁰

Generell fraglich ist, ob vorliegend das Konzept der Einwilligung überhaupt tauglich sein kann, eine generelle Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Grossisten an die Verlage zu gestatten.²¹¹

Denn zum einen müssten die Presse-Grossisten die Einzelhändler vor der Einwilligungserklärung umfassend über die beabsichtigte Datenverwendung unterrichten. Dazu müssten den Einzelhändlern alle Informationen bereitgestellt werden, die notwendig wären, um Anlass, Ziel und Folgen der Verarbeitung korrekt abzuschätzen.²¹² Ob es vorliegend möglich ist, alle denkbaren Ziele und Folgen zu erfassen, die eine Weitergabe der Vertriebsdaten an die Verlage mit sich bringen, erscheint angesichts der Vielzahl der Verwendungsmöglichkeiten der Vertriebsdaten wenig wahrscheinlich.

Zum anderen müsste eine Einwilligung der Einzelhändler auf deren freier Entscheidung beruhen (§ 4a Abs. 1 S. 1 BDSG), also ohne Zwang erteilt worden sein. Literatur, Rechtsprechung und Aufsichtspraxis legen an das Vorhandensein der Freiwilligkeit bei einer Einwilligung hohe Anforderungen.²¹³ Eine Einwilligung ist demnach nur insoweit beachtlich, wie sich der Einzelhändler nicht in einer Situation

²⁰⁹ *Simitis in Simitis*, BDSG, § 4a Rn. 76.

²¹⁰ Bei einzelnen Presse-Grossisten werden bei der Zusammenarbeit mit neuen Einzelhändlern Standardverträge benutzt, die Regelungen zu der Thematik beinhalten. Quelle: Auskunft des Bundes-Presse-Grosso im Rahmen dieser Untersuchung.

²¹¹ Vgl. zur vergleichbaren Problematik der Wirksamkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung im Arbeitsverhältnis *Schmidl*, DuD 2007, 756.

²¹² *Simitis in Simitis*, BDSG, § 4a Rn. 70.

²¹³ *Simitis in Simitis*, BDSG, § 4a Rn. 62 ff.

befindet, die ihn faktisch dazu zwingt, sich mit der Weitergabe der Vertriebsdaten einverstanden zu erklären. Dies dürfte in der Praxis äußerst schwierig zu bewerkstelligen sein: die Existenz des Einzelhändlers hängt an der Belieferung von Zeitungen und Zeitschriften durch den Presse-Grossisten, die des Presse-Grossisten aber nicht an der Belieferung eines Einzelhändlers. Das Verhältnis ist also hierarchisch geprägt (wenngleich reguliert über Kartell- und Wettbewerbsrecht²¹⁴). Damit liegt aber die Vermutung nahe, dass sich der Einzelhändler - mit dem Wunsch nach der Unterzeichnung einer Einwilligungserklärung konfrontiert - nicht in einer freien Entscheidungssituation befinden wird. Selbst wenn man also bei der Einwilligung darauf hinweisen würde, dass diese nur freiwillig zu erteilen sei und die Nicht-Erklärung der Einwilligung keine negativen Folgen nach sich ziehen würde, wäre eine erteilte Einwilligung dennoch mit Rechtsunsicherheiten behaftet.

Das Institut der Einwilligung ist daher strukturell wie situativ ungeeignet, die Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Grossisten an die Verlage zu gestatten.

bb. Der Erlaubnistatbestand des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG

Die Weitergabe der Vertriebsdaten über die Einzelhändler durch die Presse-Grossisten an die Verlage ist nicht auf Grund von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG zulässig. Sie entspricht nicht der vertraglichen Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses Presse-Grossist - Einzelhändler, auch nicht bei Berücksichtigung der Besonderheiten des Pressevertriebs.

Gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG ist das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke zulässig, wenn es der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen dient. Die Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Grossisten an die Verlage ist gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG demnach nur zulässig, wenn dies der

²¹⁴ Vgl. hierzu allg. auch *Miller*, Das deutsche Presse-Grosso als wettbewerblicher Ausnahmebereich, S. 58 ff.

Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses zwischen Grossisten und Einzelhändlern „dient“.²¹⁵

Dabei ist das Merkmal „dienen“ nicht wortlautgetreu auszulegen: um die Privilegierung des Erlaubnistatbestands des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG zu erlangen müsste die Weitergabe der Vertriebsdaten für den Vertragszweck vielmehr erforderlich sein.²¹⁶ Dies ergibt sich bereits aus der Gesetzesbegründung der Novellierung des BDSG aus dem Jahr 2000, in dem die damalige Formulierung des § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG „Das Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke ist zulässig 1. im Rahmen der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen, (...)“ in die jetzige Fassung mit dem Argument verändert wurde, dies verdeutliche den Gedanken der Zweckbestimmung.²¹⁷ Es sollte mit dem Wort „dienen“ also gerade betont werden, dass nur die Datenverwendung zulässig ist, die für den Vertragszweck erforderlich ist. Diese Auslegung wird im Übrigen auch von der ganz herrschenden Meinung geteilt.²¹⁸

In vertragliche Beziehungen mit dem Einzelhändler tritt wie erläutert nur der beliefernde Presse-Grossist, nicht aber die Verlage. Dieses Vertragsverhältnis wird von einigen Besonderheiten geprägt: der Presse-Grossist bestimmt Anzahl und Menge der dem Presse-Grossisten zur Verfügung zu stellenden Presse-Titel, die dieser abzunehmen verpflichtet ist. Der Einzelhändler kann die Presse-Titel nur von einem einzigen Presse-Grossisten beziehen, da (mit wenigen Ausnahmen) das Bundesgebiet unter den Presse-Grossisten aufgeteilt ist. Ebenso ist der Einzelhändler gegenüber dem Presse-Grossisten vertraglich verpflichtet, die Presse-Titel zu einem vom Verlag bestimmten Preis an die Endverbraucher zu veräußern; die Gewinnspanne wird dem Einzelhändler also vertraglich vorgeschrieben. Der Einzelhändler hat gegenüber dem Presse-Grossisten im Gegenzug das Recht, nicht-verkaufte Presse-Titel gegen volle

²¹⁵ Gola/Schomerus, BDSG, § 28 Rn. 13.

²¹⁶ Vgl. hierzu auch Simitis, BDSG, § 28 Rn. 79.

²¹⁷ Gola/Schomerus, BDSG, § 28 Rn. 13.

²¹⁸ Vgl. zum Begriff der Erforderlichkeit auch Simitis, BDSG, § 28 Rn. 91; a.A. vertritt Tiedemann, Einzelhandelsstruktur und Datenschutz bei dem Vertrieb von Presseerzeugnissen, S. 63, auf Grundlage des BDSG in der a.F.

Erstattung des Einkaufspreises zurückzugeben. Mit den Verlagen selbst steht der Einzelhändler nicht in vertraglichen Beziehungen.

Der Einzelhändler wird bei seinen Bemühungen, möglichst viele Presse-Titel zu veräußern, von den Presse-Grossisten unterstützt: zum einen über eine möglichst bedarfsgerechte Auswahl der zur Verfügung gestellten Presse-Titel und deren Menge, zum anderen über gezielte Einzelaktionen zur Verkaufssteigerung.²¹⁹

Fraglich ist also, was im vorliegenden Fall als Vertragszweck anzunehmen ist und ob die Übermittlung der Vertriebsdaten durch die Presse-Grossisten an die Verlage dann dieser Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses zwischen Presse-Grossist und Einzelhändler dient.

Auf welche Weise der Vertragszweck festzustellen ist, wird von der Literatur unterschiedlich beantwortet.²²⁰ Einigkeit besteht dahingehend, dass es letztlich eine Frage der Einzelfallbetrachtung sein müsse und generelle Anhaltspunkte nur schwer festzumachen seien.

Soweit die Vertragsparteien keinen expliziten Vertragszweck festgehalten haben ist dieser aus der Zusammenschau der vereinbarten Rechte und Pflichten zu ermitteln. Danach ist anzunehmen, dass der im Interesse der Vertragsparteien liegende Zweck eines Vertrages erreicht wird, wenn sich die Vertragsparteien vereinbarungsgemäß verhalten.²²¹

Aus Sicht des Einzelhändlers ist Vertragszweck damit, unter Beachtung der Besonderheiten des Pressevertriebs (insb. also Preisbindung, Remissionsrecht und Dispositionsrecht) möglichst viele Zeitungen und Zeitschriften zu verkaufen. Aus Sicht des Presse-Grossisten ist Vertragszweck, unter Beachtung der Verpflichtung, verkaufs- und nachfragegerechte Pressesortimente zu liefern, über den Bezug und die Remission Rechnung zu legen, die Remission zu steuern sowie bei der Steuerung von Verkaufsförderungsmaßnahmen und bei Fragen zum Pressesortiment zu beraten, möglichst viele Zeitungen und Zeitschriften zu verkaufen.

²¹⁹ Vgl. zur Sortimentsplanung der Grossisten auch *Dobbelstein*, Marktpotenzialanalysen als Basis der Sortimentspolitik, S. 3 ff.

²²⁰ *Gola/Schomerus*, BDSG, § 28 Rn. 15 ff; *Simitis*, BDSG, § 28 Rn. 82 ff.

²²¹ Vgl. hierzu allg. *Gola/Schomerus*, BDSG, § 28 Rn. 15 f.

All diese Vertragsziele werden und wurden jahrelang erreicht, ohne dass eine Weitergabe der Vertriebsdaten an die Verlage erforderlich gewesen wäre.²²² Die Weitergabe dieser Daten würde damit maßgeblich nur dem Interesse der Verlage dienen, auf den Vertrieb ihrer Produkte Einfluss zu nehmen.

Wenngleich dies in Einzelfällen auch im Interesse bestimmter Einzelhändler sein könnte (beispielsweise wenn Verlage an bestimmten PoS verkaufsfördernde Maßnahmen durchführen würden), wäre die hier zu untersuchende ungeprüfte Weitergabe aller Vertriebsdaten keinesfalls für die Durchführung des Vertrages zwischen Presse-Grossist und Einzelhändler erforderlich.

Zudem ist nicht auszuschließen, dass Verlage durch so genannte Mikromarktanalysen auf Basis der Vertriebsdaten gezielt neue Vertriebsstrukturen schaffen würden, beispielsweise durch Erhöhung der Verkaufsdichte. Insoweit widersprechen sich die Interessen von Verlagen und Einzelhändlern hinsichtlich der Nutzung der Vertriebsdaten sogar: während der Verlag einen möglichst hohen Absatz seiner Produkte in einer bestimmten Region erstrebt, unabhängig davon, durch wie viele Verkaufsstellen dies erreicht wird, ist der Einzelhändler nur an Umsatzsteigerungen seines eigenen Geschäfts interessiert. Veranlasste nun der Verlag etwa eine Erhöhung der Verkaufsstellen in einer bestimmten Region, könnte dies zwar insgesamt zu einer Umsatzsteigerung für den Verlag führen, auf der Ebene des Einzelhändlers aber Umsatzeinbußen zu Folge haben.

Auch läuft das durch eine Weitergabe der Vertriebsdaten entstehende Risiko eines verlagseigenen Parallel-Grosso den Interessen der Grossisten zuwider.²²³

Insoweit widersprechen die Interessen der Verlage den Interessen der Grossisten und der Einzelhändler strukturell. Die Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Presse-Grossisten an die Verlage ist für die Durchführung des Vertragsverhältnisses zwischen Presse-Grossisten und Einzelhändlern damit weder zweckdienlich noch erforderlich.

²²² Vgl. zu den Möglichkeiten einer optimierten Auswertung der von den Grossisten bislang zur Verfügung gestellten Daten *Greitenevert*, Prognosesysteme zur Optimierung der Verlags-Grossisten-Einzelhändler-Beziehung, S. 256.

²²³ Vgl. hierzu Kiosk ausgespäht, *WirtschaftsWoche* v. 14.9.2008, S. 16

cc. Der Erlaubnistatbestand des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG

Die Weitergabe der Vertriebsdaten über die Einzelhändler durch die Presse-Grossisten an die Verlage ist nicht auf Grund von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG zulässig. Insbesondere überwiegen die Interessen der betroffenen Einzelhändler die möglicherweise bestehenden berechtigten Interessen der Presse-Grossisten an einer Übermittlung an die Verlage.

Es ist bereits fraglich, ob in die inhaltliche Prüfung des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG überhaupt eingestiegen werden darf, wonach eine Übermittlung der Vertriebsdaten dann gestattet wäre, wenn dies zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle (hier die Presse-Grossisten) erforderlich wäre und kein Grund zu der Annahme bestünde, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Einzelhändler an dem Ausschluss der Weitergabe überwöge.²²⁴

Nach der im Vordringen befindlichen Auffassung ist für die Anwendung von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG dann kein Raum, „wenn zwischen dem Betroffenen und der datenspeichernden Stelle vertragliche oder vertragsähnliche Beziehungen bestehen, (...) [die] ausschließlich oder zumindest primär die Zulässigkeit der Datenverarbeitung bestimmen.“²²⁵

Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Liefervereinbarungen zwischen Presse-Grossisten und Einzelhändlern enthalten weder ausschließlich noch primär Regelungen über die Zulässigkeit der Datenverarbeitung durch die Presse-Grossisten und die Verlage. Vielmehr enthalten die Vereinbarungen überhaupt keine Vorgaben zu dieser Thematik.²²⁶ Die Frage der Nicht-Anwendbarkeit des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG stellt sich vorliegend damit nicht.

²²⁴ Vgl. zur Interessenabwägung *Gola/Schomerus*, BDSG, § 28 Rn. 33.

²²⁵ *Gola/Schomerus*, BDSG, § 28 Rn. 9.

²²⁶ Bei einzelnen Presse-Grossisten werden bei der Zusammenarbeit mit neuen Einzelhändlern Standardverträge benutzt, die Regelungen zu der Thematik beinhalten. Es existieren aber keine flächendeckend einheitlichen Verträge, die sich mit der Thematik der Datenverarbeitung befassen. Quelle: Auskunft des Bundes-Presse-Grosso im Rahmen dieser Untersuchung.

Der Umstand, dass vertragliche Beziehungen bestehen, ist somit erst wieder im Rahmen der Prüfung des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG von Relevanz. Denn nach herrschender Ansicht ist der Tatbestand bei Bestehen eines Vertragsverhältnisses mit dem Betroffenen eng auszulegen, da sich der betroffene Vertragspartner darauf verlassen können soll, dass seine Daten nur für die Zwecke verwendet werden, für die er sie zur Verfügung gestellt hat, das heißt die der Durchführung des betreffenden Vertragsverhältnisses dienen.²²⁷ Dies bestätigt auch die Aufsichtsbehörde Baden-Württemberg: „Die andere Zulässigkeitsalternative (Erforderlichkeit zur Wahrung berechtigter Interessen und kein Grund zur Annahme der Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange) hat daneben zwar selbständige Bedeutung, ist aber bei Bestehen eines Vertragsverhältnisses eng auszulegen. Der Vertragspartner soll sich in der Regel darauf verlassen können, dass seine Daten nur für den Zweck verwendet werden, zu dem er sie gegeben hat, so dass er bei einer anderweitigen Verwendung meist in seinen schutzwürdigen Belangen beeinträchtigt sein dürfte.“²²⁸

Es gilt also, berechnigte Interessen der verantwortlichen Stelle (also der Grossisten) an einer Weitergabe der Vertriebsdaten an die Verlage gegen die Interessen der Einzelhändler an dem Unterlassen dieser Weitergabe abzuwägen.

Auf Seiten der Grossisten sind zwei Interessenkreise denkbar, die im Rahmen dieser Interessenabwägung Berücksichtigung finden könnten: Zum einen die freiwillige Weitergabe der Vertriebsdaten an die Verlage (also die Weitergabe der Vertriebsdaten ohne Bestehen einer Verpflichtung hierzu), um durch verkaufsfördernde Maßnahmen der Verlage Umsatzsteigerungen zu erreichen, die letztlich auch den Presse-Grossisten zu Gute kämen.

Zum anderen könnte grundsätzlich eine vertragliche Verpflichtung der Presse-Grossisten zur Weitergabe der Vertriebsdaten an die Verlage beachtlich sein. Da es mit einer Ausnahme keine schriftlichen Vereinbarungen gibt, die die Grossisten zur Weitergabe von Vertriebsdaten an die Verlagsseite verpflichten würden,²²⁹ und – wie

²²⁷ *Simitis*, BDSG, § 28 Rn. 133 f.

²²⁸ Hinweis zum BDSG Nr. R, Staatsanz. Baden-Württemberg, 1978 Nr. 52, S. 3, zitiert aus *Gola/Schomerus*, BDSG, § 28 Rn. 9.

²²⁹ Wie unter Ziffer B. III. 4. beschrieben existiert eine schriftliche Vereinbarung zwischen den Presse-Grossisten und einem Großverlag, Stamm- und Bewegungsdaten zu einem spezifischen Titel zu liefern.

unter Ziffer C. III. 2. darzustellen sein wird – sich eine solche Rechtspflicht auch nicht aus den Umständen des schriftlich nicht fixierten Vertragsverhältnisses zwischen Presse-Grossisten und Verlagen ergibt, scheidet letzter Interessenkreis vorliegend aus.

Da in der praktischen Anwendung von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG die Anforderungen an das Vorliegen eines berechtigten Interesses allerdings nicht übermäßig hoch sind, reicht vorliegend das beschriebene Interesse der Presse-Grossisten an einer Übermittlung der Vertriebsdaten zur Umsatzsteigerung aus,²³⁰ um dieses Interesse etwaig entgegenstehenden Interessen der Einzelhändler gegenüber zu stellen.²³¹

Dies könnte wie unter Ziffer C. I. 2. d. bb. bereits dargestellt insbesondere das Interesse der Einzelhändler sein, die Vertriebsdaten auf Verlagsseite nicht dazu zu verwenden, auf den Vertrieb durch Mikromarktanalysen der Gestalt Einfluss zu nehmen, dass dies für den Einzelhändler zu Umsatzeinbußen führen würde.

Denn diese Möglichkeit besteht: Durch eine Weitergabe der Vertriebsdaten an die Verlage wären diese zum einen in der Lage, gezielt für einzelne Regionen andere Vertriebswege zu wählen (verstärkte Abonnement-Werbung, höhere Anzahl von mobilen Zeitungsverkaufsständen etc.), die für den Verlag eine Umsatzsteigerung bedeuten, aus Sicht des Einzelhändlers aber zu Umsatzeinbußen führen würden.

Auch könnten die Verlage eine Erhöhung der Verkaufsdichte in einer bestimmten Region veranlassen, also die Zahl der Einzelhändler erhöhen. Auch dies würde aus Sicht des Verlages wieder zu einer Umsatzsteigerung führen, den durchschnittlichen Umsatz des Einzelhändlers aber mindern.

Auch § 3a BDSG sind in zweierlei Hinsicht auf Seiten der Einzelhändler zu berücksichtigende Aspekte zu entnehmen. Zum einen die § 3a BDSG allgemein zu entnehmenden Grundsätze der Datenvermeidung und Datensparsamkeit, die im Zweifel eine restriktive, datensparsame Auslegung des Datenschutzrechts gebieten.

²³⁰ In dem Fall der expliziten vertraglichen Verpflichtung zur Weitergabe der Vertriebsdaten an einen Großverlag ist auch dies als berechtigtes Interesse im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen.

²³¹ *Gola/Schomerus*, BDSG, § 28 Rn. 34.

Zum anderen das im Rahmen der Interessenabwägung nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG konkret zu berücksichtigende Interesse des Einzelhändlers aus § 3a BDSG, seine Vertriebsdaten generell so wenig wie möglich durch andere erheben, nutzen und verarbeiten zu lassen.

Diese entgegenstehenden Interessen der Einzelhändler am Unterbleiben der Übermittlung der Vertriebsdaten an die Verlage, um nachteilige Auswirkungen auf ihre Geschäftsentwicklung auszuschließen einerseits und das Interesse der Grossisten an der Übermittlung der Vertriebsdaten an die Verlage, um den Umsatz insgesamt zu steigern andererseits, sind nun isoliert abzuwägen.²³²

Hierbei ist insbesondere der Grad der Gefährdung der jeweiligen Interessen zu berücksichtigen.²³³

Damit überwiegen die einer Übermittlung der Vertriebsdaten entgegenstehenden Interessen der Einzelhändler das unterstellte Interesse der Grossisten: die Interessen von Einzelhändlern sind mit der drohenden Gefahr von individuellen Umsatzeinbußen durch verlagsseitige Vertriebsveränderungen stärker gefährdet als die Interessen der Presse-Grossisten an allgemeinen Umsatzsteigerungen durch verlagsseitige Vertriebsveränderungen (sowie in einem Fall die Erfüllung einer vertraglichen Pflicht zur Weitergabe von Vertriebsdaten).²³⁴

Dies gilt umso mehr als vorliegend im Zweifel die Interessenabwägung zu Gunsten der Einzelhändler durchzuführen ist, da § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG auf Grund einer bestehenden Vereinbarung zwischen Presse-Grossisten und Einzelhändlern sowie dem allgemeinen Rechtsgedanken der Datensparsamkeit in § 3a BDSG in Bezug auf die Berücksichtigung der Interessen der Grossisten wie beschrieben restriktiv auszulegen ist.²³⁵

²³² Vgl. zur Berücksichtigung schützwürdiger Belange im Rahmen der Interessenabwägung *Gola/Schomerus*, BDSG, § 28 Rn. 36.

