

Grundlagen des Datenschutzes und der IT-Sicherheit

Musterlösung zur 5. Übung im SoSe 2016:
Kundendatenschutz (4)

5.1 Listenprivileg & Lettershop

Aufgabe:

- Ein Unternehmen möchte eine Werbung für Garagenzubehör, Autowerkzeug und Autopflegesets an potenzielle Interessenten über eine Postwurfsendung verschicken. Die Adressen wurden auf Basis des Listenprivilegs (mit dem Ordnungsmerkmal Garagenbesitzer) erworben. Die Werbung selbst soll durch einen Lettershop versendet werden. Wie muss das Unternehmen vorgehen, damit alle datenschutzrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Anforderungen erfüllt sind?

5.1 Listenprivileg & Lettershop (1)

- Die Werbung soll via Postwurfsendung (also per Post) an potenzielle Interessenten (also überwiegend keine Bestandskunden), deren Adressen über das Listenprivileg erworben wurden, über einen Lettershop (also ein Auftragnehmer, der die Werbesendung für das Unternehmen aufgibt) gesendet werden.
 - Werbung per Post ist datenschutzrechtlich privilegiert
 - für Werbung an Interessenten besteht keine Einwilligung
 - Listenprivileg darf nur ein Ordnungsmerkmal beinhalten
 - Auftragstätigkeit muss § 11 BDSG berücksichtigen

Zur Erhebung der Interessentendaten:

- Die Stelle, die die Adressdaten erstmalig erhoben hat, muss aus der Werbung eindeutig hervorgehen (§ 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG)
 - im vorliegenden Fall hat die erhebende Stelle neben dem Adressdatum, das insbesondere aus einem öffentlichen Adressregister stammen wird, erhoben, bei welcher Adresse mind. eine Garage existiert

5.1 Listenprivileg & Lettershop (2)

- Der Adresshändler erhebt diese Daten geschäftsmäßig zum Zweck der Übermittlung nach § 29 BDSG und hat diese Daten entweder selbst erhoben oder von der erhebenden Stelle unter Ausnutzung des Listenprivilegs erworben
 - Das Datum „Garagenbesitzer“ bietet keinen Grund zur Annahme für ein schutzwürdiges Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Erhebung und Speicherung, zumal der Betroffene im Rahmen der Werbung Kenntnis davon erhält, wer die Daten ursprünglich ohne seine Kenntnis und Einwilligung erhoben hat (gemäß § 33 Abs. 2 Nr. 1 BDSG); der Adresshändler beruft sich dagegen auf § 33 Abs. 2 Nr. 8 lit. b BDSG
 - Der Empfänger der Daten hat ein berechtigtes Interesse, die geordneten Adressdaten übermittelt zu bekommen, da er eine Postwurfsendung an Garagenbesitzer senden möchte
 - Der Adresshändler darf die Listendaten an das Unternehmen senden

5.1 Listenprivileg & Lettershop (3)

- Das Unternehmen muss also die Gründe für das Vorliegen seines berechtigten Interesses nach § 29 Abs. 2 Satz 3 BDSG gegenüber dem Adresshändler darstellen!
- Das Unternehmen wiederum erhält dann diese Listendaten vom Adresshändler auf der Grundlage von § 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG und darf diese listenmäßig zusammengefassten Daten auch zu Werbezwecken verwenden nach § 28 Abs. 3 Satz 2 BDSG, ohne hierfür eine Einwilligung der Betroffenen zu benötigen (aufgrund des „Darüber hinaus“).
- Da die Listendaten aus Adressverzeichnissen stammen und nur nach dem Ordnungsmerkmal „Garagenbesitzer“ geordnet sind, dürfen diese Daten für Zwecke der Werbung für eigene Angebote (hier: Garagenzubehör, Autowerkzeug und Autopflegesets, welches offensichtlich in einem inneren Zusammenhang mit dem Ordnungsmerkmal „Garagenbesitzer“ steht) nach § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BDSG genutzt werden.

