

# Grundlagen des Datenschutzes und der IT-Sicherheit

Musterlösung zur 4. Übung im SoSe 2018:  
Kundendatenschutz (2)

# 4.1 Gewinnspiel & Werbung

## Aufgabe:

- Ein Unternehmen möchte ein Gewinnspiel unter Beachtung von Wettbewerbsrecht und Datenschutzrecht durchführen, um über diesen Weg erreichen zu können, dass es volljährige Teilnehmer am Gewinnspiel (betrifft Bestandskunden als auch Interessenten) zu Werbezwecken kontaktieren darf. Ist es zulässig, dass die Teilnahme am Gewinnspiel an der Einwilligung zu Werbezwecken gekoppelt wird? Unterscheiden Sie bei Ihrer Antwort auch nach den Kontaktwegen Post, E-Mail und Telefon. Begründen Sie Ihre Antwort unter Angabe der Rechtsquellen!

### Hinweis:

*Zu vermeidende Vorgehensweisen bei Gewinnspielen sind in § 4 UWG und im Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG beschrieben.*

*Die Teilnahme am Gewinnspiel berechtigt dazu, an der Verlosung teilzunehmen, nicht aber garantiert einen Gewinn erzielen zu können. Insoweit resultiert aus der Teilnahme keine Leistungsverpflichtung im Sinne eines Vertrags.*

# 4.1 Gewinnspiel & Werbung (1)

- Gemäß der Aufgabenstellung soll die Einwilligung in die Werbung als Voraussetzung zur Teilnahme am Gewinnspiel gegeben werden, d.h. die Werbung soll mittels Art. 6 Abs. 1 lit. a EU-DSGVO begründet werden und nicht mit Art. 6 Abs. 1 lit. f EU-DSGVO.
- Nach Art. 7 Abs. 4 EU-DSGVO ist eine Einwilligung freiwillig, wenn die Erfüllung eines Vertrages nur auf einer Einwilligung basiert, die zur Vertragserfüllung nötig ist (Kopplungsverbot).
- Eine Teilnahme am Gewinnspiel begründet jedoch kein Vertragsverhältnis, da der Anbieter eines Gewinnspieles keinen Erfolg verspricht, sondern lediglich eine faire Chance auf einen Erfolg, indem der Teilnehmer an der Verlosung teilnimmt und dabei die gleiche Chance hat, gezogen zu werden, wie jeder andere Teilnehmer.
- Die Einwilligungserteilung muss nach Art. 7 Abs. 1 EU-DSGVO nachvollziehbar sein, **nötig sind zwei Einwilligungen:**
  - Einwilligung in Werbung
  - Einwilligung ins Gewinnspiel

# 4.1 Gewinnspiel & Werbung (2)

- Weitere Voraussetzungen nach Art. 7 EU-DSGVO:
  - Freiwilligkeit ist gegeben, denn die Einwilligung in die Werbezwecke ist nicht an der Teilnahme beim Gewinnspiel gekoppelt, sondern andersherum.
    - noch zu klären: Kopplung für Gewinnspiel zulässig? [s. u.]
  - Hinweis auf Zweck wird ausdrücklich gegeben (Werbzweck!), allerdings muss in der vorformulierten Einwilligungserklärung näher beschrieben werden, auf was genau sich die Werbung bezieht (z.B. durch präzisen Hinweis auf das bestehende Warensortiment bzw. den angebotenen Dienstleistungen; vgl. Beschluss des LG Berlin vom 09.08.2011; Az. 15 O 762/04). Da laut Aufgabenstellung sowohl Datenschutzrecht als auch Wettbewerbsrecht eingehalten wird: Erfüllt.
  - Einwilligung muss verständlich und klar formuliert sein.
  - Einwilligung zu Werbezwecken ist optisch hervorzuheben.
  - Einwilligung zu Werbezwecken darf jederzeit (also insbesondere nach Ablauf des Gewinnspiels) widerrufen werden.

# 4.1 Gewinnspiel & Werbung (3)

- Laut Aufgabenstellung sollen sowohl Bestandskunden als auch Interessenten in die Werbung (und anschließend in das Gewinnspiel) einwilligen. Die Werbeerleichterung für Bestandskunden ist insoweit nicht fall-relevant.
- **Datenschutzrechtlich ist die gewählte Konstruktion zulässig!**
- Datenschutzrechtlich besteht kein Unterschied darin, ob die Einwilligen- den anschließend per Post, E-Mail oder Telefon kontaktiert werden.
- Anders verhält sich das nach dem Wettbewerbsrecht. Doch ist erst mal zu klären, ob die gewählte Kopplung auch wettbewerbsrechtlich zuläs- sig ist [s.o.]:
  - Nach § 4 Nr. 5 UWG müssen die Teilnahmebedingungen des Gewinnspiels klar und eindeutig angegeben werden.
  - Nach § 4 Nr. 6 UWG darf nicht der Erwerb einer Ware oder Dienstleistung von der Teilnahme am Gewinnspiel abhängig gemacht werden.