²³³ *Simitis*, BDSG, § 28 Rn. 163.

²³⁴ Auf Grundlage des BDSG in der a.F. unter Verkenntung der Risiken der Einzelhändler zu einer anderen Bewertung gelangt *Tiedemann*, Einzelhandelsstruktur und Datenschutz bei dem Vertrieb von Presseerzeugnissen, S. 62.

²³⁵ Siehe hierzu die Erläuterungen zu Beginn von Ziffer C. I. 2. d. cc.

dd. Der Erlaubnistatbestand des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG

Die Weitergabe der Vertriebsdaten über die Einzelhändler durch die Presse-Grossisten an die Verlage ist nicht auf Grund von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG zulässig. Insbesondere handelt es sich bei den Vertriebsdaten nicht um allgemein zugängliche Daten.

Auch § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG, wonach eine Weitergabe der Vertriebsdaten zulässig wäre, wenn diese Daten entweder allgemein zugänglich wären oder die verantwortliche Stelle sie veröffentlichen dürfte (es sei denn, dass schutzwürdige Interesse offensichtlich gegenüber stünden), kommt als Erlaubnistatbestand vorliegend nicht in Betracht.

Zu den allgemein zugänglichen Daten zählen insbesondere Daten, die in öffentlichen Verzeichnissen wie Telefonbüchern oder veröffentlichten Händlerverzeichnissen aufgeführt sind.²³⁶ Die von den Grossisten an die Verlage zu übermittelnden Vertriebsdaten gehen weit über das hinaus, was sich gängigerweise in solchen öffentlichen Verzeichnissen findet.

Würde man die Vertriebsdaten auf das in öffentlichen Verzeichnissen einsehbare Maß reduzieren (also Name, Telefonnummer, Adresse etc.) und um die nicht veröffentlichten Daten kürzen (also insbesondere die Einzelhändler-Objektfolge-Daten) wären die Vertriebsdaten wirtschaftlich wertlos und eine Übermittlung für die Verlage uninteressant. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Var. 1 BDSG scheidet somit praktisch aus.

Auch § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Var. 2 BDSG ist nicht einschlägig, da die Presse-Grossisten nicht zur Veröffentlichung der Vertriebsdaten berechtigt sind und im Übrigen wie im Rahmen der Prüfung von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG dargestellt einer solchen Veröffentlichung zudem ein schutzwürdiges Interesse der Einzelhändler entgegen stünde, das vorliegend auch offensichtlich im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Var. 2 BDSG wäre.²³⁷

²³⁶ Gola/Schomerus, BDSG, § 28 Rn. 45.

²³⁷ Vgl. hierzu allg. Simitis, BDSG, § 28 Rn. 183, 200.

ee. Der Erlaubnistatbestand des § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BDSG

Die Weitergabe der Vertriebsdaten über die Einzelhändler durch die Presse-Grossisten an die Verlage ist nicht auf Grund von § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BDSG zulässig. Insbesondere stehen einer Berücksichtigung der Verlagsinteressen an einer Weitergabe der Vertriebsdaten schutzwürdige Interessen der Einzelhändler entgegen.

Gemäß § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BDSG wäre die Weitergabe der Vertriebsdaten für einen anderen Zweck auch zulässig, soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen eines Dritten erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass die Einzelhändler ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung oder Nutzung haben.²³⁸

Anders als bei der Interessenabwägung des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG genügt damit bei der Prüfung des § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BDSG bereits das bloße Bestehen eines entgegenstehenden Interesses, um die Weitergabe auf der Grundlage von § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BDSG auszuschließen. Es ist nicht wie bei § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG erforderlich, dass das entgegenstehende Interesse die Interessen der Gegenseite überwiegen muss.²³⁹

Als schutzwürdiges Dritt-Interesse kommt hier das Interesse der Verlage in Betracht, die Vertriebsdaten für eigene Marktoptimierungsmaßnahmen zu nutzen: zum einen hätten die Verlage die Möglichkeit, auf Grundlage der Vertriebsdaten ihre Zeitungen und Zeitschriften regionalen Vertriebsbesonderheiten anzupassen, zum anderen könnten die Verlage gezielt verkaufsfördernde Maßnahmen bei Einzelhändlern durchführen oder für bestimmte Regionen alternative Vertriebskonzepte wählen (Abonnement-Werbung, höhere Anzahl von mobilen Zeitungsverkaufsständen etc.).

Wenngleich § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BDSG nach ganz herrschender Meinung restriktiv auszulegen und nicht als Auffangtatbestand für solche Drittinteressen anzusehen ist, welche im Vertragsverhältnis zwischen verantwortlicher Stelle und Betroffenen keine

²³⁸ Vgl. hierzu allg. *Simitis*, BDSG, § 28 Rn. 208 ff.

²³⁹ *Simitis*, BDSG, § 28 Rn. 216.

Berücksichtigung gefunden haben²⁴⁰, handelt es sich vorliegend um berechnigte Interessen eines Dritten im Sinne des § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BDSG, da die Interessen der Verlagsseite mittelbar über die Besonderheiten des Pressevertriebs (insb. des Remissionsrechts) in den Liefervereinbarungen zwischen Presse-Grossisten und Einzelhändlern Berücksichtigung gefunden haben.

Fraglich ist allerdings, ob die Übermittlung der Vertriebsdaten für die Erreichung dieser Zwecke überhaupt erforderlich im Sinne des § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BDSG ist. Dies ist der Fall, wenn die gewünschten Maßnahmen unter gleich geeigneten die relativ mildesten darstellen. Bislang wurden die Vertriebsinteressen der Verlage durch die Presse-Grossisten wahrgenommen. Diese nutzten und nutzen ihre jahrzehntelange Vertriebserfahrung, um – im Eigeninteresse sowie im Interesse von Verlagen und Einzelhändlern – möglichst hohe Stückzahlen mit möglichst geringer Remission zu vertreiben. Damit stellt sich die Frage, ob die Nutzung der Vertriebsdaten ausschließlich durch die Presse-Grossisten nicht für die Erreichung der Dritt-Interessen der Verlage gleich geeignet aber aus Sicht der betroffenen Einzelhändler milder ist. Dies indes ist nicht der Fall, da die Bereitstellung und Nutzung der Vertriebsdaten durch die Presse-Grossisten kein gleich geeignetes Mittel wie eine Nutzung der Vertriebsdaten durch die Verlage darstellt.²⁴¹

Die Presse-Grossisten sind allen Verlagen zur Neutralität verpflichtet und müssen zwischen den widerstrebenden Verlagsinteressen einen fairen Ausgleich schaffen. Damit verfolgen sie bei der Nutzung der Vertriebsdaten andere Ziele als ein Verlagshaus, das bei der Auswertung der Vertriebsdaten ausschließlich verlagseigene Interessen berücksichtigen würde.

Damit ist letztlich entscheidend, ob der Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Grossisten an die Verlage ein schutzwürdiges Interesse der Einzelhändler entgegensteht.²⁴²

Wie unter Ziffer C. I. 2. d. bb. erläutert widersprechen sich die Interessen der Einzelhändler und der Verlage strukturell. Es ist nicht auszuschließen, dass

²⁴⁰ Simitis, BDSG, § 28 Rn. 208.

²⁴¹ Vgl. zu den sich aus Sicht der Verlage ergebenden Nutzungsmöglichkeiten der Vertriebsdaten Ziffer C. III. 2.

²⁴² Gola/Schomerus, BDSG, § 28 Rn. 50.

umsatzsteigernde Maßnahmen der Verlage wie die Stärkung des Abonnementgeschäfts oder die Erhöhung von Verkaufsstellen in einem bestimmten Gebiet auf der Ebene des Einzelhändlers zu Umsatzeinbußen führen.

Nicht nur würden derartige Vertriebsmaßnahmen der Verlage bei den Einzelhändlern zu Umsatzeinbußen hinsichtlich der bereits durch Abonnement oder bei einem anderen Geschäft erworbenen Zeitungen und Zeitschriften führen, auch ist nicht auszuschließen, dass letztlich insgesamt weniger Kunden ein Einzelhandelsgeschäft frequentieren würden und damit Umsatz von Gelegenheits- oder Begleitkäufen verloren ginge.

Damit sperrt das entgegenstehende Interesse der Einzelhändler an der Beibehaltung des Pressevertriebs in seiner derzeitigen Form die Möglichkeit der Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Presse-Grossisten an die Verlage auf Grundlage des § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BDSG.

ff. Der Erlaubnistatbestand des § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BDSG

Die Weitergabe der Vertriebsdaten über die Einzelhändler durch die Presse-Grossisten an die Verlage ist nicht auf Grund von § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BDSG zulässig. Eine Beschränkung der zu übermittelnden Vertriebsdaten auf den Katalog der in § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BDSG aufgeführten Kriterien ist für die Verlage wirtschaftlich uninteressant.

Gemäß § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BDSG²⁴³ wäre die Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Presse-Grossisten an die Verlage für Zwecke der Werbung, der Markt- und Meinungsforschung zulässig, wenn es sich dabei um listenmäßig oder sonst zusammengefasste Daten über Angehörige einer Personengruppe handeln würde, die sich auf

- (a) eine Angabe über die Zugehörigkeit des Betroffenen zu dieser Personengruppe,
- (b) Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung,

²⁴³ Vgl. zu den Tatbestandsvoraussetzungen allg. *Simitis*, BDSG, § 28 Rn. 183 ff.

- (c) Namen,
- (d) Titel,
- (e) akademische Grade,
- (f) Anschrift und
- (g) Geburtsjahr

beschränken würden und kein Grund zu der Annahme bestünde, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Übermittlung oder Nutzung hat.²⁴⁴

Indes enthalten die Vertriebsdaten, also die nicht anonymisierten Einzelhändler-Stammdaten und Einzelhändler-Objektfolge-Daten wesentlich mehr Datensätze als tatbestandlich von § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BDSG erfasst.²⁴⁵

Insbesondere die für die Verlage interessanten nicht anonymisierten Einzelhändler-Objektfolge-Daten, also Bewegungsdaten wie Verkauf, Remission und Bezug für jeden Einzelhändler und jede Heftfolge eines Objektes, wären von diesem Katalog nicht mehr erfasst.

Daten über die Verkaufsfläche, Sortimentsbreite, durchschnittlicher Wochenumsatz, durchschnittliche Kundenfrequenz sowie den Umsatz beeinflussende Merkmale wie Nähe zu einer Schule oder zu einem Flughafen könnten ebenso wenig auf Grundlage von § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BDSG übermittelt werden.

Lediglich einzelne der in den Vertriebsdaten enthaltenen Datensätze lassen sich den in § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BDSG abschließend genannten Datenarten zuordnen und als listenmäßig zusammengefasst bezeichnen.

Damit könnten letztlich nur die Vertriebsdaten der folgenden Kategorien an die Verlage weitergegeben werden:

- (a) Name,
- (b) Anschrift,

²⁴⁴ *Simitis*, BDSG, § 28 Rn. 232 ff.

²⁴⁵ Vgl. hierzu auch Ziffer B. III. 6., die den Begriff der Vertriebsdaten definiert.

- (c) Gemeindezuordnung,
- (d) Informationen über die Geschäftsart (Kiosk, Tankstelle etc.), und
- (e) Kunden- und Telefonnummer.

Für diese Daten wäre daher grundsätzlich die Überprüfung eröffnet, ob ihre Weitergabe an die Verlage über § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BDSG gerechtfertigt ist oder nicht.²⁴⁶

Eine Reduzierung der Vertriebsdaten auf diesen Datenkatalog wäre für die Verlage aber wirtschaftlich uninteressant, da die vom Verlag verfolgten Zwecke der Umsatzsteigerung durch Veränderung oder Optimierung des Vertriebs nicht auf Grundlage dieser Daten erreicht werden könnten. Aus Verlagssicht sind gerade nicht-anonymisierte Daten über verkaufte und remittierte Exemplare von Bedeutung, um regional das Marktumfeld untersuchen und Vergleiche zu anderen Einzelhändlern anstellen zu können.

Damit kann auch dahinstehen, ob die weiteren Tatbestandsmerkmale des § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BDSG erfüllt sind, insbesondere also ob eine Übermittlung dieser „Restdaten“ zum Zwecke der Werbung, der Markt- oder Meinungsforschung erfolgte und ob ein schutzwürdiges Interesse der Einzelhändler auch einer Übermittlung nur dieser Daten entgegenstehen würde.

e. Feststellung der Rechtswidrigkeit der Weitergabe der Vertriebsdaten

Es bleibt damit festzustellen, dass die Weitergabe der Vertriebsdaten der Presse-Grossisten an die Verlage ohne Einwilligung der betroffenen Einzelhändler gemäß § 4 Abs. 1 BDSG unzulässig ist,²⁴⁷ da insbesondere auch kein Erlaubnistatbestand im BDSG einschlägig ist, der eine Weitergabe gestatten würde.

3. Mögliche Folgen eines Verstoßes gegen das BDSG

Erfolgte dennoch eine an sich unzulässige Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Presse-Grossisten an die Verlage, hätte dies

²⁴⁶ Vgl. hierzu allgemein *Gola/Schomerus*, BDSG, § 28 Rn. 54 ff.

²⁴⁷ Vgl. zur Problematik der Geeignetheit der Einwilligung Ziffer C. 2. d. aa.

neben (a.) aufsichtsbehördlichen Maßnahmen auch (b.) ordnungs- wie strafrechtliche Konsequenzen.

Die möglichen Auswirkungen der datenschutzrechtlichen Unzulässigkeit der Weitergabe der Vertriebsdaten für einen möglicherweise bestehenden Herausgabeanspruch der Verlage werden an anderer Stelle in Ziffer C. III. 3. erläutert.

a. Aufsichtsbehördliche Maßnahmen

Bei einer unzulässigen Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Presse-Grossisten an die Verlage wäre es Aufgabe der nach Maßgabe des § 38 Abs. 6 BDSG auf Grundlage der landesgesetzlichen Vorschriften eingerichteten Aufsichtsbehörden des nicht-öffentlichen Bereichs, dies zu unterbinden.

Gemäß § 38 BDSG kämen hierzu verschiedene Möglichkeiten in Betracht.²⁴⁸ Die einleitenden Überprüfungen könnten in Form einer Anfrage aber auch mittels Durchsuchungen durchgeführt werden (§ 38 Abs. 3 und 4 BDSG).²⁴⁹ Sollten festgestellte Verstöße gegen das Datenschutzrecht nicht eingestellt werden, so könnten die Aufsichtsbehörden die Datenweitergabe nach Maßgabe des § 38 Abs. 5 BDSG letztlich untersagen.²⁵⁰

Zudem wären die Aufsichtsbehörde befugt, die betroffenen Einzelhändler über die unzulässige Weitergabe ihrer Daten zu unterrichten,²⁵¹ den Verstoß bei den für die Verfolgung oder Ahndung zuständigen Stellen anzuzeigen²⁵² sowie bei schwerwiegenden Verstößen die Gewerbeaufsichtsbehörde zum Zweck der Durchführung gewerberechtlicher Maßnahmen zu unterrichten.²⁵³

²⁴⁸ Vgl. zu Anordnung und Untersagung als „letztes Mittel“ Petri in Simitis, BDSG, § 38 Rn. 64 ff.

²⁴⁹ Gola/Schomerus, BDSG, § 38 Rn. 19 ff.

²⁵⁰ Petri in Simitis, BDSG, § 38 Rn. 67.

²⁵¹ Petri in Simitis, BDSG, § 38 Rn. 37.

²⁵² Petri in Simitis, BDSG, § 38 Rn. 38.

²⁵³ Petri in Simitis, BDSG, § 38 Rn. 38, 69.

b. Ordnungs- und strafrechtliche Konsequenzen einer unzulässigen Datenweitergabe

Die an der unzulässigen Weitergabe der Vertriebsdaten beteiligten Mitarbeiter der Presse-Grossisten wie der Verlage sowie deren Geschäftsleitung hätten ordnungs- wie strafrechtliche Konsequenzen zu befürchten. Zudem könnten auch Presse-Grossisten und Verlage mit einer Geldbuße belegt werden.

Nach § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig unbefugt personenbezogene Daten, die nicht allgemein zugänglich sind, erhebt oder verarbeitet.

Bei den im Rahmen dieses Kapitels zu untersuchenden Vertriebsdaten handelt es sich gerade um Daten, die dem BDSG unterfallen, da sie personenbezogen und nicht allgemein zugänglich sind. Auch werden die Vertriebsdaten durch die Weitergabe an die Verlage übermittelt und damit verarbeitet im Sinne des § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG (am wahrscheinlichsten durch eine technische Anbindung der Verlage an die Datenbanken der Presse-Grossisten zum automatisierten Datenabruf und damit in der Variante des § 3 Abs. 4 Nr. 3 b Var. 2 BDSG). Rufen die Verlage diese Daten ab, handelt es sich dabei um eine Erhebung im Sinne des § 3 Abs. 3 BDSG, also ein Beschaffen von Daten über den Betroffenen.²⁵⁴

Auch wäre diese Erhebung bzw. Verarbeitung in Form der Weitergabe unbefugt im Sinne des § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG. Wenngleich das Merkmal der „Befugnis“ gleichsam als Tatbestandsvoraussetzung aufgezählt ist, verweist dieses letztlich nur auf den allgemeinen Grundsatz, dass die Tatbegehung rechtswidrig, also ohne Rechtfertigungsgrund begangen worden sein muss.²⁵⁵

Eine solche Rechtfertigung könnte sich aus dem BDSG wie auch aus anderen Rechtsvorschriften ergeben. Doch enthält vorliegend das BDSG gerade keine Befugnis zur Weitergabe der Vertriebsdaten an die Verlage, da wie dargestellt weder eine

²⁵⁴ Vgl. hierzu allgemein *Simitis*, BDSG, § 3 Rn. 102.

²⁵⁵ *Simitis*, BDSG, § 43 Rn. 79 ff.

Einwilligung der betroffenen Einzelhändler vorliegt, noch eine andere Erlaubnisnorm (wie beispielsweise der § 28 BDSG) einschlägig ist.

Zudem würden die Mitarbeiter²⁵⁶ der Presse-Grossisten den Tatbestand des § 43 Abs. 2 Nr. 2 BDSG verwirklichen, da sie unbefugt personenbezogene Daten, die nicht allgemein zugänglich sind, zum Abruf mittels automatisierter Verfahren bereithalten würden.

Es ist anzunehmen, dass die Vertriebsdaten gerade nur mittels eines automatisierten Verfahrens von den Presse-Grossisten an die Verlage weitergegeben werden würden. Wie ein Blick in die Ehastra Statistik zeigt, sind die beim täglichen Vertrieb von Presseprodukten anfallenden Datenmengen immens. Eine zeitnahe Weitergabe aller verlagsbezogenen Vertriebsdaten auf Datenspeichern oder in ausgedruckter Form erscheint wenig praktikabel.

Auch wäre durch die Weitergabe der Vertriebsdaten der Tatbestand des § 43 Abs. 2 Nr. 3 BDSG erfüllt, da die Mitarbeiter der Presse-Grossisten unbefugt personenbezogene Daten, die nicht allgemein zugänglich sind, den Verlagen mittels automatisierter Verarbeitungen verschaffen würden.²⁵⁷

Ebenso würden die Mitarbeiter der Verlage beim Abruf ebendieser Daten den Tatbestand des § 43 Abs. 2 Nr. 3 BDSG erfüllen, da diese unbefugt die personenbezogenen Daten der Einzelhändler, die nicht allgemein zugänglich sind, abrufen würden.

Die an der Weiterleitung der Vertriebsdaten an die Verlage beteiligten Mitarbeiter der Presse-Grossisten wie der Verlage wären damit (bei Vorausliegen auch der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen) der Begehung einer oder mehrerer der oben genannten Ordnungswidrigkeiten schuldig zu sprechen. Hierfür stünde gemäß § 43 Abs. 3 2. Hs. BDSG ein Bußgeldrahmen von bis zu 250.000 Euro zur Verfügung. Ein solches Bußgeld könnte bei Fortbestand der Verletzung zudem auch mehrfach verhängt werden. Es ist also nicht ausgeschlossen, dass die jeweiligen Höchstbeträge

²⁵⁶ Zur Frage der Tauglichkeit als Täter vgl. *Ehmann* in *Simitis*, BDSG, § 43 Rn. 23 ff.