5.1 Listenprivileg & Lettershop (4)

- Das Unternehmen ist an den Zweck der an ihn übermittelten Daten nach § 28 Abs. 5 BDSG gebunden, welchen er selbst im Rahmen seiner begründeten Anfrage dargestellt hat.
- Das Unternehmen muss die Herkunft der Daten zwei Jahre lang speichern und dem Betroffenen darüber auf Verlangen Auskunft erteilen (§ 34 Abs. 1a Satz 2 BDSG) und den Betroffenen angemessen im Sinne von § 28 Abs. 3 Satz 4 BDSG über die erhebende Stelle zu informieren (z.B. im Kleingedruckten...).
- Das Unternehmen muss den Betroffenen bei der Werbung auf sein Widerspruchsrecht hinweisen (§ 28 Abs. 4 Satz 2 BDSG).
- Eine Werbung via Postwurfsendung stellt keine unzumutbare Belästigung nach § 7 Abs. 1 UWG dar, wenn eingegangene Werbewidersprüche (inkl. Robinsonliste!) beachtet werden
→ Unternehmen muss Adressliste vor Werbeaussendung abgleichen mit Robinsonliste und vorliegenden Widersprüchen!

5.1 Listenprivileg & Lettershop (5)

- Bei Versand der Postwurfsendung darf das Unternehmen die Tätigkeit eines Auftragnehmers in Anspruch nehmen und insbesondere ein Lettershop einsetzen.
- Aufgabe eines Lettershops ist es, zu versendendes Material, das entweder vollständig oder als Druckvorlage vom Auftraggeber gestellt wird, an Adressen zu versenden, die ihm der Auftraggeber ausdrücklich benannt hat (üblicherweise in Form einer Datei).
- Das Unternehmen hat hierzu die Auflagen aus § 11 BDSG vollständig zu beachten (auf eine Einzelauflistung wird in dieser Aufgabe verzichtet, da schon an anderer Stelle detailliert erfolgt).
- Und schließlich hat das Unternehmen auf die üblichen Anforderungen zu achten (Verpflichtung auf das Datengeheimnis & angemessene Schutzvorkehrungen).

5.1 Listenprivileg & Lettershop (6)

Ergänzende Hinweise:

- Die Beschränkung auf ein Ordnungsmerkmal beim Listenprivileg gilt nur für erworbene Daten, für Bestandskunden können mehrere Ordnungsmerkmale zu einem Merkmal kombiniert werden
- Aufnahme von leicht erkennbaren Zusatzinformationen wie „Garagenbesitzer“ hat die Deutsche Post insbesondere vor der Verschärfung des BDSG 2009 durchgeführt und entsprechende Datensätze als Adresshändler zum Kauf angeboten (dies ist auch nach der BDSG-Verschärfung weiterhin zulässig, allerdings ist der Verkauf durch die Angabe der erhebenden Stelle nicht mehr so attraktiv)
- Adresshändler sind derzeit vor allem darauf spezialisiert, Daten aus öffentlichen Registern nach einzelnen Ordnungsmerkmalen zu sortieren, da sie hierzu keine Daten bei Betroffenen mit deren Kenntnis erheben müssen; oder es werden umfangreiche Verbraucherbefragungen durchgeführt

5.2 Kundenzufriedenheitsbefragung

Aufgabe:

- Ein Unternehmen möchte die Datensätze in seinem CRM-System anreichern um Sozialindikatoren (Alter und Wohlstand der Kunden) und Gesundheitsindikatoren (Abschluss von privaten Krankenversicherungen). Hierzu sollen entsprechende Datensätze auf Basis des Listenprivilegs hinzugekauft werden. Anschließend sollen die entsprechenden Bestandskunden (alles Endverbraucher) abhängig von den Indikatoren zielgerichtet angerufen werden, um diese im Rahmen einer Kundenzufriedenheitsbefragung darauf aufmerksam zu machen, welche Produkte ggf. für den betroffenen Bestandskunden unter Berücksichtigung seiner bisherigen Kaufhistorie geeignet sein könnte, seine Wünsche besser zu erfüllen. Die Telefonnummer wurde von den Kunden im Rahmen des Kaufvertrags mit ausdrücklichem Hinweis auf potenzielle Werbeanrufe erhoben. Ist das geplante Vorgehen des Unternehmens zulässig? Begründen Sie Ihre Antwort!