# 4.1 Gewinnspiel & Werbung (4)

- Gemäß Nr. 16 im Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG wäre es unlauter, eine Erhöhung der Gewinnchance durch Bezug einer bestimmten Ware oder Dienstleistung zu versprechen.
- Nach Nr. 17 im Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG wäre es zudem unlauter, den Eindruck zu erwecken, dass der Verbraucher einen Preis bereits gewinnen würde, wenn er eine bestimmte Handlung vornehmen würde (wie z.B. durch Einwilligung in Werbung).
- Nach Nr. 20 im Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG wäre es schließlich unlauter, in Aussicht gestellte Preise nicht auch tatsächlich auszuschütten.
- Da laut Aufgabenstellung das Wettbewerbsrecht eingehalten werden soll, findet eine Verlosung unter den Teilnehmern statt, bei dem die Werbeeinwilligenden keinen garantierten Gewinn erhalten, sondern lediglich höhere Gewinnchancen, die aber in den Teilnahmebedingungen detailliert zu beschreiben wären (z.B. 2/3 vs. 1/3 je Lostopf).

# 4.1 Gewinnspiel & Werbung (5)

- **Auch wettbewerbsrechtlich insoweit eine Kopplung der Teilnahme am Gewinnspiel an der Einwilligung in Werbung zulässig.** Eine bloße Berücksichtigung der Werbeeinwilligenden ist aber unzulässig!
- Allerdings ist noch zu prüfen, welche Voraussetzungen an der Einwilligung in Werbung aus wettbewerbsrechtlicher Sicht bestehen:
  - Werbung per Post nach § 7 Abs. 1 UWG nur dann unzumutbar, wenn die Werbung z.B. aufgrund eines Widerspruchs (im Sinne von Art. 21 Abs. 3 EU-DSGVO) offensichtlich unerwünscht ist
  - Werbung per Mail dagegen darüber hinaus für Interessenten nur zulässig, wenn der Verbraucher in die Werbung (und die Ansprache per Mail) eingewilligt hat (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG), z.B. durch freiwillige Angabe der Mail-Adresse; Bestandskunden dürfen angemailt werden, wenn § 7 Abs. 3 UWG berücksichtigt wurde
  - Werbung per Telefon dagegen nur zulässig, wenn der Verbraucher ausdrücklich darin eingewilligt hat (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG)

# 4.2 Elektronische Einwilligung

## Aufgabe:

- Ein Unternehmen möchte ein Kundenbindungsprogramm etablieren, mit dem Kunden (Endverbraucher) Rabatt auf angebotene Produkte erhalten können (Rabattsystem), sofern sie genügend Bonuspunkte angehäuft haben. Dabei zählt ein für Produkte des Unternehmens ausgegebener Euro einen Punkt. Pro hundert Punkte erhält der Kunde 1 %-Punkt Rabatt, bis max. 25 %. Nach drei Jahren verfallen erworbene Bonuspunkte, die bis dahin noch nicht eingesetzt wurden. Formulieren Sie hierzu eine elektronische Einwilligungserklärung, die die Anforderungen aus dem TMG erfüllt!

## 4.2 Elektronische Einwilligung

Hiermit willige ich ein, dass die zu meinem Account gehörenden Verkaufsdaten von der <Bezeichnung des Verantwortlichen> zum Zweck der Gewährung von Rabatten auf angebotene Produkte des Unternehmens erhoben, verarbeitet und genutzt werden dürfen. Jeder ausgegebene Euro zählt dabei als 1 Bonuspunkt. Pro 100 Punkte erhalte ich 1 %-Punkt Rabatt bis max. 25 %. Mir ist bekannt, dass nicht verwendete Punkte nach 3 Jahren verfallen. Ich wurde darüber informiert, dass ich diese Einwilligung jederzeit ohne Nachteile widerrufen kann und meine Angaben jederzeit unter <Link> abrufen kann. Mir ist bewusst, dass aus Gründen der Nachvollziehbarkeit der Vorgang der Einwilligung selbst mitprotokolliert wird. Von der <Bezeichnung des Verantwortlichen> wurde mir versichert, dass meine datenschutzrechtlichen Belange ohne Einschränkung gewährleistet werden und keine Übermittlung meiner Daten an Dritte erfolgt.