²⁵⁷ Zur weiten Auslegung des Tatbestandsmerkmals „verschaffen“ vgl. *Dammann* in *Simitis*, BDSG, § 43 Rn. 60 ff.

nicht nur einmalig für den Gesamtsachverhalt, sondern für jede einzelne Handlung (d.h. für die Übermittlung jedes Datensatzes) gesondert angewendet werden würden.²⁵⁸

Zudem könnten sich die Mitarbeiter gemäß § 43 Abs. 1 BDSG strafbar machen, sollten sie vorsätzlich den Tatbestand oben bezeichneter Ordnungswidrigkeiten in der Absicht verwirklichen, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen. Dieses nach § 43 Abs. 2 S. 1 BDSG nur auf Antrag der in § 43 Abs. 2 S. 2 BDSG benannten Stellen verfolgte Delikt eröffnet einen Strafraum von bis zu zwei Jahren.

Sämtliche genannten ordnungs- und strafrechtlichen Konsequenzen hätten zudem nicht nur die direkt handelnden, also den BDSG Verstoß „ausführenden“ Mitarbeiter von Presse-Grossisten und Verlagen selbst zu befürchten, sondern ausweislich des § 9 OWiG bzw. des entsprechenden § 14 StGB auch deren jeweils vertretungsberechtigten Organe, also die Geschäftsleitung selbst.²⁵⁹

Auch wäre es möglich, die Unternehmen direkt mit einer Geldbuße zu belegen. Gemäß § 30 Abs. 2 S. 2 OWiG i.V.m. § 43 Abs. 3, 2. Halbs. BDSG könnte grundsätzlich auch gegen Presse-Grossisten wie Verlage eine Geldbuße von bis zu EUR 250.000 für den Fall des Vorliegens eines Bußgeldtatbestands nach § 43 Abs. 2 BDSG verhängt werden, wenn die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des § 30 OWiG erfüllt wären.²⁶⁰

Dazu wäre ausweislich des § 30 OWiG erforderlich, dass jemand

- (a) als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,
- (b) als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft,
- (c) als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft oder

²⁵⁸ Vgl. zur derzeitigen Ahndungspraxis der Aufsichtsbehörden *Simitis*, BDSG, § 43 Rn. 86 ff.

²⁵⁹ Vgl. hierzu allg. auch *Simitis*, BDSG, § 43 Rn. 85.

²⁶⁰ Vgl. zu § 30 OWiG *Lackner/Kühl*, StGB, § 14 Rn. 1a.

- (d) als sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört,

eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begeht, durch die Pflichten verletzt worden sind, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen.²⁶¹ Bejahte man nun eine Organisationspflicht der Unternehmen hinsichtlich der Gewährleistung eines datenschutzrechtlich zulässigen Umgangs mit den Vertriebsdaten wäre diese bei der Anweisung der Mitarbeiter der Presse-Grossisten durch die Geschäftsleitung zur (unzulässigen) Weitergabe der Vertriebsdaten an die Verlage und deren dann folgende (unzulässige) Auswertung durch Mitarbeiter der Verlage verletzt. Somit bestünde letztlich auch eine Handhabe gegen die Presse-Grossisten wie die Verlage selbst.

II. „Eigentum“ der Verlage an den Vertriebsdaten

Im Folgenden wird untersucht, ob (1.) Eigentum an Daten strukturell möglich ist und (2.) die Anwendung eigentumsrechtlicher Konstrukte überhaupt geeignet ist, datenschutzrechtliche Fragen angemessen zu lösen.

Unter (3.) wird in einer Zusammenführung der Ergebnisse festgestellt, dass das „Eigentum am Datum“ kein taugliches Datenschutzmodell ist und die Verlage nicht Eigentümer der Vertriebsdaten geworden sind.

Die Verlage können damit nicht auf dieser Grundlage die Herausgabe der Vertriebsdaten von den Presse-Grossisten verlangen.

²⁶¹ Vgl. hierzu auch *Dammann* in *Simitis*, BDSG, § 43 Rn. 85.

1. Eigentum an Daten – strukturell unmöglich?

Gegenüber den Presse-Grossisten wird von den Verlagen angeführt, es handele sich bei den Vertriebsdaten um Daten, an denen der jeweilige Verlag „Eigentum“ erworben habe, soweit verlagseigene Titel betroffen seien.²⁶²

Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit dieses Argument zutreffend sein kann, insbesondere ob Daten als solche überhaupt eigentumsfähig sind. Dazu bedarf es (a.) zuerst einer Klärung des Begriffes der Daten und (b.) einer Darstellung der Konzeption des Eigentums. In Ziffer (c.) folgt eine Zusammenfassung der Ergebnisse.

a. Was sind Daten?

aa. Definitionsansätze in der Informatik

Wie dargestellt wurde das Datenschutzrecht allgemein – und insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das daraufhin modifizierte BDSG – als Gegengewicht zu den Möglichkeiten geschaffen, die eine „moderne Datenverarbeitung“²⁶³ bietet. Daher ist es nahe liegend, zur Definition des Begriffs der Daten auf entsprechende Ansätze in der Informatik zurückzugreifen.

Eine einheitliche Definition existiert dabei nicht. In der einschlägigen Literatur wird zumeist zwischen Daten und Information differenziert. Anhand der Darstellung der Definitionen in verschiedenen Lexika soll versucht werden, den Begriff näher zu fassen.

Im Lexikon Informatik und Informationstechnik werden Daten definiert als „Repräsentationen, Darstellungen von Informationen jedweder Art. Daten werden zum Zwecke der Datenverarbeitung und Datenübertragung in Datenverarbeitungsanlagen eingelesen, eingegeben, transformiert, selektiert, verglichen, geprüft, aggregiert, verknüpft, geordnet, übertragen, abgelesen und ausgegeben. (...)“²⁶⁴

²⁶² Quelle: Auskunft der Presse-Grossisten im Rahmen dieser Untersuchung.

²⁶³ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, NJW 1984, 419.

²⁶⁴ Lexikon Informatik und Informationstechnik, S. 124.

Information dagegen sei „die Kenntnis über bestimmte Sachverhalte und Vorgänge in einem Teil der wahrgenommenen Realität. Umgangssprachlich könnte man also sagen, jemanden von etwas im allgemein Neuen in Kenntnis setzen. Informationen werden durch Daten dargestellt bzw. repräsentiert. Außerhalb der Datenverarbeitungsanlagen sollte man von Information und Informationsverarbeitung sprechen, innerhalb von Datenverarbeitungsanlagen sollte man von Daten reden. Der Begriff Information wird heutzutage zu abstrakt und allgemein verwendet, so dass die Definitionen des Begründers der Informationstheorie, Claude E. Shannon, für die Informatik zu speziell sind. Shannon definierte den Begriff Information nicht selbst, sondern quantifizierte den (mittleren) Informationsgehalt.“²⁶⁵

Der Brockhaus Computer und Informationstechnologie dagegen definiert Information als „für die Übermittlung und Aneignung in Form gebrachtes Wissen, wie Mitteilungen, Nachrichten, Messwerte, Daten, im Allgemeinen zur Beseitigung einer Ungewissheit. In der Informatik werden insbesondere Informationen betrachtet, die Gegenstand von Speicherung, Verarbeitung und Übertragung sind, meist dargestellt als eine Folge von Zeichen aus einem Zeichenvorrat (z. B. einem Alphabet). Die Bewertung von Information ist nach verschiedenen Gesichtspunkten möglich: Man unterscheidet zwischen syntaktischen, semantischen und pragmatischen Aspekten. Bei der Syntax geht es um strukturelle Eigenschaften der Information, das heißt um die Anordnung der Elemente, die eine Information darstellen, und deren Auswertbarkeit; Der semantische Aspekt einer Information bezieht sich auf deren Bedeutungsgehalt, der pragmatische Aspekt beschreibt den Wert der Information, den diese bei ihrem Eintreffen für den Empfänger besitzt. (...)“²⁶⁶

Daten werden unter Rückgriff auf die DIN 44300 definiert; in dieser heißt es, Daten seien „Gebilde aus Zeichen oder kontinuierlichen Funktionen, die aufgrund bekannter oder unterstellter Abmachungen Information darstellen, vorrangig zum Zweck der Verarbeitung oder als deren Ergebnis.“²⁶⁷

²⁶⁵ Lexikon Informatik und Informationstechnik, S. 300.

²⁶⁶ Computer und Informationstechnologie, S. 451 f.

²⁶⁷ Computer und Informationstechnologie, S. 212; die Definition des Begriffs „Daten“ mit Hilfe der DIN 44300 nimmt auch vor das Lexikon Informatik und Datenverarbeitung, S. 181 ff.; siehe im Original DIN 44300, Teil 2, November 1988, S. 3.

Die DIN 44300 indes wurde vom Deutschen Institut für Normung e.V. im August 2001 zurückgezogen.²⁶⁸ Dennoch lohnt ein Blick insbesondere in die einführenden Bemerkungen zu Teil 1 der DIN 44300.

Als wesentlicher Grundbegriff wird in dieser Einführung zuerst der Begriff „Information“ definiert. Dies sei „für Übermittlung und Aneignung in Form gebrachtes Wissen (objektartig), aber auch Ablauf oder Ergebnis der Übermittlung und Aneignung derartigen Wissens (vorgangsartig), sofern dieses Wissen

- der Wissensvermehrung dienen soll,
- sich auf ausgewählte Aspekte eines Gegenstandes bezieht, die zu einem bestimmten Zeitpunkt für bedeutsam genug gehalten werden, um Wissen über sie mitzuteilen oder entgegenzunehmen,
- in Sprache gefasst ist und
- an einen physikalischen Träger gebunden ist.“²⁶⁹

In der folgenden Anmerkung heißt es weiter: „Es wird unterstellt, dass Wissen allgemein an Bewusstsein gebunden ist, nur bei Bewusstseinträgern entstehen und nur von solchen mitgeteilt oder entgegengenommen werden kann. Bewusstseinträger sind beispielsweise Individuen oder Kollektive von Individuen. An deren Stelle können geeignet ausgestattete Systeme treten. Als Sprache wird jedes durch Konvention geregelte Verständigungsmittel zwischen Bewusstseinträgern verstanden, beispielsweise Bildsprache, Tonsprache, Gestik oder Mimik.“²⁷⁰

Und weiter: „Die normative Festlegung von Information ist ein nicht verzichtbares Fundament für die gesamte Norm. Wenn man aber Information als eine dritte Grundgröße neben Materie und Energie verstehen, begreifen oder sehen will, dann ist sie terminologisch ebenso wenig definierbar wie Materie oder Kraft. Die Absicht, Information begrifflich festzulegen (Anm.: das ist die Aufgabe, vor die sich der bearbeitende Ausschuss gestellt sah) und die vorstehend erwähnte Betrachtungsweise schließen sich allem Anschein nach gegenseitig aus.“²⁷¹

²⁶⁸ Siehe dazu Register des Deutschen Instituts für Normung e.V. zu DIN 44300.

²⁶⁹ Siehe dazu DIN 44300, Teil 1, März 1995, S. 5.

²⁷⁰ Siehe dazu DIN 44300, Teil 1, März 1995, S. 5.

²⁷¹ Siehe dazu DIN 44300, Teil 1, März 1995, S. 19 f; vgl. hierzu vertiefend *Capurro*, *Information und Mackeprang*, Zum Informationsbegriff der Allgemeinen Technologie.

Es scheint jedoch fraglich, ob die These stimmen kann, dass Wissen allgemein an Bewusstsein gebunden ist, es also kein Wissen ohne Bewusstsein geben kann. Oder ob nicht vielmehr Bewusstsein eine Möglichkeit ist, Wissen zu verarbeiten (und hierüber zu reflektieren).²⁷²

Eine neuere Vorschrift des Deutschen Institut für Normung e.V. beschrieb Information dann als „Kenntnis über Objekte (wie z.B. Sachverhalte, Ereignisse, Gegenstände, Vorgänge oder Vorstellungen einschließlich Begriffen), die im gegebenen Zusammenhang eine bestimmte Bedeutung hat“²⁷³ und griff die noch in der Einleitung zu DIN 44300 geäußerten Gedanken damit nicht mehr auf. Zugleich wies was man in der Einleitung des entsprechenden Normtextes darauf hin, dass die definierten Begriffe – auf Grund eines weiteren, weil internationalen Anwendungsbereiches – generell unschärfer gefasst seien, um in einem größeren Kontext Anwendung zu finden. Eine Herangehensweise, die im ersten Blick bei einem derartigen Normungstext überraschen mag; letztlich aber nur zeigt, in welcher Breite gleiche Begriffe für unterschiedliche Sachverhalte verwendet werden, ohne zuvor eine gemeinsame Sprache hierfür vereinbart zu haben.

Der Begriff der Daten wird in diesem Normungstext definiert als „zur Kommunikation, Interpretation oder Verarbeitung geeignete, formalisierte Darstellung von Information, wobei aus der Darstellung die Information wieder hergeleitet werden kann“²⁷⁴.

Eine Formulierung, die das Deutsche Institut für Normung e.V. in seinem jüngsten Entwurf zur Definition des Begriffs Daten nicht aufgegriffen hat.

Daten sollen nunmehr lediglich definiert werden als „Entitäten zur formalisierten Darstellung von Information, die zur Kommunikation, Interpretation oder Verarbeitung geeignet sind.“²⁷⁵

Information soll hingegen laut dem neuesten Entwurf als „Kenntnis oder Wissen über Objekte wie Sachverhalte, Ereignisse, reale oder abstrakte Gegenstände einschließlich

²⁷² Vgl. hierzu Ziffer C. II. 1. a. cc.

²⁷³ Siehe dazu DIN ISO/IEC 2382-1, Oktober 1997, S. 11.

²⁷⁴ Siehe dazu DIN ISO/IEC 2382-1, Oktober 1997, S. 11.

²⁷⁵ Siehe dazu Entwurf zu DIN 40146, Juli 2007, S. 4.

Begriffe, darstellbar in einer für Kommunikation, Speicherung oder Verarbeitung geeigneten Form“²⁷⁶ verstanden werden.

Das Deutsche Institut für Normung e.V. versucht mittlerweile also nicht mehr wie noch in der ersten DIN Norm aus dem Jahr 1995, die Begriffe Information und Daten von ihrem Wesen her zu fassen und eine allgemein für alle Bereiche gültige Definition zu finden, sondern definiert die Begriffe kontext- und verwendungsbezogen. Dies mag in Anbetracht des Nutzens der DIN Normen in speziell den Bereichen Elektrotechnik, Informationstechnik und Informatik nachvollziehbar sein; es ist ein schlicht pragmatischer Ansatz, eine für einen gewissen Teilbereich hinreichend genaue Definition zu wählen. Letztlich zufrieden stellend ist es indes nicht, wenn derart wichtige Begriffe sprachlich nicht präzise erfasst werden. Denn nur wenn die Begrifflichkeit einer Thematik zutreffend geklärt ist, können die in einem solchen Themenkreis auftretenden Fragen exakt beantwortet werden.

Damit wird ersichtlich, dass die Informatik keine einheitliche Definition der Begriffe Daten und Information bereit hält; vielmehr wird versucht, der vorhandenen Definitionsvielfalt dadurch zu begegnen, dass man sich zumindest innerhalb der eigenen Disziplin auf einen Begriff einigt, der die meisten in diesem Zusammenhang anfallenden Fragestellungen beantwortet.

bb. Definitionsansätze in der Rechtswissenschaft

Eine klare, das Wesen des Begriffs erfassende Definition von „Daten“ fehlt auch in der Rechtswissenschaft.²⁷⁷ Dies ist insbesondere erstaunlich in Anbetracht dessen, dass zu dieser Thematik zahlreiche Vorschriften existieren.

Das BDSG definiert in § 3 Abs. 1 BDSG lediglich, dass „personenbezogene Daten“ als „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbar natürlichen Person (...)“ zu verstehen seien. Die Kenntnis dessen, was „Daten“ sind, wird dagegen offensichtlich vorausgesetzt.

²⁷⁶ Siehe dazu Entwurf zu DIN 40146, Juli 2007, S. 4.

²⁷⁷ Für viele *Simitis*, BDSG, § 1 Rn. 58, der auf eine Definition verzichtet und stattdessen in seinen Ausführungen auf den Verwendungszusammenhang von Daten abstellt.

Auch § 202a StGB, der das Ausspähen von Daten unter Strafe stellt, definiert nicht den Begriff der „Daten“ sondern beschränkt sich darauf, in Abs. 2 den (in Abs. 1 eingeführten) Begriff der „Daten“ auf jene zu beschränken, „(...) die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden.“

Ebenso wenig ist der in § 3 Abs. 1 BDSG (aber auch in § 203 Abs. 2 S. 2 StGB und in § 16 Abs. 1 BStatG) verwendete Begriff der Einzelangaben vom Gesetzgeber definiert worden.

Es war in der Folge also Aufgabe der Rechtsanwender, den Begriff der „Daten“ mit Inhalt zu füllen. Dabei wird deutlich, welche Schwierigkeiten es auch hier bereitet, den Begriff klar und verständlich zu umschreiben.

So werden Daten teilweise definiert als „Angaben über Lebenssachverhalte, die in einer Form codiert sein müssen, sollen sie Realität gewinnen. Sie sind in der Form von Zahlen, Text/Sprache oder Bildern gefasst, und damit regelmäßig auf einem Datenträger verkörpert. Gerade ihre Verkörperung erzeugt den Schein der Dinglichkeit, an den rechtliche Regelungen anknüpfen können. Erzeugt wird damit aber zugleich das Missverständnis, Daten seien schon Informationen, objektive Abbilder von Sachverhalten, die verarbeitet, transportiert und transferiert werden können.“²⁷⁸

Informationen würden Daten erst „durch die Einbindung in einen Kontext von Relevanzen (...)“. Informationen seien „(...) interpretierte Daten oder (...) [Anm.: anders ausgedrückt] Sinnelemente“.²⁷⁹

Eine andere Definition versucht, sich dem Begriff der „personenbezogenen Daten“ über das von § 3 BDSG verwendete Tatbestandsmerkmal der Einzelangaben zu nähern, mit dem – ausgehend von dem Wort „Angabe“ – „jede Information“ umfasst sei.²⁸⁰ Sie könne „Gegenstand einer Mitteilung sein“ und diene dann „der Vermittlung

²⁷⁸ Trute in Roßnagel, Hdb. Datenschutzrecht, 2. Grundlagen des Datenschutzes Rn. 17.

²⁷⁹ Trute in Roßnagel, Hdb. Datenschutzrecht, 2. Grundlagen des Datenschutzes Rn. 18.

²⁸⁰ Dammann in Simitis, BDSG, § 3 Rn. 4 f.

von Kenntnis an den Empfänger (...)"'. Notwendig sei ein „finales, auf Vermittlung oder Aufbewahrung gerichtetes Element“.²⁸¹

Auch das BVerfG äußerte sich in seiner Grundlagenentscheidung zum Datenschutzrecht im Jahr 1983 nicht zu der Frage, was Daten denn eigentlich seien. In seinem Urteil sprach es dem Einzelnen ein Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“ zu und verstand darunter den „Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten“.²⁸²

Eine detaillierte Darstellung der geschilderten Problematik um eine klare Begriffsfindung liefert insbesondere *Albers*: „Die Ausarbeitung eines informationsbezogenen Grundrechtsschutzes setzt eine Klärung des Informationsbegriffs voraus. Dabei darf man sich keine schnell und knapp formulierte Definition erhoffen. (...) Der Begriff ist häufig mit einem verdinglichenden Verständnis, mit der Idee eines „Abbilds (der Realität“ oder mit zu schlicht gestalteten Objektivitäts- und Wahrheitskonnotationen belastet. (...) Informationen und Daten werden für Synonyme gehalten oder jedenfalls nur undeutlich unterschieden.“²⁸³

Daten sollten dagegen besser als „im allgemeinsten Sinne Zeichen oder Zeichengebilde“ verstanden werden, „die auf einem Datenträger (...) festgehalten und in dieser vergegenständlichten Form unabhängig von der Sozialdimension angesprochen sind, in der sie dadurch Informationscharakter gewinnen, dass sie aufgenommen, interpretiert und als Wissen genutzt werden“.²⁸⁴ Information hingegen sei „Differenz zweier verknüpfter Differenzen“, also „Sinngehalt, der als Rekonstruktion einer anderen (Sinn-)Selektion aufgebaut werde“.²⁸⁵ Informationen würden sich „mit einer verstehenden Deutungs- und Rekonstruktionsleistung bilden und dabei – als Verstehen von etwas anderem – auf etwas Beobachtetes, auf Mitteilungsinhalte oder auf Daten rückführbar“²⁸⁶ sein.

²⁸¹ Ebenda.

²⁸² BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, NJW 1984, 419.

²⁸³ *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 87 f.

²⁸⁴ *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 89.

²⁸⁵ *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 91.