5.2 Kundenzufriedenheitsbefragung (1)

- Daten für Bestandskunden dürfen ins CRMS hinzugespeichert werden
- Zunächst ist aber fraglich, ob entsprechende Listendaten überhaupt rechtskonform hinzugekauft werden können (siehe Aufgabe 5.1), da bei der Erstellung der Listendaten bereits eine Abwägung durch den Adresshändler oder der erhebenden Stelle durchzuführen ist
 - „Alter“ personenbezogen ermittelbar aus Melderegister (zulässig)
 - „Wohlstand“ resultiert aus sog. sozio-demographischen Daten unter Berücksichtigung von § 28b BDSG, die mit Bonitätsdaten verknüpft werden → Einschätzung aufgrund Wohnort und Vergleichsdaten anderer Personen, die ausreichend nah wohnen (Zulässigkeit insoweit fragwürdig → daraus darf insbesondere keine automatisierte Einzelentscheidung im Sinne von § 6a BDSG erfolgen)
 - „Abschluss privater Krankenversicherung“ kann nur entweder von privater Krankenkasse oder einem Adresshändler stammen (Zulässigkeit höchst fragwürdig → Abwägung mit negativem Ergebnis)

5.2 Kundenzufriedenheitsbefragung (2)

- Hinzuspeicherung der Daten nicht durch Einwilligung der Bestandskunden abgedeckt, da keine entsprechende Aussage in Aufgabe aufgeführt → Vorabkontrolle erforderlich! (aus Aufgabe keine Aussage hierzu getroffen, ob eine derartige Vorabkontrolle durchgeführt wurde)

Unter der Voraussetzung, dass diese Vorabkontrolle durchgeführt wurde und die Indikatorendaten überhaupt zulässig empfangen wurden:

- Sofern für Telefonanruf keine Einwilligung der Bestandskunden vorliegt, stellt Anruf unzumutbare Belästigung nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG dar → nach Aufgabenstellung im Rahmen Kaufvertrag abgesichert
- Bei indikatoren gesteuertem Anruf soll anhand der hinzugespeicherten Daten unter dem Deckmantel einer Kundenzufriedenheitsbefragung jedoch Werbung für Produkte gemacht werden, die für den Betroffenen unter Berücksichtigung seiner Kaufhistorie besser geeignet sein soll → unlauter, da Werbecharakter verschleiert werden soll (§ 4 Nr. 3 UWG) → **unzulässig!**

5.3 Call-Center

Aufgabe:

- Der Auftraggeber (Unternehmen) wünscht, dass der von ihm eingesetzte Call-Center alle Gespräche mit seinen Kunden (alles Endverbraucher) lückenlos aufzeichnet. Unter welchen datenschutzrechtlichen Voraussetzungen ist das zulässig? Begründen Sie Ihre Antwort!

5.3 Call-Center (1)

- Bei Call-Center-Dienstleistungen ist zu unterscheiden in
 - Inbound (eingehende Anrufe) → Kunden rufen an
 - Outbound (ausgehende Anrufe) → Kunden werden angerufen
- Aufgrund der Aufgabenstellung erfolgt die Tätigkeit des Auftraggebers als Auftragsdatenverarbeitung
 - Der Auftraggeber ist „Herr des Verfahrens“ (§ 11 I BDSG)
 - Auftrag muss 10-Punkte-Katalog aus § 11 II BDSG erfüllen
- Auftraggeber erteilt die Weisung, alle Gespräche aufzuzeichnen
 - Einerseits sind damit die Call-Center-Agenten Betroffene (Mitarbeiterdatenschutz)
 - Andererseits sind die anrufenden/angerufenen Kunden Betroffene (Kundendatenschutz)
- Die Aufzeichnung aller Gespräche stellt eine lückenlose Verhaltenskontrolle dar

5.3 Call-Center (2)

- Für lückenlose Verhaltenskontrolle besteht nach Aufgabenstellung keine ausdrücklich vorgegebene Rechtsgrundlage im Sinne von § 4 BDSG (die Voraussetzungen sind ja erst zu entwickeln)
 - Rechtsgrundlage kann datenschutzrechtlich nur eine Einwilligungserklärung nach § 4a BDSG sein!
 - Sowohl die Call-Center-Agenten als auch die Kunden müssten in lückenlose Aufzeichnung ausdrücklich einwilligen
 - Einwilligung der Kunden müsste entweder durch vorangegangenes Vertragsverhältnis abgedeckt sein oder beim Anruf explizit gegeben (und zu Nachweiszwecken aufgezeichnet) worden sein (→ doppelte Einwilligung: erst ohne Aufzeichnung, anschließend mit Aufzeichnung)
 - Einwilligung der Call-Center-Agenten müsste entweder durch deren Anstellungsvertrag oder durch geltende BV erfolgen (aber: Einwilligung im Angestelltenverhältnis schwierig!)