- Obiger Einwilligungserklärung stimme ich zu! (*bitte Häkchen setzen*)
- Absenden!*

# 4.3 Empfehlungswerbung

## Aufgabe:

- Ein Unternehmen möchte seine Kunden dazu motivieren, über die Webseite durch entsprechende Eingabe in ein Webformular eine Empfehlungsmail an befreundete Personen zu senden und in Abhängigkeit zur Anzahl bestätigter Anfragen Rabatt auf angebotene Produkte gewähren. Ist die Empfehlungswerbung zulässig? Begründen Sie Ihre Antwort!

## 4.3 Empfehlungswerbung

- Das Unternehmen, das auf seiner Webseite die Option zur Sendung einer Empfehlungswerbung bereit stellt, wird auf diese Weise zum TK-Anbieter!
  - Da der Charakter der zu versendenden E-Mail eine Werbung ist, ist eine Empfehlungswerbung nach den Kriterien einer Werbung per E-Mail zu betrachten, unabhängig davon, von wem die Empfängeradresse eingegeben wurde.
  - Die Werbung wird von dem Unternehmen an einen Dritten, zu dem bisher i.d.R. noch keinerlei geschäftliche Beziehung bestand, versandt.
  - Für den Empfänger stellt diese Werbe-Mail damit eine unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG dar, da er ja zuvor nicht ausdrücklich in die Werbung eingewilligt hat
- **Empfehlungswerbung ist unzulässig!** (BGH-Urteil v. 12.09.13)

# 4.4 Weitergabe von Zahlungsverzugsdaten

## Aufgabe:

- Wie muss ein Unternehmen vorgehen, wenn es aufgrund ausstehender Zahlungseingänge
  - a) diese Forderungen an ein Inkassounternehmen bzw.
  - b) entsprechende Zahlungsverzugsdaten an eine Auskunftei übertragen möchte? Begründen Sie Ihre Antwort!

# 4.4 Weitergabe von Zahlungsverzugsdaten (1)

## a) Datenweitergabe an Inkassounternehmen

- Inkassounternehmen = Dritte
  - Forderungsübertragung erfordert Datenübertragung (berechtigte Interessen des Dritten nach Art. 6 Abs. 1 lit. f EU-DSGVO)
  - Inkassounternehmen verfolgt anschließend eigene Zwecke mit übermittelten Daten und wird selbst zum Verantwortlichen
  - Betroffene ist über die erstmaligen Speicherung der übermittelten Daten zu benachrichtigen (Art. 14 EU-DSGVO)

# 4.4 Weitergabe von Zahlungsverzugsdaten (2)

- a) Datenweitergabe an Inkassounternehmen (Forts.)
- Benachrichtigung entfällt, wenn der Betroffene bereits auf andere Weise davon Kenntnis erlangt hat (Art. 14 Abs. 5 lit. a EU-DSGVO)
    - üblich: Forderungsabtretung an Inkassobüro entweder in AGB oder in Mahnung ankündigen

## 4.4 Weitergabe von Zahlungsverzugsdaten (3)

### b) Datenweitergabe an Auskunftfei

- Für Datenübermittlung an Auskunftfei müssen berechnigte Interessen eines Dritten vorliegen: Abschätzung des Risikos eines Forderungsausfalls → gegeben.
- Datenübermittlung nur zulässig, wenn geschuldete Leistung trotz Fälligkeit nicht erbracht worden ist (§ 31 Abs. 2 BDSG 2018)
  - ausstehender Zahlungseingang muss fällig sein
  - keine per-se-Datenübermittlung zulässig!

# 4.4 Weitergabe von Zahlungsverzugsdaten (4)

## b) Datenweitergabe an Auskunftfei (1. Forts.)

- Für die Forderung muss ein durchsetzbarer Titel (§ 31 Abs. 2 Nr. 1 BDSG 2018), Insolvenzrelevanz (Nr. 2) oder ausdrückliche Anerkennung durch den Betroffenen (Nr. 3) vorliegen.
- Der Betroffene muss gemäß § 31 Abs. 2 Nr. 4 BDSG 2018 nach Eintritt der Fälligkeit mind. 2x schriftlich gemahnt und zuvor, frühestens vor der ersten Mahnung, über die Datenübermittlung an die Auskunftfei unterrichtet worden sein, wobei zwischen der ersten Mahnung und der Übermittlung wenigstens 4 Wochen liegen müssen.
- Bei der Unterrichtung des Betroffenen ist Art. 14 EU-DSGVO zu beachten.

# 4.5 Web-Tracking

## Aufgabe:

- Ein Unternehmen möchte die Nutzung ihrer Webseite mittels eines Tracking-Tools analysieren, das die IP-Adressen der Nutzer und die getätigten Klicks sowie die eingegebenen Suchanfragen zu Analyse-zwecken an einen für derartige Analysen spezialisierten Dritten überträgt. Das Unternehmen in den USA, das diese Analysen vornehmen soll, behält sich die Verwendung der empfangenen Daten für eigene Zwecke vor. Ist die Verwendung eines derartigen Tracking-Tools zulässig? Begründen Sie Ihre Antwort unter Angabe der Rechtsquellen!