²⁸⁶ *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 145.

cc. Zusammenfassung der Definitionsansätze

Angeichts der unterschiedlichen Definitionen soll vorliegend versucht werden, die verschiedenen dargestellten Ansätze zusammenzufassen und eine vereinheitlichte Darstellung der Begriffe zu finden, die der weiteren Befassung mit der Frage des „Eigentums“ an den Vertriebsdaten zu Grunde gelegt werden soll.²⁸⁷

Dem breiteren Begriffsverständnis in der Informatik und den ausführlichen Darstellung in der Rechtswissenschaft gemein ist die Differenzierung in Daten einerseits und Information andererseits.²⁸⁸

Eine klare Differenzierung zwischen diesen Begriffen erreicht man, wenn man – den zuletzt dargestellten Definitionsansatz²⁸⁹ fortschreibend – in Bezug auf den Menschen Daten als konkretisierte und dabei aufbereitete²⁹⁰ Information und Information als Konglomerat aus Wissen und Wertung versteht.²⁹¹

Unter Wissen soll hierbei all das verstanden werden, was einer objektivierbaren, einer naturwissenschaftlichen Nachprüfung zugänglich ist. Als Wertung soll all das definiert werden, was durch Deutung hinzugefügt werden kann.

Information ist demnach körperlos, einem Gedanken ähnlich, und an das Vorhandensein von Bewusstsein gebunden. Eine Information kann die gesamte zwischen Wissen und Wertung liegende Spannbreite beinhalten, von einer rein naturwissenschaftlichen Beschreibung reichend bis hin zu einer Darstellung, die

²⁸⁷ Vgl. allg. zur Bedeutung von Definitionen für die Rechtswissenschaft *Venzlaff*, Über die Schlüsselstellung des Rechtsgefühls bei der Gesetzesanwendung.

²⁸⁸ Vgl. zur Begriffsbestimmung von Information auch *Kloepfer*, Informationsrecht, § 1 Rn. 52 ff; derselbe, DÖV 2003, 221.

²⁸⁹ Gemeint ist der Definitionsansatz von *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 87 ff.

²⁹⁰ In diesem Kontext soll „aufbereitet“ im Sinn von „kondensiert“ verstanden werden. Es bezeichnet gleichsam den Übergang von einem Aggregatzustand in den anderen (vom gedanklich Formulierten hin zum Gegenständlichen).

²⁹¹ So im Ansatz auch *Rossi*, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, S. 1 f., der Informationen als im Kopf entstehendes Resultat der Verarbeitung von Sinneswahrnehmungen versteht.

außerhalb menschlichen Bewusstseins keine Entsprechung findet.²⁹²

Da sich Information aus Wissen und Wertung zusammensetzt, die jedoch subjektiv bis zur Unkenntlichkeit ineinander fließen können, droht bereits dem Versuch einer Definition dessen, was denn Information eigentlich sei, jene Unschärfe, die sich ergibt, wenn Wissen und Wertung nicht mehr getrennt werden können.

Jede Befassung mit Information selbst findet ausschließlich auf einer Datenebene statt. Daten sind quasi die Arbeitsebene, auf der das, was wir Information nennen, vorliegt und auf die eine Information zunächst transformiert werden muss, um gespeichert, weiterverarbeitet oder transportiert werden zu können.²⁹³

Jede Schrift, jedes Zeichen, jedes Zahlensystem, auch jedes sich ausgedachte System ist der Art nach eine Datenspeicherung, in der die zu hinterlegenden Informationen konkret werden.

Information ist demnach das Produkt menschlicher Befassung mit Daten, deren Veränderung auf der Basis menschlichen Wissens und Wertens. Daten kann man speichern, verarbeiten, versenden, erfassen, nutzen etc. Bei Informationen ist dagegen all dies nicht möglich, ohne sie zuvor in Daten umgewandelt zu haben.

Eigentlicher Schutzgegenstand des „Datenschutzrechtes“ sind also weniger die personenbezogenen Daten als vielmehr die personenbezogenen Informationen, die in Daten dann wieder beinhaltet oder über sie weitergegeben werden können.

Richtigerweise setzte der Gesetzgeber bei dem am 1.1.2006 in Kraft getretenen Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes auch nicht mehr an dem Begriff der Daten selbst sondern direkt an den Informationen an. Indes definiert auch dieses Gesetz in § 2 Nr. 1 IFG den Begriff der „amtlichen Information“ als jede amtlichen Zwecken dienende Aufzeichnung und vermischt damit letztlich wieder die Ebenen der Daten und der Informationen.²⁹⁴

²⁹² Vgl. allg. zur historischen Entwicklung des Informationsbegriffs *Capurro*, Information, S. 16 ff.

²⁹³ Vgl. hierzu auch *Kloepfer*, Informationsrecht, § 1 Rn. 58 f.

²⁹⁴ Vgl. allg. hierzu *Rossi*, Informationsfreiheitsgesetz, § 2 Rn. 4 ff.

b. Konzeption des „Eigentums“

Nach der Erläuterung des Begriffs der Daten gilt es nun darzulegen, was unter dem Begriff des Eigentums zu verstehen ist, also welche Rechtspositionen als Eigentum bezeichnet und von der Rechtsordnung geschützt werden. Dabei beschränkt sich die vorliegende Arbeit auf eine grobe Skizzierung des Begriffs des Eigentums im Rahmen des Art. 14 GG, um im Anschluss Rechtsbereiche darzustellen, die im Ansatz geeignet erscheinen, ein Recht am eigenen Datum zu begründen.

Was unter dem Begriff des „Eigentums“ im verfassungsrechtlichen Sinn zu verstehen ist mag ein ebenso unerschöpfliches Thema²⁹⁵ darstellen wie die Frage nach den Begriffen Daten und Information und soll daher im Folgenden nur auf die wesentlichen und für die vorliegende Arbeit maßgeblichen Aussagen beschränkt werden.

Zentrale Ausgangsnorm für die Beschäftigung mit dem Begriff des Eigentums stellt Art. 14 GG dar. Das Eigentum des Einzelnen soll danach als materielle Basis für die freie Entfaltung und die eigenverantwortliche Lebensgestaltung geschützt werden.²⁹⁶ Aus diesen Vorgaben ist im Laufe der Zeit ein immer komplizierteres, nicht abgeschlossenes System von Begrifflichkeiten und Regelungen entstanden, die Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmen.²⁹⁷

Die herrschende Meinung vertritt hinsichtlich des Umfangs der durch Art. 14 GG gewährten Rechtsposition die Auffassung, dass neben dem Institut des Eigentums als solchem auch dessen Bestand garantiert wird (so genannte Instituts- und Bestandsgarantie).²⁹⁸

Wie weit diese Institutsgarantie reicht ist Art. 14 GG unmittelbar selbst nicht zu entnehmen, sondern wird gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG konstitutiv durch den

²⁹⁵ Seiler in Staudinger, Vorbem. zu §§ 903 ff. Rn. 51.

²⁹⁶ BVerfG, Urt. v. 1.3.1979, NJW 1979, 699; Urt. v. 31.10.1984, NJW 1985, 1385.

²⁹⁷ Vgl. hierzu allg. Seiler in Staudinger, Vorbem. zu §§ 903 ff. Rn. 21 ff.; Jarass in Jarass/Pieroth, GG, Art. 14 Rn. 1 ff.

²⁹⁸ Seiler in Staudinger, Vorbem. zu §§ 903 ff. Rn. 22.

einfachen Gesetzgeber bestimmt.²⁹⁹ Von der Institutsgarantie umfasstes Eigentum ist damit im Wesentlichen alles, was als solches durch einfaches Recht definiert wird. Gegenstand und Umfang des durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleisteten Eigentums ergeben sich damit erst aus der Gesamtschau dieser Gesetze.³⁰⁰

Die Formulierung des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG „Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet“ müsste insoweit also an sich lauten: „Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet *werden*.“

Die Bestandsgarantie des Eigentums bezweckt den Schutz der konkreten Rechtsstellung des einzelnen Eigentümers. Die Garantie verschafft dem „Eigentümer“ ein subjektives Recht gegen Beeinträchtigungen des Eigentums (und damit insbesondere einen Schutz gegen entschädigungslose Enteignung). Neben dem Sacheigentum im Sinne des BGB erfasst dieser auch jede andere konkrete subjektive und vermögenswerte Rechtsposition (gleichgültig ob aus dem Zivilrecht oder dem öffentlichen Recht), wobei die Gerichte im Einzelfall entscheiden (bzw. entschieden haben), welche Rechtspositionen begrifflich unter die Bestandsgarantie zu fassen sind.³⁰¹

Maßgeblich für den Eigentumsbegriff sind insbesondere die vom einfachen Gesetzgeber geschaffenen §§ 903 ff. BGB über den Inhalt des Eigentums. Für die vorliegende Fragestellung relevant ist ausschließlich das Sacheigentum (da ein „Grundeigentum am Datum“ von vornherein *per se* ausscheidet), das im Folgenden näher betrachtet und dessen Eigentumsbegriff dargestellt werden soll.

Nach § 903 S. 1 BGB kann „der Eigentümer einer Sache (...), soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.“

²⁹⁹ *Schwerdtfeger*, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung Rn. 539; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 894.

³⁰⁰ *BVerfG*, Urt. v. 15.7.1982, NJW 1982, 745.

³⁰¹ Vgl. hierzu *Seiler* in *Staudinger*, Vorbem. zu §§ 903 ff. Rn. 23, 25; auf die Prüfung, des BDSG als „Dateneigentum“-begründende öffentlich-rechtliche Rechtsposition wurde verzichtet, da das BDSG dem Einzelnen keine eigentumsähnliche, konkret subjektive und vermögenswerte Rechtsposition verschafft (vgl. hierzu *Ziffer C. II. 2.* und *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rn. 11).

Sacheigentum nach dem Verständnis des BGB bezeichnet also die Inhaberschaft des Vollrechts an einer Sache; der Eigentümer bündelt in sich alle Befugnisse an einer Sache. Eigentum in diesem Sinne ist demnach „das umfassendste Herrschaftsrecht, das die Rechtsordnung an einer Sache zulässt“³⁰². Maßgebend ist ein enger Sachbegriff des § 90 BGB, insbesondere die Beschränkung auf körperliche Gegenstände.³⁰³

Der Formulierung des § 903 BGB sind zwei Rechtsbereiche des Eigentümers zu entnehmen: die Einwirkungsrechte („kann nach Belieben mit der Sache verfahren“) und die Ausschließungsrechte („kann andere von jeder Einwirkung ausschließen“).³⁰⁴ Für die in dieser Arbeit zu untersuchende Fragestellung nach einem „Eigentumsrecht am eigenen Datum“ sind insbesondere die Ausschließungsrechte des Sacheigentümers von Interesse, da diese dem „Dateneigentümer“ insbesondere das Recht verleihen würden, Dritten die Nutzung seiner Daten zu versagen beziehungsweise jede Verwendung von seiner Einwilligung abhängig zu machen. Denn diese Ausschließungsrechte richten sich grundsätzlich gegen jede beliebige Einwirkung Dritter auf die Sache, also beispielsweise gegen Besitzveränderung, Benutzung, Nutzung, Veränderung, Verbrauch, Beschädigung oder Vernichtung der Sache.³⁰⁵

Eine Einschränkung erfahren diese Ausschließungsrechte insbesondere durch Gesetz oder Rechte Dritter. Gesetzliche Regelungen, die für den zu untersuchenden Sachverhalt – Eigentumsrecht an Daten – eine mögliche Einschränkung zulassen würden, sind nicht ersichtlich. Rechte Dritter können das Sacheigentum beschränken, soweit es sich bei diesen um absolute Rechte außerhalb des Eigentums handelt, die zu Einwirkungen auf die Sache berechtigen (wie beispielsweise Pfandrechte, Dienstbarkeiten, Erbbaurecht) und dem Drittrechtinhaber in soweit eine Teilberechtigung an der Sache gewähren.³⁰⁶

Die ganz herrschende Meinung geht zudem davon aus, dass zum Eigentum im Sinne des Art. 14 GG alle vermögenswerten Rechte des Privatrechts zu zählen sind, die den Inhaber berechtigen, die damit verbundenen Befugnisse „ebenso ausschließlich wie

³⁰² Seiler in Staudinger, Vorbem. zu §§ 903 ff. Rn. 2.

³⁰³ Vgl. hierzu auch Seiler in Staudinger, Vorbem. zu §§ 903 ff. Rn. 2.

³⁰⁴ Seiler in Staudinger, § 903 Rn. 2.

³⁰⁵ Seiler in Staudinger, § 903 Rn. 11.

³⁰⁶ Seiler in Staudinger, § 903 Rn. 25.

Sacheigentum“ zu seinem privaten Nutzen auszuüben.³⁰⁷ Der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff geht damit weiter über den des BGB (Sach- und Grundeigentum) hinaus und umfasst beispielsweise auch Hypothek, Grundschuld, Pfandrecht und Vorkaufsrecht,³⁰⁸ das Erbbaurecht,³⁰⁹ das Urheberrecht³¹⁰ etc.

c. Keine strukturelle Unmöglichkeit

Nach dem dieser Arbeit unter Ziffer C. II. 1. a. cc. zu Grunde gelegten Verständnis von Daten als konkretisierte und dabei aufbereitete Information ist für die Frage, ob an diesen Eigentum bestehen kann, damit letztlich die Frage maßgeblich, ob an Daten Sacheigentum nach § 903 BGB bestehen, ob Daten also Sachqualität zukommen kann.

Der Begriff der Sache ist vom Gesetzgeber in § 90 BGB definiert worden und soll hiernach alle körperlichen Gegenstände umfassen.³¹¹ Körperlichkeit eines Gegenstandes liegt dann vor, wenn dieser entweder durch eigene körperliche Begrenzung oder Fassung in einem Behältnis (oder durch sonstige künstliche Mittel) im Raum abgrenzbar ist.³¹² Daher wird Licht ebenso wie elektrischer Energie keine Sachqualität zugesprochen.³¹³

Nur zur Klarstellung: Nach unserem Verständnis von Information als Konglomerat von Wissen und Wertung kann *per definitionem* Information keine Sache sein und an ihr generell kein Sacheigentum erwachsen. Denn weder Wissen noch Wertung sind körperlich abgrenzbar noch fähig, mit Hilfsmitteln in irgendeiner Weise im Raum abgegrenzt zu werden.

Bei der Frage, ob Daten Sachqualität im Sinne von § 90 BGB zukommen kann, gilt es zu differenzieren.

³⁰⁷ BVerfG, Urt. v. 26.5.1993, NJW 1993, 2035.

³⁰⁸ BVerfG, Urt. v. 9.1.1991, NJW 1991, 1807.

³⁰⁹ BVerfG, Urt. v. 30.11.1988, NJW 1989, 1271.

³¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 7.7.1971, NJW 1971, 2163.

³¹¹ Vgl. hierzu allg. Jickeli/Stieper in Staudinger, Vorbem. zu §§ 90 – 103 Rn. 8 ff.

³¹² Holch in MüKo-BGB, § 90 Rn. 8; Heinrichs in Palandt, § 90 Rn. 1.

³¹³ Vgl. hierzu Jickeli/Stieper in Staudinger, Vorbem. zu §§ 90 – 103 Rn. 9; weiter differenzierend hinsichtlich der entsprechenden Anwendung von Vorschriften über bewegliche Sachen auf die Lieferung elektrischer Energie Holch in MüKo-BGB, § 90 Rn. 25

Soweit Daten als konkretisierte Informationen körperlich unbegrenzt vorliegen, beispielsweise als akustisches Signal Informationen von einem Sender zu einem Empfänger transportieren, sind sie damit – dem Licht vergleichbar – im Raum nicht abgrenzbar und somit keine Sachen im Sinne des § 90 BGB.

Soweit hingegen Daten als konkretisierte Informationen körperlich begrenzbar sind ist ihnen Sachqualität zuzusprechen.

Ein Beispiel: Speichert jemand eine Internetseite ab, so fixiert er die in der Webseite enthaltenen Informationen in Form von physikalisch nachweisbaren Datenpaketen auf einer sich dadurch auf der materiellen Ebene verändernden Festplatte. Diese Fixierung auf der Festplatte, zumeist ein magnetisches Speichermedium, erfolgt durch gezielte Magnetisierung der Speichereinheiten. Die magnetisierten Speichereinheiten der Festplatte, also die Daten sind damit räumlich abgrenzbar.

Dieser Linie folgt im Ergebnis auch der BGH in seiner Entscheidung, dass eine auf einem Datenträger verkörperte Standardsoftware als bewegliche Sache anzusehen sei, ohne indes die in dieser Arbeit vorgenommene Differenzierung in Daten und Information vorzunehmen.³¹⁴

2. Eigentum im Datenschutzrecht kein taugliches Schutzkonzept

Die bereits im Anfangsstadium des Datenschutzrechts erstmals aufgetauchte³¹⁵ aber dann nicht weiter verfolgte Idee, datenschutzrechtliche Fragen über die Konzeption eines „Eigentumsrecht am eigenen Datum“ ist nach der herrschenden Meinung kein taugliches Datenschutzmodell.³¹⁶

Daten und Informationen seien vielmehr Grundvoraussetzung jeder Kommunikationsstruktur, insbesondere in demokratischen Gesellschaften. Eine eigentumsähnliche Zuordnung von Daten zu einzelnen Personen sei strukturell ungeeignet, die sich stellenden Fragen im Umgang mit personenbezogenen Daten zu

³¹⁴ Vgl. hierzu beispielsweise BGH, Urt. v. 15.11.2006, NJW 2007, 2394.

³¹⁵ Insb. Meister, DuD 1983, 163; DuD 1984, 162; DuD 1986, 173.

³¹⁶ Für viele Simitis, BDSG, Einleitung Rn. 26.

beantworten, da es sich anders als beim Eigentum nicht um einen Ausgleich von Herrschaftsansprüchen einzelner „Dateneigentümer“ handelt.³¹⁷

Die Untauglichkeit des Eigentumsverständnisses im Bereich des Datenschutzes macht auch die zuvor dargestellte Differenzierung in Information und Daten deutlich: die eigentliche „Essenz“ die vom Datenschutz geschützt werden soll ist die Information, nicht das Datum in dem sie konkretisiert und aufbereitet ist. Die Information als solche kann aber nie Gegenstand von Eigentum sein.

Auch deswegen hat der Gesetzgeber den Weg beschritten, nicht Informationen sondern Daten und dabei insbesondere bestimmte Verwendungsarten von Daten zu regulieren, indem er einzelfallbezogen versucht, die Verarbeitung, Nutzung etc. personenbezogener Daten auf ein Mindestmaß zu beschränken.

Diesen Umständen hat auch das BVerfG mit seiner Entscheidung zum „informationellen Selbstbestimmungsrecht“ Rechnung getragen,³¹⁸ indem es den Datenschutz eben nicht nur auf die Ebene der Daten sondern auch auf die Ebene der Information bezogen hat.³¹⁹

3. Zusammenführung der Ergebnisse

Wie dargestellt ist die Begründung von Eigentum an Daten strukturell möglich, wird aber von der herrschenden Meinung zur Lösung datenschutzrechtlicher Fragestellungen abgelehnt.

Dennoch wäre und ist es möglich, an Daten Eigentum zu erlangen, soweit sie als konkretisierte und aufbereitete Informationen körperlich unbegrenzt vorliegen.

Allerdings führt selbst dies vorliegend zu keiner veränderten Beurteilung der Frage, ob die Presse-Grossisten die Vertriebsdaten an die Verlage herauszugeben haben.

³¹⁷ *Simitis*, NJW 1984, 398, 400.

³¹⁸ *BVerfG*, Urt. v. 15.12.1983, NJW 1984, 419.

³¹⁹ Vgl. hierzu ausführlich *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 87 ff.

Denn wenngleich grundsätzlich Eigentum an Daten erworben werden kann haben vorliegend die Verlage kein Eigentum an den Vertriebsdaten erhalten.

Wie dargestellt ist nicht ersichtlich, weshalb der Umstand, dass es sich bei den Vertriebsdaten um Daten mit Verlagsbezug handelt, zu einer Begründung von Eigentum an diesen Daten führen sollte. Es gibt keine Rechtsnorm, die Eigentum an jenen Daten entstehen lässt, welche Informationen mit Bezug zu einer (natürlichen oder juristischen) Person enthalten.

Damit steht der Weitergabe der Vertriebsdaten weder das Eigentum an diesen Daten durch irgendeine Dritte Person entgegen, noch können die Verlage Herausgabe der verlagsbezogenen Vertriebsdaten von den Presse-Grossisten mit dem Argument verlangen, sie seien Eigentümer der Daten.

III. Vertraglicher Anspruch der Verlage auf Herausgabe der Vertriebsdaten

Unabhängig von (1.) der Frage, ob das Vertragsverhältnis zwischen Presse-Grossisten und Verlagen als Kommissionsagentenvertrag zu bezeichnen wäre, besteht (2.) kein vertraglicher Anspruch auf Herausgabe der Vertriebsdaten auf Grundlage dieses Vertragsverhältnisses.

Selbst wenn man einen derartigen Anspruch unterstellte wäre dieser (3.) wegen der datenschutzrechtlichen Unzulässigkeit der Weitergabe der Vertriebsdaten erloschen.