5.3 Call-Center (3)

- Lückenlose Verhaltenskontrollen sind datenschutzrechtlich zudem immer problematisch, weil sich die Betroffenen dem ständigen Überwachungsdruck nicht entziehen können
- Laut Aufgabenstellung sollen alle Gespräche lückenlos aufgezeichnet werden
 - nur möglich, wenn kein Kunde der Aufzeichnung widerspricht (unrealistisch) oder aufgrund des zugrunde liegenden Vertrags die Aufzeichnung ausdrücklich vereinbart wurde (ist z.B. im Kontext von telefonischen Kaufordern der Fall)
 - Regelung mit Einwilligungserklärung für Call-Center-Agenten funktioniert wegen Widerrufsrecht faktisch auch nicht (welcher Agent soll nach Einlegen eines Widerrufs das jeweilige Gespräch durchführen? → faktisch nicht organisierbar)
 - Regelung via Anstellungsvertrag oder BV erfordert Ausgleich für Call-Center-Agenten wegen permanenter Überwachung

5.3 Call-Center (4)

- Eine Regelung via Einwilligungserklärung ist zwar auf Seiten der Kunden potenziell möglich, scheidet aber auf der Seite der Call-Center-Agenten faktisch aus
- Möglicher Ausgleich für Call-Center-Agenten:
 - Reduzierte Zeiten für Auftragserfüllung mit lückenloser Aufzeichnung mit monetärem Ausgleich für zusätzliche Belastung und ansonsten Einsatz für anderen Kunden ohne Aufzeichnung; die Aufzeichnungen selbst unterliegen dann der strengen Zweckbindung als Nachweis für Kundenvertragserfüllung (also z.B.: Nachweis für abgegebene Kauforder, der bis zum Ablauf der Widerspruchsfrist gesperrt wird)
 - Keine mitarbeiterbezogene Leistungs- und/oder Verhaltenskontrolle anhand der Aufzeichnungsdaten (sonst: weiterer Zweck der Aufzeichnungsdaten!)

5.3 Call-Center (5)

- Aufzeichnungsdaten sind vor unbefugten Zugriffen zu schützen
 - Kontrolle nur im 4-Augen-Prinzip, wenn Nachweis entweder angezweifelt wurde oder ausdrücklich abgerufen werden soll
 - Auftraggeber erhält insoweit nicht volles Zugriffsrecht auf die Aufzeichnungsdaten, obwohl ihm diese Daten formal gehören
 - Einschränkung der Kontrollrechte des Auftraggebers nach § 11 II Nr. 7 BDSG und der Weisungsrechte des Auftraggebers nach § 11 II Nr. 9 BDSG
 - nachlaufende Verpflichtungen für Auftraggeber nach Beendigung des Auftrags nach § 11 II Nr. 10 BDSG
- Aufzeichnungsdaten sind auf WORM-Medien zu speichern, da GoBD-relevant (revisionsfeste Archivierung)
- *Hinweis: Kein unbefugtes Aufnehmen eines nichtöffentlich gesprochenen Wortes im Sinne von § 201 StGB, da für beide Seiten (Kunde + Call-Center-Agent) jeweils Befugnis vorliegt*

5.4 Cookies

Aufgabe:

- Auf einem Webportal sollen anhand der Identifizierung des Nutzers durch gesetzte Cookies gezielt Werbebotschaften eingeblendet werden, in denen Produkte beworben werden, die von Kunden mit vergleichbarem Kaufverhalten erworben wurden. Unter welchen Voraussetzungen ist das zulässig? Begründen Sie Ihre Antwort!