1. Presse-Grossist: Kommissionsagent der Verlage?

Ein mittlerweile jahrzehntelanger Streit zwischen Presse-Grossisten und Verlagen ist die Bezeichnung des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses, der seinen Niederschlag auch in verschiedenen Publikationen gefunden hat.³²⁰

³²⁰ Vgl. hierzu insb. *Hopt*, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten gegen *Börner*, Der Vertrag zwischen Verlag und Pressegrossisten.

Die Verlage führen gegenüber den Presse-Grossisten insbesondere an, diese seien ihre Kommissionsagenten und als solche an deren Weisungen gebunden. Die Presse-Grossisten dagegen führen an, dass sie gerade nicht weisungsgebunden seien und die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses als Kommissionsagentenvertrag daher unzutreffend sei.³²¹

Die Frage nach dem Weisungsrecht ist also entscheidungsrelevant. Um die Frage des Weisungsrechts beantworten zu können gilt es, das zwischen Verlag und Presse-Grossist bestehende Rechtsverhältnis zu analysieren und festzustellen, ob es ein (gesetzlich umschriebenes oder gewohnheitsrechtlich anerkanntes) typisiertes Vertragsverhältnis gibt, das auf Presse-Grossist und Verlag Anwendung finden kann, um Rechte und Pflichten der Vertragsparteien hinsichtlich der aufgeworfenen Fragestellung zu klären.³²²

Dabei soll vom tatsächlichen Erscheinungsbild, also dem praktisch gelebten Vertragsverhältnis ausgegangen werden. Insoweit besteht im Übrigen auch Einigkeit zwischen den verschiedenen zu dieser Frage existierenden Gutachten.³²³

a. Das tatsächliche Erscheinungsbild der Rechtsbeziehungen zwischen Presse-Grossisten und Verlagen

Das Vertragsverhältnis zwischen Presse-Grossist und Verlag – wie in Ziffer B. II. 1. dargestellt in den wesentlichen Punkten nicht schriftlich fixiert – wird geprägt durch die bereits in Abschnitt B. II. skizzierten Elemente des Remissionsrechts des Presse-Grossisten, des Dispositionsrechts des Presse-Grossisten, der Preisbindung, der Verwendungsbindung, des Alleinvertriebsrechts, der Neutralität sowie der verfassungsrechtlich geschützten Tätigkeit des Presse-Grossisten. Im Folgenden sollen zwei einzelne, besonders relevante Merkmale nochmals herausgegriffen und spezifisch zur diskutierten Fragestellung dargestellt werden.

³²¹ Quelle: Auskunft der Presse-Grossisten im Rahmen dieser Untersuchung.

³²² Mit der Einordnung des Rechtsverhältnisses zwischen Verlag und Presse-Grossist befassen sich insbesondere *Börner*, Der Vertrag zwischen Verlag und Pressegrossisten und *Hopt*, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten.

³²³ *Hopt*, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 444.

aa. Das Remissionsrecht

Die Verlage veräußern ihre Presseerzeugnisse an die Presse-Grossisten, die diese auf eigene Rechnung³²⁴ an die Einzelhändler weiterverkaufen. Bezüglich der nicht verkauften Exemplare räumen die Verlage den Presse-Grossisten das Recht zur Rückgabe ein; diese können also zu den vom Verlag berechneten Abgabepreisen gutgeschrieben werden.

Ob diese Einräumung des Remissionsrechts dabei einen Handelsbrauch³²⁵ oder lediglich ständige Vertragspraxis darstellt, ist nicht abschließend geklärt. Angesichts der Branchenüblichkeit und der über 50 Jahre währenden Dauer dieser Geschäftspraxis mag indes mehr für einen Handelsbrauch sprechen.

Das Remissionsrecht ist wesentliche Voraussetzung für den Pressevertrieb, wie er in Deutschland derzeit praktiziert wird: nur durch dieses Recht kann letztlich die Überallerhältlichkeit von Presseerzeugnissen gewährleistet werden, da sich der Einzelhandel ansonsten wegen des auf ihm lastenden Absatzrisikos darauf beschränken würde, nurmehr die gängigsten Verlagsprodukte anzubieten.³²⁶

Praktisch ausgeübt wird das Recht zur Remission, indem der Presse-Grossist den Remittendenbegleitschein innerhalb von vier (bei Spitzen innerhalb von sechs) Wochen nach Erscheinungstag an den Verlag zurücksendet.³²⁷ Die Remission erfolgt dabei (in den meisten Fällen) nicht körperlich, sondern durch Verrechnungsnachweis. Nicht verkaufte Exemplare werden direkt vom Presse-Grossisten entsorgt.³²⁸

Das OLG Karlsruhe beschreibt das Remissionsrecht wie folgt: „Das Remissionsrecht begrenzt das Risiko des Großhandels und des Einzelhandels auf die Handelsspanne und gegebenenfalls den Zwischenzins für den Kaufpreis, während es das volle

³²⁴ Strittig; die h.M. geht letztlich auf Grund des Remissionsrechts des Presse-Grossisten von einem Handeln auf „fremde Rechnung“ (des Verlages) aus, vgl. hierzu im Detail Ziffer B. III. 1. b. bb. a).

³²⁵ So das OLG Karlsruhe, Urt. v. 23.4.1980, WRP 1980, 635.

³²⁶ Hopt, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 445.

³²⁷ In Einzelfällen – bei Nachlaufremissionen aus dem Einzelhandel an den Presse-Grosso – werden auch Kulanzgutschriften bis zu drei Monaten nach Erscheinungstag erteilt: Verbandsvereinbarung über Koordiniertes Vertriebsmarketing, Gemeinsamer Leistungsrahmen für Grosso und Verlage, 1993, S. 8, B.IV.4.

³²⁸ Hopt, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 455.

Absatzrisiko auf das Verlagsunternehmen verlagert. (...) Das Remissionsrecht ermöglicht es dem Einzelhandel, ausreichende Mengen der einzelnen Titel abzunehmen und auch weniger gängige Titel zu führen. Es ist damit einer der Garanten der Pressevielfalt, die wiederum eine wesentliche Voraussetzung der durch Art. 5 Abs. 1 GG gewährleisteten Informationsfreiheit darstellt.“³²⁹

Zu beachten und in Ausführungen häufig nicht detailliert dargestellt ist, dass das Remissionsrisiko letztlich nicht allein von den Verlagen sondern zu einem Großteil auch von den Presse-Grossisten und den Einzelhändlern zu tragen ist. Zwar tragen die Verlage das Verkaufsrisiko, da Einzelhändler und Presse-Grossisten nicht verkaufte Zeitungen und Zeitschriften remittieren können. Die Einzelhändler indes tragen die Kosten für die Zurverfügungstellung von Verkaufsfläche und den Organisationsaufwand für die Remission. Ebenso die Presse-Grossisten: auch diese tragen die Kosten für Organisation und Durchführung der Remission. Je mehr Exemplare remittiert werden, desto höher sind die Kosten für Grossisten und Einzelhändler, ohne dass sie hierfür vergütet würden. Dazu kommt, dass auf Verlagsseite der Druck einer bestimmten vorher festgesetzten Auflagenhöhe wichtiger ist als eine an der tatsächlichen Remission orientierte Druckauflage. Zum einen, da die Anzahl der gedruckten Exemplare für die Preisgestaltung der Werbeanzeigen mittelbar relevant ist,³³⁰ zum anderen, da weder durch die Remission noch durch den Druck ein wesentlich erhöhtes Kostenrisiko³³¹ eingegangen wird und die Verlage daher Überproduktionen im Zweifel als kostengünstige Verkaufsreserven einbehalten.

bb. Das Dispositionsrecht und die Neutralitätsverpflichtung

Dem Remissionsrecht als Recht der nachgelagerten Handelsstufen, das heißt also des Einzelhändlers gegenüber dem Grossisten und des Grossisten gegenüber dem Verlag, korrespondiert das Dispositionsrecht der jeweils vorgelagerten Handelsstufe. Der Verleger darf gegenüber dem Grossisten und der Grossist gegenüber dem

³²⁹ OLG Karlsruhe, Urt. v. 23.4.1980, WRP 1980, 635.

³³⁰ Vgl. hierzu insb. die Meßmethoden für Pressemedien der Informationsgemeinschaft zur Feststellung der Verbreitung von Werbeträgern e. V., abzurufen unter www.ivw.de, im Detail beschrieben in Risse, Der Zeitungsvertrieb, S. 57 ff.

³³¹ Die Druckkosten verlaufen bei hohen Auflagen degressiv.

Einzelhändler über die Sortimentszusammenstellung in quantitativer und qualitativer Hinsicht disponieren.³³²

Vielfach geht die Literatur davon aus, das Dispositionsrecht des Presse-Grossisten sei vom Verlag lediglich abgeleitet, ein Derivat des Dispositionsrechts des Verlages, der schließlich faktisch das Abnahmerisiko trage.³³³

Dabei wird außer Acht gelassen, dass der Presse-Grossist bei seiner Verteilung der Presseerzeugnisse auf die Einzelhändler nicht nur die Interessen eines Verlages sondern aller ihn beliefernden Verlage zu berücksichtigen hat. Er muss als neutraler Mittler versuchen, die Sortimente der Einzelhändler so zu bilden, dass möglichst Titel aller Verlage bei möglichst geringer Remission verkauft werden.³³⁴

In diesem Zusammenhang ebenfalls zu beachten ist der Umstand, dass die Presse-Grossisten auf Grund ihrer marktbeherrschenden Stellung in den jeweiligen Liefergebieten zur Neutralität sogar kartellrechtlich verpflichtet sind, also die Presseerzeugnisse jedes Verlages vertreiben und Einzelhändler mit diesen versorgen müssen.³³⁵ Die Presse-Grossisten unterliegen bei ihrer Disposition also Verpflichtungen, die die Verlage nicht zu beachten haben.³³⁶

Bei der Sortiments-Zusammenstellung für den Einzelhandel steht den Presse-Grossisten damit zwingend ein eigener Ermessensspielraum zu. Den Verlagen ist es gerade nicht möglich, den Presse-Grossisten direkte Weisungen zu erteilen, welche Verlagsprodukte an wen in welchem Umfang zu verteilen seien; dies ist allein Recht und Aufgabe des Presse-Grossisten.

Insoweit ist zwar die Fähigkeit der Presse-Grossisten, die Sortimentszusammenstellung des Einzelhandels zu bestimmen, von den Verlagen abgeleitet; das Recht hierzu indes ist kein Derivat der Verlage sondern ureigenste Aufgabe der Presse-Grossisten.

³³² Vgl. zum Dispositionsrecht auch *Paschke*, Medienrecht, Rn. 500.

³³³ *Kaiser*, Das Recht des Presse-Grosso, S. 145; *Ascherfeld*, Presse-Grosso und Europarecht, S. 17.

³³⁴ So auch *Bechtold*, Keine Ware wie jede andere, S. 184, der die Theorie des „derivativen Dispositionsrechts“ durch die Praxis widerlegt sieht.

³³⁵ *Kaiser*, Das Recht des Presse-Grosso, S. 146 ff.

³³⁶ *Bechtold*, Keine Ware wie jede andere, S. 184.

Der Versuch der Verlage, die Disposition der Presse-Grossisten mittels „Richtlinien“ (mit Richtremissionssätzen) mitzubestimmen, stützt diese Einschätzung: Die Verlage haben keine Möglichkeit, rechtsverbindlich die Disposition des Presse-Grosso zu beeinflussen.³³⁷

b. Die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen Presse-Grossist und Verlag

Folgend soll ausgehend von dem tatsächlichen Erscheinungsbild die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses untersucht und festgestellt werden, ob es ein (gesetzlich umschriebenes oder gewohnheitsrechtlich anerkanntes) typisiertes Vertragsverhältnis gibt, das auf Presse-Grossist und Verlag Anwendung finden kann, um letztlich die Frage nach dem Bestehen eines Weisungsrechts zu klären.

aa. Einordnung anhand bekannter zivilrechtlicher Vertragstypen

Das Vertragsverhältnis zwischen Presse-Grossist und Verlag enthält Elemente verschiedener zivilvertraglicher Vertragstypen, im Besonderen des Kauf-, Werk- und Dienstvertragsrechts. Die in derartigen Fällen an sich vorzunehmende Bestimmung anhand des Schwerpunkts des Vertragsverhältnisses führt im vorliegenden Fall zu keinem Ergebnis.³³⁸

Im Einzelnen: Die Einordnung lediglich als Kaufvertrag wird dem auf Dauer zwischen Presse-Grossist und Verlag bestehenden Rechtsverhältnis nicht gerecht. Es sollen nicht nur einzelne, täglich oder in bestimmten Zeitabständen zu liefernde Presseerzeugnisse verkauft werden. Vielmehr befinden sich die Parteien durch dauernde Vertragsbeziehungen in einem derartigen Verhältnis gegenseitiger Abhängigkeit, dass die Verlage nicht ohne Presse-Grossisten existieren könnten (und *vice versa*). Der Typ des Kaufvertrages indes ist nicht in der Lage und auch nicht hierfür konzipiert, die in diesem engen und über lange Zeit bestehenden Vertragsverhältnisses anfallenden Fragen (beispielsweise nach dem Weisungsrecht der Parteien hinsichtlich des

³³⁷ Vgl. hierzu auch Ziffer B. II. 3.

³³⁸ Vgl. hierzu ausführlich Hopt, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 450 ff.

Vertragspartners, den Ausgleichsansprüchen bei Vertragsbeendigung, der Frage nach dem Schutz der Parteien vor Tätigwerden in dem Bereich des Vertragspartners etc.) zu beantworten. Auch das Konstrukt des kaufrechtlichen Sukzessivlieferungsvertrages ist nicht in der Lage, diese Fragen zu beantworten. Da sich in der Praxis gerade diese Fragen jedoch regelmäßig stellen, scheidet der Vertragstyp „Kaufvertrag“ aus.³³⁹

Auch ist das Vertragsverhältnis zwischen Presse-Grossist und Verlag nicht als Werkvertrag zu qualifizieren. Wesensmerkmal eines solchen wäre, dass eine der Vertragsparteien einen bestimmten Erfolg schuldet. Dies ist nicht ersichtlich; insbesondere schuldet der Presse-Grossist gegenüber dem Verlag nicht den Absatz bestimmter Produkte oder Mengen.³⁴⁰ Auch hat der zwischen Presse-Grossist und Verlag bestehende Vertrag keine werkvertraglichen Elemente.³⁴¹ Der Presse-Grossist schuldet gegenüber dem Verlag nicht den Erfolg seiner Handlungen.³⁴²

Das als Dienstvertrag typisierte Vertragsverhältnis vermag ebenso wenig das Verhältnis zwischen Presse-Grossist und Verlag exakt zu erfassen. Meistens regelt dieser Vertragstyp das Verhältnis des Arbeitgebers zum Arbeitnehmer und *vice versa*. Die Wahrnehmung von – wie bei Verlag und Presse-Grossist der Fall – Vermögensinteressen des Verlages durch den Presse-Grossisten ist jedoch keine arbeitnehmertypische Tätigkeit.³⁴³

Auch die Einordnung als Auftragsvertrag (unter Anwendung von Sondervorschriften) als „Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstleistungscharakter“³⁴⁴ vermag nicht zu überzeugen. Diese Ansicht unterstellt als Kernpflichten des Presse-Grossisten, Weisungen des Auftraggebers auszuführen, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach der Auslieferung Rechenschaft abzulegen.³⁴⁵ Diese Pflichten bestehen in den tatsächlich praktizierten Vertragsbeziehungen zwischen Presse-Grossisten und Verlagen jedoch nicht. Wie dargestellt besteht gerade kein Weisungsrecht der Verlage (sondern nehmen diese nur mittels rechtlich

³³⁹ So auch Hopt, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 450.

³⁴⁰ Hopt, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 450.

³⁴¹ Diese Ansicht vertritt Börner, Der Vertrag zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 12.

³⁴² So argumentiert auch Hopt, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 450 f.

³⁴³ Hopt, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 451.

³⁴⁴ Hopt, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 451.

³⁴⁵ Börner, Der Vertrag zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 16.

unverbindlicher „Richtlinien“ auf die Presse-Grossisten Einfluss). Ob die Pflicht der Presse-Grossisten besteht, auf Verlangen der Verlage Auskünfte über den Stand der Geschäfte und nach der Auslieferung der Ware Rechenschaft hierüber zu erteilen, ist zwischen den Parteien ja gerade umstritten – praktiziert wird es zwischen den Parteien daher nicht. Somit sind diese Kriterien zur Klassifizierung des Rechtsverhältnisses untauglich und können allenfalls Folge einer – dann an anderen Kriterien festzumachenden – Einordnung in einen bestimmten Vertragstyp sein.

Fazit: Kein Vertragstyp des Zivilrechts passt auf die Fragestellungen, die sich im Verhältnis zwischen Presse-Grossist und Verlag in der Praxis stellen. Allenfalls in der Zusammenschau als gemischttypischer Vertrag lassen sich die anstehenden Probleme lösen, wenn vertragliche Regelungen nicht vorhanden sind. Indes muss hierfür bei jeder Norm einzeln geprüft werden, ob ihr Anwendungsbereich eröffnet ist.³⁴⁶

bb. Einordnung anhand bekannter handelsrechtlicher Vertragstypen

Auch das Handelsrecht enthält einige (geschriebene und ungeschriebene) Vertragstypen bereit, deren Anwendung auf das Verhältnis zwischen Presse-Grossist und Verlag zu prüfen ist.

Dies sind im Besonderen das Recht des Handelsvertreters, des Kommissionärs, des Vertragshändlers und des Kommissionsagenten.

Die Abgrenzung in der Praxis ist ganz allgemein, nicht nur im vorliegenden Fall, häufig problematisch, und hat in der Gesamtschau aller das Vertragsverhältnis prägenden Umstände zu erfolgen.³⁴⁷

Handelsvertretervertrag und Kommissionsvertrag sind gesetzlich (§§ 84 ff. HGB bzw. 383 ff. HGB) geregelt, bei Vertragshändlervertrag und Kommissionsagentenvertrag fehlt es an einer gesetzlichen Kodifikation.

³⁴⁶ Vgl. hierzu Ziffer C. III. 2.

³⁴⁷ Vgl. zur Abgrenzung auch *Hopt* in Baumbach/Hopt, § 84 Rn. 10 ff.

Gemäß § 84 Abs. 1 HGB ist Handelsvertreter, „wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer (...) Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen.“

Die hervorstechenden Merkmale des Handelsvertreters sind also die Elemente der Selbständigkeit, der Dauerbeziehung und des Handelns im fremden Namen und auf fremde Rechnung.

Nach herrschender Meinung ist dagegen Vertragshändler, „wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Waren eines Unternehmers zu vertreiben und ihren Absatz zu fördern.“³⁴⁸

Unterscheidungsmerkmal zum Handelsvertreter ist also das Handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung.

Unter einem Kommissionär wiederum ist gemäß § 383 HGB zu verstehen, „wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines Anderen (des Kommittenten) im eigenen Namen zu kaufen oder zu verkaufen.“

Und ein Kommissionsagent schließlich ist, „wer vertraglich ständig damit betraut ist, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines Anderen im eigenen Namen zu kaufen oder zu verkaufen, und zwar zu von diesem vertraglich vorgegebenen Preisen und Konditionen.“³⁴⁹

Der Kommissionsagent steht damit in seiner Funktion zwischen dem Kommissionär und dem Handelsvertreter. Der Kommissionsagent hat mit dem Kommissionär das Handeln im eigenen Namen gemeinsam. Mit dem Handelsvertreter wiederum hat der Kommissionsagent das Handeln auf fremde Rechnung gemeinsam.³⁵⁰ Im Verhältnis zum Kommissionär wiederum unterliegt der Kommissionsagent einer engeren Bindung an den Unternehmer hinsichtlich der Preisgestaltung und der Verkaufskonditionen.³⁵¹

³⁴⁸ Rittner, ZHR 1971, 62.

³⁴⁹ BGH, Urt. v. 20.3.2003, BB 2003, 1463; Hopt in Baumbach/Hopt, § 383 Rn. 3.

³⁵⁰ Vgl. hierzu Schultze/Wauschkuhn/Spennner/Dau, Der Vertragshändlervertrag, S. 7 Rn. 32 f.

³⁵¹ Hopt in Baumbach/Hopt, § 383 Rn. 3.

Die Abgrenzung in der Praxis zwischen Vertragshändler und Kommissionsagent kann im Einzelfall schwierig sein. Für die Kommission sprechen Provisionsabreden, Lieferung bzw. Zahlung direkt zwischen Auftraggeber und Drittem sowie die Pflicht zur Abrechnung über Ausführungsgeschäfte. Gegen die Annahme eines Kommissionsvertrages und für einen Vertragshändlervertrag sprechen die Zahlungspflicht des Mittlers ohne Rücksicht auf das Ausführungsgeschäft sowie das Fehlen jeglicher Weisungsbefugnis des Auftraggebers, besonders hinsichtlich der Preisgestaltung. Je weniger Risiko dem Vertriebsmittler im Hinblick auf Ware und Abschluss des Kaufvertrages zugewiesen wird, um so eher wird der Vertrag als Kommissionsagenturvertrag einzustufen sein.³⁵²

Exakt diese Einordnung – Ist der Presse-Grossist Kommissionsagent oder nicht? – ist in der Literatur wie auch zwischen Presse-Grossisten und Verlagen umstritten.

Zur Beantwortung dieser Frage sollen drei Aspekte nochmals betont und dargestellt werden: a) Das Merkmal „auf fremde Rechnung“, b) Die Problematik des Weisungsrechts der Verlage gegenüber den Presse-Grossisten und c) detaillierte Ausführungen zum Absatzrisiko beim Verkauf von Zeitungen und Zeitschriften.

a) Das Merkmal „auf fremde Rechnung“

Wie dargestellt handelt der Kommissionsagent auf fremde Rechnung. Der Presse-Grossist nun kauft die Presseerzeugnisse vom Verlag, bezahlt diese voll und verkauft diese auf eigene Rechnung weiter. Werden Exemplare nicht verkauft hat er jedoch über die Remission das Recht, die nicht verkauften Exemplare gegen volle Erstattung des Einkaufspreises an den Verlag zurückzugeben.

Wie ist diese Konstruktion nun zu beurteilen? Ist eine Betrachtungsweise vom Ergebnis her vorzuzugswürdig³⁵³ oder hat die Unterscheidung anhand dessen zu erfolgen, was die Parteien formal vollziehen?³⁵⁴

³⁵² Vgl. hierzu *Schultze/Wauschkuhn/Spenner/Dau*, Der Vertragshändlervertrag, S. 7 Rn. 33.

³⁵³ So *Hopt*, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 453.

³⁵⁴ So bspws. *Kloepfer*, Presse-Grosso und dem Schutz von Verfassungsrecht und Europarecht, S. 14.

Mit anderen Worten: es kommt nicht darauf an, welche Vertragsgestaltung beim Ausstellen der Rechnungen gewählt wurde. Wesentlich für das Merkmal „fremde Rechnung“ ist allein die Feststellung, wer letztlich das Absatzrisiko trägt.

„Wie die Vertragspraxis der Parteien gezeigt hat, ist der Eckpunkt, von dem aus sich das ganze Vertragsverhältnis erschließt, das Remissionsrecht, das zur Folge hat, dass gerade nicht der Pressegrossist, sondern der Verlag das wirtschaftliche Risiko des Absatzes der Verlagsprodukte trägt. (...) Die eindeutige, vertragliche Risikoübernahme durch den Verlag kann auch nicht dadurch hinwegdisputiert werden, dass etwa gesagt wird, es liege ein Vertragshändlervertrag vor, der eben in der Frage der Remission vom Typus abweiche (...). Die Pressegrossisten handeln auch nicht etwa deswegen auf eigene Rechnung, weil sie je nach Abrechnungsmodus die Verlagserzeugnisse zunächst bezahlen müssen und dies erst, wenn es zur Remission durch den Einzelhandel kommt, gegen Erstattung des Einkaufspreises wieder zurückgegeben können. Denn wie die Bezahlung der Provision des Kommissionärs durch den Unternehmer zwischen diesen beiden gehandhabt wird, ist für die Qualifizierung als Kommission oder Kauf nicht entscheidend.“³⁵⁵

Und weiter:

„Wenn dagegen von öffentlichrechtlicher Seite eingewandt wird, für die Einordnung als Eigenhändler komme es auf eine funktionale Betrachtungsweise an, und danach sei der Pressegrossist hinreichend eigenständig und damit Vertragshändler,³⁵⁶ so ist das zivil- und handelsrechtlich defizient. Auch bei funktionaler Betrachtungsweise führt kein Weg an der Feststellung vorbei, dass der Pressegrossist nicht das Absatzrisiko trägt. Nicht auf eine wie immer zu bestimmende „Eigenständigkeit“ kommt es aber für die Qualifizierung des Vertrags an, sondern auf die Tragung des Absatzrisikos.“³⁵⁷

³⁵⁵ Hopt, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 453.

³⁵⁶ So argumentiert im Ergebnis Kloepfer, Presse-Grosso unter dem Schutz von Verfassungsrecht und Europarecht, S. 14; Ipsen, Presse-Grosso im Verfassungsrahmen, S. 69; Kaiser, Das Recht des Presse-Grosso, S. 69 ff.; Burkhardt, Löffler, Presserecht, BT Presserecht Rn. 8.

³⁵⁷ Hopt, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 454 f.

Es ist nicht zu bestreiten, dass das faktische Absatzrisiko bei den Verlagen liegt,³⁵⁸ wenngleich die Grossisten wie auch die Einzelhändler einen Großteil des Risikos selbst tragen.³⁵⁹

Dennoch unterliegt die in Teilen der Literatur vorgenommene ergebnisbezogene Einordnung einem Gedankenfehler:

Der Entscheidung, auf das Absatzrisiko abzustellen, liegt grundsätzlich der Ansatz zu Grunde, die Differenzierung in verschiedene Vertragstypen müsse anhand von Merkmalen erfolgen, die eine spätere Andersbehandlung der verschiedenen Rechtsverhältnisse eben gerade auf Grund dieser Merkmale rechtfertigen würde.

Ob jemand also die „Freiheiten“ eines Vertragshändlers genießen darf oder eben als Kommissionsagent der (strengerer) Weisungsgebundenheit des Unternehmers unterliegt, hat sich danach zu richten, wer das wirtschaftliche Risiko (und dabei das Hauptrisiko des Absatzes) zu tragen habe.

Diese Argumentation indes verkennt, dass maßgeblich für das Verhältnis zwischen Presse-Grossisten und Verlagen eben gerade ist, dass trotz des beim Verlag verbleibenden Absatzrisikos der Ware eben gerade kein Weisungsrecht der Verlagsseite gegenüber den Presse-Grossisten besteht. Wie bereits unter Ziffern B. II. 3 und 6 dargestellt und unter Ziffer C. III. b. bb. b) näher erläutert ist ein Kernelement des Pressevertriebs die (auch kartellrechtlich geforderte) neutrale Stellung des Presse-Grossisten, der einen fairen Ausgleich widerstreitender Verlags- und Einzelhändlerinteressen herbeizuführen hat.

Damit trägt das Merkmal, auf Grund dessen differenziert werden soll (Absatzrisiko), die damit einhergehende Differenzierung (im Wesentlichen das Weisungsrecht des

³⁵⁸ Vgl. hierzu auch die Ausführungen von *Kaiser*, Das Recht des Presse-Grosso, S. 71; *Börner*, Der Vertrag zwischen Verlag und Pressegrossisten; S. 15; *Kloepfer*, Presse-Grosso unter dem Schutz von Verfassungsrecht und Europarecht, S. 15; *Ascherfeld*, Presse-Grosso und Europarecht, S. 13.

³⁵⁹ Vgl. hierzu auch Ziffer C. III. 1. a. aa.

Unternehmers) gerade nicht, da eben kein Weisungsrecht der Verlage gegenüber den Presse-Grossisten besteht.³⁶⁰

Somit ist eine solche Differenzierung auch nicht „defizient“³⁶¹, sondern vielmehr der Versuch, eine sachgerechte Einordnung zu ermöglichen.

b) Die Problematik des Weisungsrechts

Kernelement des Pressevertriebs in Deutschland ist eine weisungsfreie Stellung der Grossisten als Mittler zwischen Verlagen und Einzelhändlern. Unterstellte man ein Weisungsrecht der Verlage, so wären die Presse-Grossisten unter Umständen den Weisungen verschiedener Verlage ausgesetzt, beispielsweise jeweils die verlagseigenen Produkte in besonders hoher Stückzahl oder in besonderer Sortimentsbreite an die Einzelhändler zu liefern.

Damit aber könnten die Presse-Grossisten zum einen keine bedarfs- und nachfragegerechten Sortimente für die Einzelhändler mehr bereitstellen. Zum anderen wäre nicht gewährleistet, dass auch die kartellrechtlichen Vorgaben (resultierend aus dem Alleinbelieferungsrecht für bestimmte Regionen) hinsichtlich der Schaffung fairer Marktzutrittsbedingungen auch für neue Verlage eingehalten werden könnten.

Es steht eben nur eine begrenzte Verkaufsfläche in den Einzelhandelsgeschäften zur Verfügung. Die Möglichkeiten, Zeitungen und Zeitschriften abzusetzen ist zudem durch die Nachfrage der Endverbraucher nach diesen Produkten begrenzt.

Einem Überangebot der Verlage an Zeitungen und Zeitschriften steht der Engpass gegenüber, nicht all diese Produkte ausliefern und verkaufen zu können.

Der Presse-Grossist nun versucht gerade diesen Engpass zu verwalten und ihn für alle Beteiligten optimal auszugestalten. Er versucht unter Auswertung der Vertriebsdaten, einzelhändlerbezogen bedarfsgerechte Sortimente zusammenzustellen und allen

³⁶⁰ Eine andere Ansicht vertritt insoweit auch *Miller*, Das deutsche Presse-Grosso als wettbewerblicher Ausnahmebereich, S. 43.

³⁶¹ *Hopt*, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 455.

Verlagen vergleichbare Vertriebschancen bei möglichst geringer Remission zu garantieren.³⁶²

Für diese Tätigkeit muss den Presse-Grossisten damit zwingend ein eigener Ermessensspielraum verbleiben.

Wollte man dies verändern müsste man den Pressevertrieb in Deutschland nicht nur vertraglich sondern auch organisatorisch neu gestalten.

Die Annahme eines Weisungsrechts kann daher systembedingt nicht vom Wesen des Pressevertriebs in seiner derzeitigen Form getragen werden und kann insbesondere keine Einpassung des Vertrages zwischen Presse-Grossisten und Einzelhändlern in ein vorgegebenes handelsrechtliches Konzept zur Annahme eines solchen Weisungsrechts führen.

c) Details zum Absatzrisiko

Wie dargestellt trägt über das Remissionsrecht der Verlag zwar zu einem Großteil das Absatzrisiko seiner Waren, da Presse-Grossisten und Einzelhändler nicht verkaufte Zeitungen und Zeitschriften gegen volle Erstattung des Kaufpreises zurückgeben können. Die Kosten für diese Rückgabe und die nicht erfolgreiche Zurverfügungstellung von Verkaufsflächen aber tragen allein die Presse-Grossisten und die Einzelhändler. Zudem unterscheiden sich die Interessen von Verlagen einerseits und Presse-Grossisten und Einzelhändlern andererseits hinsichtlich der Auflagenhöhe.³⁶³

Auch verbleiben beim Presse-Grossisten das Lagerhaltungs- und das Transportrisiko. Dies spricht ebenfalls gegen eine Einordnung des Presse-Grossisten als

³⁶² Vgl. zur Sortimentsplanung der Grossisten auch *Dobbelstein*, Marktpotenzialanalysen als Basis der Sortimentspolitik, S. 3 ff.

³⁶³ Beschrieben unter Ziffer C. III. 1. a. aa. Während Grossisten und Einzelhändler remissionsorientierte Auflagen bevorzugen, ist es für die Verlage wirtschaftlich günstiger, höhere Auflagen zu drucken und Überproduktionen als Verkaufsreserven einzubehalten, da die Auflagenhöhe für die Kostengestaltung von Werbeanzeigen relevant ist und die Druckkosten degressiv steigen.

Kommissionsagent.³⁶⁴ Denn diese Risiken werden beim Kommissionsagentenvertrag üblicherweise vom Unternehmer getragen, nicht aber vom Kommissionsagenten.³⁶⁵

cc. Vertrag sui generis?

Damit ist festzustellen, dass kein handelsrechtlicher Vertragstyp für die Einordnung des Rechtsverhältnisses zwischen Presse-Grossist und Verlag tauglich ist.

Weder ist der Grossist Handelsvertreter, da er nicht in fremdem Namen handelt, noch Vertragshändler, da er zwar formal betrachtet auf eigene Rechnung handelt, ein Großteil des Absatzrisikos (über die Remission) aber bei den Verlagen verbleibt und er damit faktisch zumindest auch auf fremde Rechnung verkauft (wie soeben unter Ziffer C. III. 1. b. bb. a) dargestellt ist diese Frage differenziert zu betrachten).

Verbleiben noch der Kommissions- wie der Kommissionsagentenvertrag.

Der Kommissionsvertrag scheidet aus, da der Kommissionsagentenvertrag auf Grund der Preisvorgaben des Verlages insoweit spezieller ist.

Der Kommissionsagentenvertrag ist ebenfalls nicht einschlägig: zwar ließe sich noch begründen, dass die Grossisten – die formale Betrachtungsweise bei Seite gelassen – faktisch zumindest auch auf Rechnung der Verlage handeln würden, da diese über die Remission das Absatzrisiko tragen würden. Wie dargestellt ist das Konzept des Kommissionsagentenvertrags mit seiner Weisungsbefugnis des Unternehmers gegenüber dem Kommissionsagenten aber strukturell ungeeignet, das auf Grund der Neutralität der Grossisten weisungsfreie Verhältnis zwischen Grossisten und Verlagen zu erfassen.³⁶⁶

Damit bleibt nur die Einordnung des Vertragsverhältnisses als Vertrag *sui generis*, auch wenn diese Bezeichnung in der Literatur vereinzelt auf Kritik stößt.³⁶⁷ Nur über diese Bezeichnung ist letztlich eine differenzierte Berücksichtigung der Besonderheiten des Pressevertriebs möglich.

³⁶⁴ Vgl. hierzu Ziffer C. III. 1. a. bb.

³⁶⁵ Thume in Küstner/Thume, Band 3, Rn. 1555.

³⁶⁶ Vgl. Hierzu die Darstellung in Ziffer C. III. 1. b. bb. a).

³⁶⁷ Hopt, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 453.

c. Bestimmung der anwendbaren Rechtsnormen

Um festlegen zu können, welche Rechte und Pflichten Verlage wie Presse-Grossisten bei der Einordnung des Vertragsverhältnisses als Vertrag *sui generis* treffen, sind die branchenspezifischen Besonderheiten der Remission, des Gebietsschutzes, der Preisbindung, der Belieferungspflicht und des Dispositionsrechts zu beachten.

Konkret hat dies beim Vertrag *sui generis* – angelehnt an die Prüfung des gesetzlich ebenfalls nicht kodifizierten Kommissionsagentenvertrages – über die einzelfallbezogene Prüfung der (analogen) Anwendung handels- oder zivilrechtlicher Normen zu erfolgen. Denn durch die Wahl dieses Prüfkonzeptes kann zum einen auf die in Teilen ja durchaus vergleichbaren Strukturen des Kommissionsagentenvertrages zurückgegriffen werden, zum anderen können aber Korrekturen an der Stelle vorgenommen werden, an denen pressevertriebsspezifische Besonderheiten zu berücksichtigen sind.

Beim Kommissionsagentenvertrag wird nach dem Tätigwerden im Außenverhältnis, also der Weiterveräußerung der Waren oder Wertpapiere an Dritte, und im Innenverhältnis, also dem Verhältnis zwischen Unternehmer und Kommissionsagenten, differenziert.³⁶⁸

Im Außenverhältnis finden die Vorschriften des Kommissionsrechts (§§ 383 ff. HGB) Anwendung, während es im Innenverhältnis nochmals zu unterscheiden gilt.

Schuldet der Kommissionsagent keinen Absatzerfolg sondern nimmt lediglich Vermögensinteressen des Unternehmers war, richtet sich das Innenverhältnis nach dem Recht der Geschäftsbesorgung mit Dienstvertragscharakter (§§ 675, 611 ff. BGB).³⁶⁹ Zusätzlich können einzelne Vorschriften des Handelsvertreterrechts (§§ 84 ff. HGB) – nach Einzelfall und in Abhängigkeit der Analogievoraussetzungen – entsprechend herangezogen werden.³⁷⁰

³⁶⁸ Hopt, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 456 f.

³⁶⁹ Hopt, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 457; von Hoyningen-Huene, MüKo-HGB, vor § 84 Rn. 10; Ulmer, Der Vertragshändler, S. 340 f.

³⁷⁰ Hopt, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 458.

Besteht ein Grad höherer Abhängigkeit – schuldet der Kommissionsagent insbesondere einen bestimmten Absatz – findet ausschließlich das Handelsvertreterrecht (§§ 84 ff. HGB) im Innenverhältnis Anwendung.³⁷¹

Somit sind in unserem Fall des Vertrages *sui generis* im Außenverhältnis die analoge Anwendung von kommissionsrechtlichen Vorschriften zu prüfen, im Innenverhältnis ist die analoge Anwendung des Rechts der Geschäftsbesorgung mit Dienstvertragscharakter und einzelner handelsvertreterrechtlicher Vorschriften maßgeblich, da der Presse-Grossist gegenüber den Verlagen keinen bestimmten Absatz schuldet.

2. Entstehen eines Anspruchs auf Herausgabe

Den Verlagen kommt kein vertraglicher Anspruch auf Herausgabe der Vertriebsdaten zu. Die Besonderheiten des Pressevertriebs tragen keine analoge Anwendung eines entsprechenden Anspruchs.

Die Antwort auf die Frage, ob die Presse-Grossisten die Vertriebsdaten herauszugeben haben, ergibt sich aus dem Innenverhältnisses zwischen den Parteien. Dieses richtet sich wie dargestellt grundsätzlich nach dem Recht der Geschäftsbesorgung mit Dienstvertragscharakter (§§ 675, 611 ff. BGB), wobei zusätzlich einzelne Vorschriften des Handelsvertreterrechts (§§ 84 ff. HGB) herangezogen werden können.

Bei der Anwendung einzelner Vorschriften sind dabei stets die spezifischen Besonderheiten des Pressevertriebs zu beachten.

Ein Herausgabeanspruch der Verlage könnte demnach auf § 667 BGB gestützt werden, ausweislich des § 675 Abs. 1 BGB anwendbar auf das Recht der Geschäftsbesorgung mit Dienstvertragscharakter.

³⁷¹ Hopt, Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, S. 457; a.A. vertritt von Hoyningen-Huene, MüKo-HGB, vor § 84 Rn. 10, der diese Differenzierung nicht vornimmt und nur von einem Dienstvertrag im Sinne von §§ 611 ff. BGB ausgeht, der eine in §§ 383 ff. HGB speziell geregelte Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) zum Gegenstand haben soll.

Der Beauftragte hat nach § 667 BGB dem Auftraggeber demnach alles herauszugeben, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt.³⁷²

Aus der Geschäftsbesorgung erlangt ist jeder Vorteil, den der Beauftragte im inneren Zusammenhang mit der Führung des Geschäfts erhält,³⁷³ also insbesondere alle Sachen und Rechte, die ihm von Dritten auf Grund der Geschäftsbesorgung zugewandt werden³⁷⁴ sowie Zubehör, Akten, Unterlagen und elektronische Dateien, die der Beauftragte über die Geschäftsführung angelegt oder in deren Rahmen erhalten hat.³⁷⁵

Damit wären auch die Vertriebsdaten vom Umfang der Herausgabepflicht des § 667 BGB erfasst. Die Presse-Grossisten legen die Vertriebsdaten im Zusammenhang mit der Lieferung von Zeitungen und Zeitschriften der Verlage an und damit im Rahmen der aus dem Vertrag *sui generis* resultierenden „Geschäftsbesorgung“.

Somit ist maßgeblich, ob vorliegend § 667 BGB auch unter Beachtung der pressespezifischen Besonderheiten analoge Anwendung finden kann.

Dies ist nicht der Fall. Eine Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Presse-Grossisten an die Verlage würde den Pressevertrieb in seiner derzeitigen Form unmöglich machen oder zumindest gefährden.

Der Presse-Grossist nimmt als Vertriebsspezialist eine Mittlerrolle zwischen Einzelhändlern und Verlagen ein. Unter Heranziehung seiner eigenen Vertriebsdaten und dem Vergleich mit Vertriebserfahrungen anderer Presse-Grossisten versucht er, unter den widerstreitenden Verlagsinteressen einen kartellrechtlich zulässigen Ausgleich zu finden und den Einzelhändlern möglichst remmissionsarme Sortimente zusammenzustellen.

Die Vertriebsdaten stellen hierzu die Grundvoraussetzung dar: der Erfolg einer bedarfsgerechten Sortimentserstellung und dessen Vertrieb bedarf umfangreicher

³⁷² Vgl. hierzu *Martinek* in Staudinger, § 667 Rn. 7 ff.

³⁷³ BGH, Urt. v. 11.3.2004, NJW-RR 2004, 1290.

³⁷⁴ Vgl. hierzu *Martinek* in Staudinger, § 667 Rn. 8.

³⁷⁵ Vgl. zum Umfang dieser Herausgabepflicht bei einem Bauträger *BayObLG*, Beschl. v. 23.3.2001, NZM 2001, 469.