5.4 Cookies (1)

- Webportal = Telemediendienst → TMG einschlägig
- Cookies setzen eine elektronische Einwilligung der Nutzer unter Berücksichtigung von § 13 Abs. 2 TMG voraus; dabei ist der Nutzer auf sein Widerspruchsrecht hinzuweisen (§ 13 Abs. 3 TMG)
- Ein Diensteanbieter darf für Werbezwecke Nutzungsprofile erstellen, sofern der Nutzer diesem nicht widersprochen hat (§ 15 Abs. 3 TMG); auf das Widerspruchsrecht ist in der Datenschutzerklärung nach § 13 Abs. 1 TMG hinzuweisen
- Zur Erstellung der Nutzungsprofile sind Pseudonyme zu verwenden → laut Aufgabenstellung ist nur das charakteristische Käuferverhalten, welches über das Webportal erfolgt, relevant
→ Die Cookie-ID ist ein derartiges Pseudonym
→ Vergleich zu Werbezwecken ohne Bezug zu Träger des Pseudonyms zulässig!

5.4 Cookies (2)

- Nutzer kann jederzeit seine Einwilligung einsehen, da diese lokal auf seinem Rechner gespeichert ist
- Nutzer kann jederzeit seine Einwilligung widerrufen, indem er das Cookie löscht
- Sollen Daten aus Cookies ausgelesen und in Bezug auf gespeichertes Kaufverhalten ausgewertet werden, darf dabei kein Personenbezug hergestellt werden → Datamining ohne unmittelbaren Personenbezug (sowohl hinsichtlich der IP-Adresse, die zu dem Cookie gehört als auch zu dem Portalnutzer!)
- Da keine Werbungen (elektronisch) versandt werden, sondern nur als Werbebotschaften im Webportal angezeigt werden, liegt auch keine unzumutbare Belästigung nach § 7 Abs. 1 UWG vor
- Werbebotschaft = Werbebanner
→ Online Behavioural Advertising

5.5 Umgang mit Datenschutzrisiken

Aufgabe:

- Zum Gastvortrag von Prof. Federrath vom 18.04.2016: Als mögliche Strategien zum Umgang mit Risiken wurden vom Vortragenden genannt:
 - Vermeidung (= Risikovermeidung)
 - Behandlung (= Risikomodifikation)
 - Überwälzung (= Risikoteilung)
 - Akzeptanz (= Risikobeibehaltung)

Nicht alle möglichen Strategien sind jedoch für den Umgang mit Datenschutzrisiken geeignet. Stellen Sie zu allen Strategien dar, aus welchen Gründen diese geeignet bzw. ungeeignet ist!

5.5 Umgang mit Datenschutzrisiken (1)

Beim Umgang mit Datenschutzrisiken sind folgende Strategien gut geeignet:

- Vermeidung (= Risikovermeidung), da dann erst gar kein Datenschutzrisiko weiterhin besteht (ob ein Verzicht auf ein Verfahren oder eine Einzelmaßnahme in der Praxis immer geht, ist jedoch eine ganz andere Frage...); inhärente Risiken, welche also nicht geeignet modifiziert werden können, sind zu vermeiden
- Behandlung (= Risikomodifikation), da durch die Ergreifung entsprechend geeigneter Maßnahmen der Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht auf das mildeste Mittel beschränkt wird; allerdings bleibt dabei unter Umständen ein Restrisiko übrig, welches somit auf ein akzeptables Maß zu reduzieren ist

5.5 Umgang mit Datenschutzrisiken (2)

Nicht gut geeignet sind dagegen:

- Überwälzung (= Risikoteilung), da die verantwortliche Stelle weiterhin voll verantwortlich bleibt und Bußgeldtatbestände nicht wirklich gut versicherbar sind, obwohl diese durch die geringe Eintrittswahrscheinlichkeit geradezu prädestiniert wären; würde man aber eine entsprechende Versicherung abschließen können, ist die Unterlassung der Mängelbeseitigung wiederum in jedem Falle mindestens als grobe Fahrlässigkeit, teilweise sogar als Vorsatz anzusehen
- Akzeptanz (= Risikobeibehaltung), da die Beibehaltung eines Datenschutzverstoßes zum Einen mangelnde Sorgfalt zeigt und nicht nur die Eintrittswahrscheinlichkeiten erhöht, sondern auch zusätzlichen Schadensersatz begründet