Vertriebsdaten, auf deren Grundlage fundierte Prognosen erstellt werden können. Sie stellen somit – neben der Infrastruktur der Grossisten – den eigentlichen „Wert“ innerhalb der Presse-Grossisten dar: wer über die Vertriebsdaten verfügt ist in der Lage, für das Gebiet des Grossisten auf Grundlage gesicherter Zahlen einen gleichwertigen Pressevertrieb zu organisieren.

Dem Bedürfnis der Verlage, die Vertriebsdaten auch dafür zu nutzen, Zeitungen und Zeitschriften markt- und nachfragegerecht zu gestalten und auf regionale Vertriebsunterschiede Rücksicht zu nehmen, versuchen die Presse-Grossisten mit der Bereitstellung anonymisierter Vertriebsdaten (beispielsweise über die Ehastra Statistik) nachzukommen. Auf Anfrage der Verlage werden zudem im Einzelfall Klardaten, also nicht-anonymisierte Vertriebsdaten zur Durchführung lokaler verkaufsfördernder Maßnahmen zur Verfügung gestellt.³⁷⁶

Müssten die Presse-Grossisten die Vertriebsdaten nun in nicht-anonymisierter Form an die Verlage herausgeben, wären die Verlage damit in der Lage, auf Vertriebsentscheidungen der Grossisten Einfluss zu nehmen oder eigene Vertriebsalternativen aufzubauen (beispielsweise über die Stärkung des Abonnement Geschäfts oder der Schaffung von Parallel-Grossisten). Die Grossisten verlören damit ihre Selbstständigkeit – die Aufgabenverteilung innerhalb des Pressevertriebs würde neu gewichtet.³⁷⁷

Damit kann es aber nicht bisherigen pressevertriebsspezifischen Besonderheiten entsprechen, den Verlagen einen Herausgabeanspruch zuzusprechen, der letztlich ebendiese Besonderheiten gefährden würde.

Die gleichen Überlegungen gelten auch hinsichtlich anderer Ansprüche, auf die im Grundsatz ein Herausgabeanspruch hinsichtlich der Vertriebsdaten gestützt werden könnte. Die Anwendbarkeit der Vorschriften unterstellt würden auch §§ 86 Abs.2, 384 Abs. 2 Hs. 1 HGB, §§ 675 Abs. 1 i.V.m. 666 Var. 1 BGB (gerichtet auf „Abgabe der erforderlichen Nachrichten“), § 384 Abs. 2 Hs. 2 Var. 1 HGB (gerichtet auf

³⁷⁶ Für die Verlage ist es also weder zur markt- und nachfragerechten Gestaltung ihrer Presseprodukte noch zur Vertriebsunterstützung einzelner Verkaufsstellen erforderlich, die nicht-anonymisierten Vertriebsdaten zu nutzen.

³⁷⁷ Vgl. allg. zur Gefährdung des Presse-Grosso durch Verlagsvertrieb *Kloepfer*, Presse-Grosso unter dem Schutz von Verfassungsrecht und Europarecht, S. 80.

Rechnungslegung) und § 384 Abs. 2 Hs. 2 Var. 2 HGB (auf Herausgabe des durch den Kommissionär Erlangten an den Kommittenten) an der strukturellen Unvereinbarkeit einer Herausgabe der Vertriebsdaten mit den Besonderheiten des Pressevertriebs scheitern.

Ein Herausgabeanspruch hinsichtlich der Vertriebsdaten scheidet im Rahmen des Rechtsverhältnisses *sui generis* zwischen Presse-Grossisten und Verlagen daher aus.

3. Erlöschensgründe

Wie dargestellt besteht kein vertraglicher Anspruch der Verlage gegenüber den Presse-Grossisten auf Herausgabe der Vertriebsdaten. Im Folgenden soll der Vollständigkeit halber die Rechtslage für den hypothetischen Fall untersucht werden, dass ein solcher Anspruch der Verlagsseite doch bestünde.

Dazu ist zwischen (a.) den Daten, die dem BDSG unterfallen und (b.) den Daten, auf die das BDSG keine Anwendung findet, zu differenzieren.

a. Daten auf die das BDSG anwendbar ist

Die Vertriebsdaten, die dem BDSG unterfallen, müssten – einen entsprechenden Anspruch der Verlagsseite gegenüber den Presse-Grossisten unterstellt – von den Presse-Grossisten nicht herausgegeben werden.

Die Weitergabe der dem BDSG unterfallenden Vertriebsdaten durch die Presse-Grossisten an die Verlage steht grundsätzlich das Datenschutzrecht entgegen.

Wie in Kapitel C. I. 2. d. dargestellt bedarf die Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Presse-Grossisten an die Verlage gemäß § 4 Abs. 1 BDSG entweder der Einwilligung der betroffenen Einzelhändler oder einer gesetzlichen Erlaubnisnorm. Indes liegt weder

eine Einwilligung der Einzelhändler vor,³⁷⁸ noch ist ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand für die Datenweitergabe einschlägig.

Zwar führt dieser Umstand nicht (aa.) zum Erlöschen des Herausgabeanspruchs nach § 134 BGB, jedoch ist (bb.) die Anspruchserfüllung nach § 275 Abs. 1 Var. 1 BGB unmöglich und der Anspruch damit erloschen bzw. (cc.) wäre der Anspruch ansonsten nach § 242 BGB zu modifizieren.

aa. Erlöschen des Herausgabeanspruchs nach § 134 BGB

Der Anspruch auf Herausgabe der Vertriebsdaten ist nicht gemäß § 134 BGB erloschen.

Dem Entstehen des (unterstellten) Anspruchs auf Datenweitergabe der Verlagsseite könnte im Grundsatz § 134 BGB entgegenstehen.³⁷⁹ Dazu müsste das dem Anspruch auf Datenweitergabe zu Grunde liegende Rechtsgeschäft – hier also die Vereinbarung *sui generis* zwischen Presse-Grossist und Verlag – einem gesetzlichen Verbot zuwiderlaufen.³⁸⁰

Verbote im Sinne des § 134 BGB sind Vorschriften, die eine nach unserer Rechtsordnung grundsätzlich mögliche rechtsgeschäftliche Regelung wegen ihres Inhaltes oder wegen der Umstände ihres Zustandekommens untersagen.³⁸¹

Vorliegend verstößt der Herausgabeanspruch hinsichtlich der Vertriebsdaten gegen das BDSG, da eine Weitergabe dieser Daten durch die Presse-Grossisten an die Verlage wie dargestellt wegen eines Verstoßes gegen § 4 Abs. 1 BDSG datenschutzrechtlich unzulässig wäre.

³⁷⁸ Von der Problematik der unter Ziffer C. I. 2. d. aa. dargestellten Ungeeignetheit der Einwilligung im vorliegenden Fall abgesehen.

³⁷⁹ Vgl. allg. zur Nichtigkeitssanktion des § 134 BGB *Sack* in Staudinger, § 134 Rn. 57 ff.

³⁸⁰ Zudem dürfte das Verbotsgesetz seinem Sinn und Zweck nach keine andere Sanktion als die Nichtigkeit fordern, vgl. hierzu *Armbrüster* in MüKo-BGB, § 134 Rn. 103 ff.

³⁸¹ *Armbrüster* in MüKo-BGB, § 134 Rn. 41 ff.; *Heinrichs* in Palandt, § 134 Rn. 5.

Fraglich ist damit, ob § 4 Abs. 1 BDSG eine gesetzliche Verbotsnorm im Sinne des § 134 BGB darstellt.

Diese Frage ist vom BGH für eine (möglicherweise) gegen das Datenschutzrecht verstoßende Forderungsabtretung kürzlich verneint worden.³⁸²

Es ist daher zu untersuchen, ob die vom BGH angeführten Gründe auch im vorliegenden Fall Bestand hätten.

Der Entscheidung lag – grob umschrieben – folgender Sachverhalt zu Grunde: Ein Kreditinstitut trat Zahlungsforderungen gegen zwei Schuldner aus einem Darlehensvertrag zusammen mit einer diese Ansprüche sichernden Bürgschaft eines dritten Schuldners an ein weiteres Kreditinstitut ab.

Relevant ist insbesondere die Stellungnahme des BGH zu der Frage, ob diese Forderungsabtretung auf Grund eines möglichen Verstoßes gegen das BDSG wegen § 134 BGB nichtig sein könnte.

Der BGH stellt dazu fest: „Zu den Voraussetzungen eines (...) Erlaubnistatbestandes [nach den Vorschriften des BDSG] hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Hierauf kommt es vorliegend auch nicht an. Selbst im Falle eines Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen lässt sich aus dem Bundesdatenschutzgesetz kein gesetzliches Abtretungsverbot im Sinne des § 134 BGB herleiten.“³⁸³

Das Gericht führt als maßgebliches Argument für seine Auffassung an, dass die Herleitung eines gesetzlichen Abtretungsverbots aus dem BDSG zu einem „untragbaren Wertungswiderspruch“ führen würde:³⁸⁴ auf Grund der (im Rahmen dieser Arbeit in Ziffer C. I. 1. ausführlich diskutierten) Anwendungsbeschränkung des BDSG auf lediglich Daten natürlicher Personen (unter Ausschluss der Daten

³⁸² BGH, Urt. v. 27.2.2007, NJW 2007, 2106; diese Entscheidung ist insoweit auch spezieller als die in diesem Zusammenhang üblicherweise genannten Entscheidungen des BGH zur Berücksichtigung eines Verstoßes gegen § 203 StGB über § 134 BGB, Urt. v. 25.3.2002, NJW-RR 2002, 1285; Urt. v. 13.6.2001, NJW 2001, 2462.

³⁸³ BGH, Urt. v. 27.2.2007, NJW 2007, 2106.

³⁸⁴ BGH, Urt. v. 27.2.2007, NJW 2007, 2106.

juristischer Personen) würde die Statuierung des BDSG als Verbotsgesetz ihm Rahmen von § 134 BGB eine sachlich nicht zu rechtfertigenden Andersbehandlung von Daten juristischer und natürlicher Personen nach sich ziehen.

Wenngleich bei der BGH-Entscheidung auch Billigkeitserwägungen eine Rolle gespielt haben mögen, den Gläubiger nicht nur deshalb „entlasten“ zu wollen, weil die Abtretung einer gegen ihn gerichteten Forderung an einen anderen Schuldner (möglicherweise) gegen das Datenschutzrecht verstieß, greifen diese Gründe zur Verneinung der Qualifikation des BDSG als Verbotsgesetz im Grundsatz auch bei der vorliegenden Frage, ob ein vertraglicher Anspruch, der datenschutzrechtlich unzulässiges Verhalten verlangt, gemäß § 134 BGB erloschen ist.

Denn wären vorliegend von dem Herausgabeanspruch nur die Vertriebsdaten erfasst, denen Bezug zu einer natürlichen Person zukäme, nicht aber (im Grundsatz)³⁸⁵ die Daten juristischer Personen.³⁸⁶

Damit hätte die Berücksichtigung des BDSG als Verbotsgesetz im Rahmen des § 134 BGB ebenfalls zur Folge, dass der Herausgabeanspruch nur hinsichtlich der Vertriebsdaten natürlicher Personen erloschen wäre – juristische und natürliche Personen insoweit also anders behandelt würden.

Eine solche Andersbehandlung wäre gemäß der Argumentation des BGH aber unzulässig, da vorliegend kein sachlicher Grund diese rechtfertigen würde.

Auch das Argument, dass Daten natürlicher Personen sensibler und damit schutzwürdiger (und Daten juristischer Personen nicht vergleichbar) seien, lässt sich insoweit entkräften, als dass natürliche Personen vor einem datenschutzwidrigen Umgang mit ihren personenbezogenen Daten durch das BDSG ausreichend geschützt sind (über den Schadensersatzanspruch des § 7 BDSG bis hin zur unter Ziffer C. I. 3.

³⁸⁵ Mit Ausnahme beispielsweise von Ein-Mann-GmbHs, bei denen trotz „Zwischenschaltung“ einer juristischen Person die Daten auf die dahinter stehende natürliche Person „durchschlagen“.

³⁸⁶ Vgl. zu dem Begriff der personenbezogenen Daten einleitend Ziffer C. I. 2. a. aa. sowie die Ausführungen im Rahmen der Erlöschensprüfung hinsichtlich des Herausgabeanspruchs für nicht dem BDSG unterfallende Vertriebsdaten unter Ziffer C. III. 3. b.

dargestellten ordnungs- und strafrechtlichen Sanktion unzulässiger Datenverarbeitung, -nutzung etc.).

Daher ist die im Rahmen der Forderungsabtretung entwickelte Linie des BGH zur Ablehnung des BDSG als Verbotsgesetz im Rahmen des § 134 BGB auch für die vorliegende Frage anwendbar.

Einem etwaigen Herausgabeanspruch der Verlage gegenüber den Presse-Grossisten hinsichtlich der Vertriebsdaten steht nicht über § 134 BGB der Umstand entgegen, dass die Weitergabe der Daten gegen das BDSG verstößt.

bb. Erlöschen des Herausgabeanspruchs nach § 275 Abs. 1 Var. 1 BGB

Der Anspruch auf Herausgabe der Vertriebsdaten ist gemäß § 275 Abs. 1 Var. 1 BGB wegen subjektiver rechtlicher Unmöglichkeit erloschen.

Rechtlich unmöglich ist die Erbringung einer Leistung grundsätzlich dann, wenn sie aus Rechtsgründen nicht erbracht werden kann.³⁸⁷ Darunter ist auch der Fall zu fassen, dass eine Leistung gesetzlich verboten ist.³⁸⁸ Anders als im Rahmen der Beurteilung von § 134 BGB stellt sich bei § 275 Abs. 1 BGB dabei die Frage welche Gesetze Verbotsgesetze im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB darstellen in anderem Licht. Denn während § 134 BGB die Privatautonomie dahingehend einschränkt, dass bestimmte gesetzliche Verbote nicht zur Disposition der Vertragsparteien stehen³⁸⁹ (und § 134 BGB damit grundsätzlich restriktiv auszulegen ist um die Vertragsfreiheit nicht zu weit einzuschränken), lässt § 275 Abs. 1 BGB nur den Leistungsanspruch des Gläubigers entfallen und sorgt i.V.m. § 283 BGB (und weiteren Voraussetzungen) dafür, dass der Schuldner, der sich zur Erbringung einer unmöglichen oder als unmöglich definierten Leistung verpflichtet hat, hierfür dem Gläubiger Schadensersatz

³⁸⁷ Vgl. hierzu *Löwisch* in Staudinger, § 275 Rn. 22; *Ernst* in MüKo-BGB, § 275 Rn. 40 ff.

³⁸⁸ Vgl. hierzu grundlegend *RG*, Urt. v. 27.5.1921, *RGZ*, 102, 203; *Löwisch* in Staudinger, § 275 Rn. 32.

³⁸⁹ Zur Forderung einer restriktiven Auslegung des § 134 BGB unter Rücksicht auf die privatautonomen Entscheidungen der Vertragsparteien vgl. *Armbrüster* in MüKo-BGB, § 134 Rn. 2; vgl. hierzu allg. auch *Sack* in Staudinger, § 134 Rn. 1.

zu leisten hat.³⁹⁰ Damit sind an die Annahme eines Verbotsgesetzes im Rahmen des § 275 Abs. 1 BGB geringere Anforderungen zu stellen als im Rahmen von § 134 BGB.

Somit steht einer Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Presse-Grossisten an die Verlage entgegen, dass dies gegen das Datenschutzrecht verstoßen würde.

Bei diesem Leistungshindernis handelt es sich um ein subjektives Leistungshindernis nach § 275 Abs. 1 Var. 1 BGB, da die Übermittlung der Vertriebsdaten von den Einzelhändlern selbst direkt an die Verlage in datenschutzrechtlich zulässiger Weise grundsätzlich denkbare wäre.

Auch ist die Unmöglichkeit der Datenweitergabe nach § 275 Abs. 1 Var. 1 BGB ein dauerndes und nicht bloß vorübergehendes Leistungshindernis und steht der Datenweitergabe damit nicht nur zeitweilig entgegen.³⁹¹ Wie in Ziffer C. I. 2. d. dargestellt bedarf eine zulässige Weitergabe der Vertriebsdaten entweder der Einwilligung der Betroffenen oder eines gesetzlichen Erlaubnistatbestandes. Da derartige Tatbestände wie eingehend geprüft nicht einschlägig sind verbleibt nur die Einwilligung als mögliches Institut. Die Einwilligung aber ist wie unter Ziffer C. I. 2. d. aa. erläutert vorliegend strukturell wie situativ ungeeignet, in zulässiger Weise erteilt zu werden, da zum einen die Schwierigkeit besteht, die Einzelhändler vor Einwilligungserteilung über alle möglich beabsichtigten Verarbeitungs- und Nutzungsvarianten der Vertriebsdaten zu informieren und – kritischer – die Einwilligung freiwillig erteilen zu lassen. Eine dennoch erteilte Einwilligung stünde stets unter dem Vorbehalt, unter Zwang ausgesprochen worden zu sein. Damit scheidet auch die Einwilligung als taugliches Mittel aus.³⁹²

Es ist also die derzeitige Strukturierung des Pressevertriebs generell ungeeignet, eine datenschutzrechtlich zulässige Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Presse-Grossisten an die Verlage zu ermöglichen.

Wenn man insoweit anderer Ansicht wäre und das Mittel der Einwilligung für ein taugliches Mittel hielte, eine Weitergabe der Vertriebsdaten in datenschutzrechtlich

³⁹⁰ Vgl. hierzu *Ernst* in MüKo-BGB, § 275 Rn. 68.

³⁹¹ Vgl. zur dauernden und vorübergehenden Unmöglichkeit *Löwisch* in Staudinger, § 275 Rn. 42.

³⁹² Zumal die Einwilligung auch versagt werden könnte.

zulässiger Weise zu ermöglichen, läge für die Grossisten kein dauerndes Leistungshindernis vor und wären diese (bei Unterstellung des Herausgabeanspruchs hinsichtlich der Vertriebsdaten) verpflichtet, die Einwilligungen der Einzelhändler einzuholen. Von dieser Verpflichtung zur Einholung der Einwilligung wären die Grossisten gemäß § 275 Abs. 2 S. 1 BGB dann befreit,³⁹³ wenn der hierfür zu erbringende Aufwand der Presse-Grossisten zur Einholung der Einwilligungen der Einzelhändler zu den dadurch auf Seiten der Verlage erreichten Vorteilen in einem groben Missverhältnis stünde.

cc. Modifikation des Herausgabeanspruchs nach § 242 BGB

Für den Fall der hypothetischen Nichtanwendbarkeit von § 275 Abs. 1 BGB bzw. § 275 Abs. 2 BGB wäre der (unterstellte) Herausgabeanspruch der Verlage zudem gemäß § 242 BGB zu modifizieren.³⁹⁴

Aus § 242 BGB werden eine Vielzahl von Rechten und Pflichten für die Vertragsparteien abgeleitet, ausgehend von dem Grundsatz, dass jedermann in Ausübung seiner Rechte und Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat.³⁹⁵ Aus diesem allgemeinen Grundsatz haben Literatur und Rechtsprechung ein Konzept zahlreicher Einzelfälle herausgebildet, in denen eine Korrektur über § 242 BGB und die darin verankerten Pflichten vorzunehmen ist.³⁹⁶

Vorliegend beachtlich ist die Pflicht der Vertragsparteien zur gegenseitigen Rücksichtnahme und daraus abgeleitet das Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens gegenüber der anderen Seite.³⁹⁷ Für die Fälle des Handelsvertreter-, Vertragshändler und Franchisingrechts hat der BGH entschieden, dass die Parteien auf Grund der

³⁹³ Bei § 275 Abs. 2 BGB gilt die Besonderheit, dass die Unmöglichkeit der Leistung zwar in Form der Einrede zu erheben ist, dann aber zum Erlöschen des Anspruchs führt.

³⁹⁴ Vgl. zur Subsidiarität von § 242 BGB in diesem Kontext *Looschelders/Olzen* in Staudinger, § 242 Rn. 334 ff., 490; vgl. zu den möglichen Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 242 BGB *Roth* in MüKo-BGB, § 242 Rn. 61 ff.

³⁹⁵ Vgl. hierzu *Roth* in MüKo-BGB, § 242 Rn. 144 ff.

³⁹⁶ Vgl. zu den Anwendungsfällen im Einzelnen *Looschelders/Olzen* in Staudinger, § 242 Rn. 401 ff.

³⁹⁷ Zur Abgrenzung insb. zu § 241 Abs. 2 BGB vgl. *Looschelders/Olzen* in Staudinger, § 242 Rn. 212 ff.

besonderen Abhängigkeit voneinander gegenseitig in besonderer Form zur Rücksichtnahme verpflichtet seien.³⁹⁸

Angesichts der dargestellten Ähnlichkeit des Vertragsverhältnisses zwischen Presse-Grossisten und Verlagen zum Handelsvertreter- und Vertragshändlervertrag ist dieser Grundsatz auch vorliegend anzuwenden.³⁹⁹

Die Verlage haben also bei der Ausübung ihres (unterstellten) Herausgabeanspruchs nicht nur ausschließlich eigene Interessen zu berücksichtigen, sondern auch die Interessen der Gegenseite mit in Erwägung zu ziehen.⁴⁰⁰

Dabei wären in der Abwägung die Interessen der Presse-Grossisten an einer Nicht-Geltendmachung des Herausgabeanspruchs den Interessen der Verlage an einer Ausübung dieses Anspruchs gegenüberzustellen. Auf Seiten der Presse-Grossisten sind insoweit die Interessen maßgeblich, den status-quo des Pressevertriebs durch das Einbehalten der Vertriebsdaten aufrecht zu erhalten und keine ordnungs- und strafrechtlichen Sanktionen durch eine unzulässige Datenweitergabe befürchten zu müssen. Das Interesse der Verlage an einer Weitergabe der Vertriebsdaten wäre die Auswertung der Vertriebsdaten zur Stärkung der eigenen Marktposition hinsichtlich Produktangebot und Vertrieb.

Bei der Interessenabwägung ist zudem zu beachten, dass § 242 BGB nicht automatisch zum Erlöschen des Anspruchs führt, sondern als Gebot des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einen milderen Eingriff zulässt, sofern dieser eine interessengerechte Lösung darstellt.⁴⁰¹

Wie unter Ziffer D. II. darzustellen sein wird ist ein datenschutzrechtlich zulässiges zweistufiges Modell zur Weitergabe der Vertriebsdaten denkbar, das sowohl die Interessen der Verlagsseite wie die der Grossisten angemessen berücksichtigt.

Damit wäre nach Abwägung der widerstreitenden Interessen der (unterstellte) Herausgabeanspruch der Verlage gegenüber den Presse-Grossisten hinsichtlich der

³⁹⁸ BGH, Urt. v. 23.7.1997, NJW 1997, 3309.

³⁹⁹ Vgl. hierzu Ziffer C. III. 1. b. bb.

⁴⁰⁰ Vgl. hierzu *Looschelders/Olzen* in Staudinger, § 242 Rn. 255.

⁴⁰¹ Vgl. hierzu *Looschelders/Olzen* in Staudinger, § 242 Rn. 253.

Vertriebsdaten gemäß § 242 BGB dahingehend zu modifizieren, dass von der Verlagsseite die Herausgabe der Vertriebsdaten nur nach dem zweistufigen Modell verlangt werden könnte.

b. Daten auf die das BDSG nicht anwendbar ist

Die Vertriebsdaten, die nicht dem BDSG unterfallen, müssten – einen entsprechenden Anspruch der Verlagsseite gegenüber den Presse-Grossisten unterstellt – von den Presse-Grossisten an die Verlage herausgegeben werden.

Wie zuvor in Kapitel C. I. 2. a. aa. dargestellt ist das BDSG nur auf solche Daten anwendbar, die personenbezogene Angaben zu bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Personen enthalten.

Daten über juristische Personen ohne Bezug zu natürlichen Personen oder anonymisierte (§ 3 Abs. 6 BDSG) bzw. pseudonymisierte Vertriebsdaten (§ 3 Abs. 7 BDSG) unterfallen damit nicht dem Anwendungsbereich des BDSG.⁴⁰²

Damit kann dem unterstellten Herausgabeanspruch der Verlage hinsichtlich der Vertriebsdaten, die nicht dem BDSG unterfallen, seitens der Presse-Grossisten auch nicht entgegengehalten werden, dies verstöße gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen.

Somit hätten in einem solchen Fall die Presse-Grossisten alle Vertriebsdaten sowohl über juristische Personen als auch die Vertriebsdaten im Übrigen (insb. über Einzelhändler, die als natürliche Personen Presseprodukte verkaufen) in anonymisierter bzw. pseudonymisierter Form an die Verlage herauszugeben.

Zur Anonymisierung der Vertriebsdaten im Übrigen müssten dabei alle Daten gelöscht und Verknüpfungen entfernt werden, die auf die hinter einem Datensatz stehende Person schließen ließen.

⁴⁰² Unterstellt dass eine Anonymisierung bzw. Pseudonymisierung ohne „schleichenden Personenbezug“ technisch möglich ist.

Praktisch dürfte die Herausgabe ausschließlich dieser Vertriebsdaten damit von untergeordnetem Wert sein: die Mehrzahl der Einzelhändler sind gerade natürliche Personen, bei den juristischen Personen handelt es sich zudem häufig um Ein-Mann-GmbHs (und damit wieder um dem BDSG unterfallende Daten mit Personenbezug).

Der wirtschaftliche Wert der Vertriebsdaten liegt gerade in der Personenbeziehbarkeit der Daten: nur wenn man weiß, welche Datensätze welchem Einzelhändler zuzuordnen sind, sind zielgerichtete Marketing- und Vertriebsmaßnahmen durch die Verlage möglich.

D. Zusammenfassung

I. Die Kernthesen der Arbeit

Die Ergebnisse der einzelnen Kapitel lassen sich wie folgt zusammenfassen.

1. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Weitergabe von Vertriebsdaten

Die Weitergabe der Vertriebsdaten durch die Presse-Grossisten an die Verlage ist datenschutzrechtlich unzulässig. Weder greift ein Erlaubnistatbestand des BDSG, noch ist eine Einwilligung des Einzelhändlers auf Grund pressevertrieblicher Besonderheiten strukturell geeignet, die Weitergabe zu gestatten.

Wenngleich die Voraussetzungen für eine teleologische Reduktion vorlägen, den Anwendungsbereich des BDSG auf „private“ personenbezogene Daten zu beschränken und gewerbliche personenbezogene Daten auszunehmen, wird diese Auffassung von den zuständigen Aufsichtsbehörden nicht geteilt. Die insbesondere zu dieser Frage durchgeführte Umfrage unter den Aufsichtsbehörden hat aber verdeutlicht, dass Bedarf nach einer veränderten Handhabung in dieser Frage besteht.

2. „Eigentum“ der Verlage an den Vertriebsdaten

Die Verlage haben kein „Eigentum“ an den Vertriebsdaten erlangt und können somit nicht auf Grundlage eines „Daten-Eigentums-Anspruchs“ Herausgabe der Vertriebsdaten von den Presse-Grossisten verlangen. Das Konzept des „Eigentums am eigenen Datum“ ist zudem aus grundsätzlichen Erwägungen heraus kein taugliches Datenschutzmodell.

Daten sind – soweit sie körperlich sind – als Sachen grundsätzlich eigentumsfähig. Zur Begründung von „Daten-Eigentum“ fehlt aber eine Rechtsnorm, die sämtliche Daten mit Personenbezug dem Betroffenen als Eigentum zuordnet.

3. Vertraglicher Anspruch der Verlage auf Herausgabe der Vertriebsdaten

Die Verlage haben keinen vertraglichen Anspruch auf Herausgabe der Vertriebsdaten gegenüber den Presse-Grossisten.

Es gibt keinen zivil- oder handelsrechtlichen Vertragstyp, der sämtlichen pressevertriebsspezifischen Besonderheiten gerecht wird. Auch die Einordnung der Rechtsbeziehungen zwischen Presse-Grossisten und Verlagen als Kommissionsagentenvertrag ist ungeeignet. Der Vertragstyp ist vielmehr eine Vereinbarung *sui generis*.

Auch wenn man einen Herausgabeanspruch der Verlage gegenüber den Presse-Grossisten hinsichtlich der Vertriebsdaten unterstellte, wäre dieser auf Grund der datenschutzrechtlichen Unzulässigkeit einer solchen Weitergabe erloschen.

II. Ausblick: Weitergabe der Vertriebsdaten im „2-Stufen-Modell“

Auch wenn die Verlage von den Grossisten die Herausgabe der Vertriebsdaten rechtlich nicht verlangen dürfen, wird dieses Ergebnis insbesondere für die Großverlage nicht akzeptabel sein. In der Praxis wird man daher auch im Interesse der Grossisten eine einvernehmliche Lösung finden müssen, wie eine datenschutzrechtlich zulässige und das System des Presse-Grosso nicht-gefährdende Weitergabe der Vertriebsdaten an die Verlage aussehen könnte. Ansonsten besteht das Risiko, dass die Verlage mittelfristig den freien Grosso als Vertriebsweg ausschalten⁴⁰³ und bei der Belieferung des Einzelhandels nur noch auf verlagseigene Grossisten zurückgreifen, mit deren Hilfe sie mittelbar letztlich doch die Vertriebsdaten über den Einzelhandel erheben könnten.⁴⁰⁴

Ein taugliches Konzept könnte dabei das so genannte „2-Stufen-Modell“ darstellen, also die Weitergabe der Vertriebsdaten in zwei Schritten. Hiernach würden die

⁴⁰³ Wenngleich die Verlage hierbei eben nicht auf die Vertriebsdaten der Grossisten zurückgreifen könnten, was einen Markterschließung zu Anfang erschweren würde.

⁴⁰⁴ So in Einzelfällen bereits geschehen, vgl. hierzu Kiosk ausgespäht, WirtschaftsWoche v. 14.9.2008, S. 16; würde dies flächendeckend geschehen stellte sich neben der kartellrechtlichen Problematik erneut die unter Ziffer B. II. 7. aufgeworfene Frage nach der staatlichen Gewährleistung des freien Presse-Grosso.

Grossisten in einem ersten Schritt sämtliche Vertriebsdaten an die Verlage weiterreichen, allerdings in anonymisierter Form und nach Vertriebsgebieten zusammengefasst.⁴⁰⁵

Somit wären drei Dinge gewährleistet: die Verlage könnten auf Grundlage dieser Daten gebietsbezogene Vertriebsanalysen durchführen, das System des Presse-Grosso würde aufrecht erhalten und die Einzelhändler wären vor einer datenschutzwidrigen und für sie im Einzelfall nachteiligen Nutzung ihrer Daten geschützt.

Bei begründeten Einzelfällen könnten die Verlage von den Grossisten in einem zweiten Schritt dann gezielt die Weitergabe der nicht-anonymisierten Vertriebsdaten verlangen. Die Grossisten hätten dann die Möglichkeit, einzelfallbezogen und unter Hinzuziehung der betroffenen Einzelhändler über die Weitergabe dieser Daten zu entscheiden.

⁴⁰⁵ Unterstellt dass eine Anonymisierung ohne „schleichenden Personenbezug“ technisch möglich ist.

Literaturverzeichnis

- Albers, Marion Informationelle Selbstbestimmung, Baden-Baden 2005.
- Albers, Sönke Methodik der empirischen Forschung, 2. Aufl., Wiesbaden
Klapper, Daniel 2007.
Konradt, Udo
Walter, Achim
Wolf, Joachim (Hrsg.)
- Arlt, Ute Zukünftige Organisation und Rechtsstellung der
Piendl, Robert Datenschutzkontrolle in Deutschland, CR 1998, 713.
- Ascherfeld, Nicolaus Presse-Grosso und Europarecht, Frankfurt am Main 1999.
- Baumbach, Adolf Handelsgesetzbuch, 33. A., München 2008.
Hopt, Klaus J.
- Bechtold, Rainer Keine Ware wie jede andere, 50 Jahre Presse-Grosso, der
neue vertrieb, Sonderheft, 182, Hamburg 2000.
- Bizer, Johann Unabhängige Datenschutzkontrolle, DuD 1997, 481.
- Börner, Bodo Der Vertrag zwischen Verlag und Pressegrossisten, Berlin
1981.
- Braxein, Kay Die produkt- und kundenspezifische Absatzstruktur im
Pressegroßhandel, Hamburg 1999.
- Brühann, Ulf Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie, CR 1996, 429.
Zerdick, Thomas

Büllesbach, Alfred	Datenschutz bei Data Warehouses und Data Mining, CR 2000, 11.
Capurro, Rafael	Information, München 1978.
Dobbelstein, Thomas	Marktpotenzialanalysen als Basis der Sortimentspolitik, Wiesbaden 2002.
Dorn, Margit Vogel, Andreas	Geschichte des Pressevertriebs in Deutschland, Baden-Baden 2001.
Gassner, Ulrich M. Schmidl, Michael	Employee Data Protection in Light of the Geneal Act on Equal Treatment, WDPR 2006, Nummer 8, 9.
Giesen, Thomas	Rechtsstellung, Aufgaben und Befugnisse der Datenschutzkontrollstellen nach Art 28 der EG-Datenschutzrichtlinie, RDV 1998, 15.
Gola, Peter	Die Datenschutzgesetze der Bundesländer - ein Überblick, MDR 1980, 181.
Gola, Peter Schomerus, Rudolf	Bundesdatenschutzgesetz, 9. A., München 2007.
Greitenevert, Markus	Prognosesysteme zur Optimierung der Verlags-Grossisten-Einzelhändler-Beziehung: Eine empirische Studie zum Special Interest Zeitschriftenbereich, Diss., Paderborn 2000.
Haller, Michael	Pressevertrieb und Informationsfreiheit in Europa, 2. A., Baden-Baden 2005.
Hopt, Klaus J.	Das Vertragsverhältnis zwischen Verlag und Pressegrossisten, Festschrift für Walter Hadding, 443, Berlin 2004.

	Freie Vertriebsgestaltung, Festschrift für Peter Ulmer, 891, Berlin 2003.
Ipsen, Hans Peter	Presse-Grosso im Verfassungsrahmen, Berlin 1980.
Jarass, Hans Dieter	Grundgesetz, 9. A., München 2007.
Pieroth, Bodo	
Kaiser, Joseph H.	Das Recht des Presse-Grosso, Baden-Baden 1979.
Klammer, Bernd	Pressevertrieb in Ostdeutschland, München 1998.
Kloepfer, Michael	Presse-Grosso unter dem Schutz von Verfassungsrecht und Europarecht, Baden-Baden 2000.
	Informationsrecht, München 2002.
	Informationszugangsfreiheit und Datenschutz: Zwei Säulen des Rechts der Informationsgesellschaft, DÖV 2003, 221.
Kopp, Ferdinand	Tendenzen der Harmonisierung des Datenschutzrechts in Europa, DuD 1995, 204.
Krückeberg, Fritz	Lexikon Informatik und Informationstechnik, Düsseldorf
Spaniol, Otto	1990.
Küstner, Wolfram	Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Bd. 3,
Thume, Karl-Heinz	Vertriebsrecht, 2. A., Frankfurt am Main 1998.
Lackner, Karl	Strafgesetzbuch, 26. A., München 2007.
Kühl, Kristian	

Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. A., Berlin
Canaris, Claus-Wilhelm	Heidelberg 1995.
Lepper, Ulrich	Unabhängigkeit der Datenschutzkontrolle, CR 1997, 703.
Wilde, Christian	
Lewinski, Kai v.	Persönlichkeitsprofile und Datenschutz bei CRM, RDV 2003, 122.
Löffler, Martin	Presserecht, 4. A., München 1997.
Mackeprang, Hartwig	Zum Informationsbegriff der Allgemeinen Technologie, Berlin 1987.
Martin, Albert	Die empirische Forschung in der Betriebswirtschaftslehre, Stuttgart 1989.
Meister, Herbet	Das Schutzgut des Datenrechts, DuD 1983, 163.
	Orwell, Recht und Hysterie, DuD 1984, 162.
	Schutz vor Datenschutz?, DuD 1986, 173.
Miller, Ralf	Das deutsche Presse-Grosso als wettbewerblicher Ausnahmebereich, Bayreuth 2002.
Münchener Kommentar	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, Handelsstand, §§ 1-104, 2. A., München 2005.
	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
	Band 1, Allgemeiner Teil, 1. Halbband, §§ 1-240, ProstG, 5. A., München 2006.

- Band 2, Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 5. A., München 2007.
- Mundhenke, Reinhard
Teuber, Marita
Der Verlagskaufmann, 9. A., Frankfurt am Main 2002.
- Möncke, Ulrich
Data Warehouses - eine Herausforderung für den
Datenschutz?, DuD 1998, 561.
- Palandt, Otto
Bürgerliches Gesetzbuch, 67. A., München 2008.
- Paschke, Marian
Medienrecht, Berlin 1993.
- Pieroth, Bodo
Schlink, Bernhard
Grundrechte Staatsrecht II, 23. A., Heidelberg 2007.
- Risse, Achim
Der Zeitungsvertrieb, 2. A., Berlin 2007.
- Rittweger, Christoph
Schmidl, Michael
Arbeitnehmerdatenschutz im Lichte des Allgemeinen
Gleichbehandlungsgesetzes, RDV 2006, 235-241.
- Rossi, Matthias
Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht, Berlin
2004.
Informationsfreiheitsgesetz, Baden-Baden 2006.
- Roßnagel, Alexander
Handbuch Datenschutzrecht, München 2003.
- Schmidl, Michael
Germany: Internal Audits and Protection of Employee
Data, WDPR 2007, Nummer 6, 10.

Dokumentationsdaten nach dem Allgemeinen
Gleichbehandlungsgesetz (AGG), DuD 2007, 11.

Die Subsidiarität der Einwilligung im Arbeitsverhältnis,
DuD 2007, 756.

- Schneider, Hans-Jochen Lexikon Informatik und Datenverarbeitung, 4. A., Oldenbourg 2000.
- Schultze, Jörg-Martin Der Vertragshändlervertrag, 4. A., Frankfurt am Main 2008.
- Wauschkuhn, Ulf
- Spenner, Katharina
- Dau, Carsten
- Schwerdtfeger, Gunther Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 13. A., München 2007.
- Simitis, Spiros Bundesdatenschutzgesetz, 6. A., Baden-Baden 2006.
- Auf dem Weg zu einem neuen Datenschutzkonzept, DuD 2000, 714.
- Die EU-Datenschutzrichtlinie - Stillstand oder Anreiz?, NJW 1997, 281.
- Staudinger, Julius v. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen.
- Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 90-133, §§ 1-54, 63 BeurkG, Berlin 2004.
- Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 134-163, Berlin 2003.
- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Einl. zu §§ 241 ff., §§ 241-243, Berlin 2005.
- Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-314, Berlin 2001.

	Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 657-704, Berlin 2006.
	Buch 3, Sachenrecht, §§ 903-924, Berlin 2002.
Stier, Winfried	Empirische Forschungsmethoden, Berlin 1996.
Tiedemann, Klaus	Einzelhandelsstruktur und Datenschutz bei dem Vertrieb von Presseerzeugnissen, Rechtsgutachten, (nicht veröffentlicht), Juli 1980.
Trute, Hans-Heinrich	Der Schutz personenbezogener Informationen in der Informationsgesellschaft, JZ 1998, 822.
Ulmer, Peter	Der Vertragshändler, München 1969.
Venzlaff, Friedrich	Über die Schlüsselstellung des Rechtsgefühls bei der Gesetzesanwendung, Frankfurt am Main 1973.
Waldenberger, Arthur	Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften - Der neue § 15 GWB, NJW 2002, 2914.
Walz, Stefan	Datenschutz-Herausforderung durch neue Technik und Europarecht, DuD 1998, 150.
Weber, Martina	Der betriebliche Datenschutzbeauftragte im Lichte der EG-Datenschutzrichtlinie, DuD 1995, 698.
Weichert, Thilo	Datenschutzrechtliche Anforderungen an Data-Warehouse-Anwendungen bei Finanzdienstleistern, RDV 2003, 113.
	Datenschutz als Verbraucherschutz, DuD 2001, 264.

- Weiß, Joachim u.a. Computer und Informationstechnologie, Mannheim 2002.
- Wenzel, Karl Egbert Rechtsprobleme des Presse-Grosso, AfP 1979, 380.
- Wittig, Petra Die datenschutzrechtliche Problematik der Anfertigung
von Persönlichkeitsprofilen zu Marketingzwecken, RDV
2000, 59.

Quellenverzeichnis

Grosso-Unterlagen Geschäftsbericht Bundes-Presse-Grosso, 2007, zu beziehen über www.bvpg.pressegrasso.de.

Verbandsvereinbarung über koordiniertes Vertriebsmarketing, Gemeinsamer Leistungsrahmen für Grosso und Verlage, 1993, einzusehen unter www.dpv.de/downloads/144/KVM-Koordiniertes_Vertriebsmarketing.pdf.

Verbandsvereinbarung über das Verfahren der Körperlosen Remission, zu beziehen über www.bvpg.pressegrasso.de.

Verbandsvereinbarung „Gemeinsame Erklärung 2004“, zu beziehen über www.bvpg.pressegrasso.de.

Umfrage Durchgeführt zur Thematik der Anwendungsbeschränkung des BDSG auf Daten nicht gewerblich tätiger, natürlicher Personen. Brieflich befragt wurden die 16 Datenschutzaufsichtsbehörden der Länder für den nicht-öffentlichen Bereich im Zeitraum März bis Mai 2008.

Zeitungsartikel Grosso-Verband und Springer streiten sich, Kontakter v. 25.8.2008, S. 17.

Kiosk ausgespäht, WirtschaftsWoche v. 14.9.2008, S. 16

Kurzmeldung, Welt Online v. 21.9.2008, einzusehen unter www.welt.de/wams_print/article2473302/Wie-die-junge-Zielgruppe-erfunden-wurde, abgerufen am 21.9.2008.