### Hinweis:

*Ziel von Tracking Tools im telemedienrechtlichen Sinn ist die bedarfsgerechte Gestaltung angebotener Telemedien.*

*Gehen Sie in Ihrer Antwort davon aus, dass IP-Adressen als personenbezogenes Datum anzusehen sind, selbst wenn diese dynamisch erzeugt werden (das ist derzeit noch rechtlich strittig – in der Lehrveranstaltung wird jedoch der höhere Schutzbedarf vorausgesetzt).*

# 4.5 Web-Tracking (1)

## Hinweise:

- IP-Adressen werden nach herrschender Meinung als personenbezogene Daten angesehen, da Online-Kennung (siehe ErwG 30 und das Beispiel 15 zu dynamischen IP-Adressen in WP 136 der EU-Datenschutzgruppe nach Art. 29 EU-DSRL)
- Aufgabe von Tracking-Tools ist es, das Verhalten der Web-Seiten-Nutzer hinsichtlich deren Klicks und Eingaben auf den bereitgestellten Web-Seiten zu analysieren und daraus Rückschlüsse zur Verbesserung des eigenen Web-Auftritts bzw. der dort angebotenen Produkte/Leistungen ziehen zu können
  - Ziel: bedarfsgerechte Gestaltung angebotener Telemedien!
  - Zulässigkeit des Einsatzes von Tracking-Tools prüfen und
  - Zulässigkeit der Übermittlung der Daten prüfen!

## 4.5 Web-Tracking (2)

- Nach § 15 III TMG darf ein Dienstanbieter zum Zweck der [...] bedarfsgerechten Gestaltung der angebotenen Telemedien Nutzungsprofile unter Verwendung von Pseudonymen (!) erstellen, sofern der Nutzer diesem nicht widerspricht.
  - Auf den Einsatz des Tools und auf sein Widerspruchsrecht ist der **Nutzer** im Rahmen der Datenschutzerklärung **hinzuweisen**.
  - Die **Nutzungsprofile** dürfen nicht mit den Daten über den jeweiligen Träger des Pseudonyms zusammengeführt werden.
- Ist für den vorgesehenen Zweck der Auswertung kein Personenbezug erforderlich (z.B. bei rein statistischen Analysen), ist bei der Auswertung auf die IP-Adressen-Speicherung im Sinne der Datensparsamkeit und § 13 VI TMG zu verzichten
  - Dann keine Restriktionen zu beachten (Erhebung zulässig!)

# 4.5 Web-Tracking (3)

- Für den Fall einer zulässigen Verwendung hat der Einsatz des Web-Tracking-Tools stets unter Einsatz ausreichender technischer und organisatorischer Maßnahmen zu erfolgen nach § 13 IV TMG bzw. Art. 32 EU-DSGVO, da IP-Adressen und zu trackende Nutzereingaben ggf. Personenbezug aufweisen (siehe auch Hinweis!).
- An dieser Stelle laut Aufgabenstellung noch kein Entscheidungskriterium über Zulässigkeit möglich  
→ Fallunterscheidung:
  1. Übermittelte Daten mit Personenbezug? (davon ist gemäß obigem Hinweis auszugehen!)
  2. Übermittlung an sich zulässig?

# 4.5 Web-Tracking (4)

Fallunterscheidung: Gegebener Personenbezug der Daten:

- Sofern die IP-Adressen und ggf. weitere personenbezogene Daten (Such-Anfragen, Einträge in Web-Formulare etc.) mittels des Web-Tracking-Tools analysiert werden sollen, ist aufgrund der damit verbundenen Zweckänderung (!) die **Einwilligung der Betroffenen erforderlich** nach § 12 II TMG!  
→ **Liegt keine derartige Einwilligungserklärung vor, ist die Verwendung des Tracking-Tools (und erst recht die Datenübermittlung ins Ausland) unzulässig!** (in Aufgabenstellung zum Vorliegen einer derartigen Einwilligungserklärung aber keine Hinweise vorhanden → Unzulässigkeit wahrscheinlich)

# 4.5 Web-Tracking (5)

Fallunterscheidung zur Übermittlung (1):

- **Übermittlung** personenbezogener Daten **nur zulässig, wenn**
  - a) **Datensender** dazu **befugt** (möglich nach Art. 6 Abs. 1 lit. f EU-DSGVO, da bedarfsgerechte Webseitengestaltung berechtigtes Interesse darstellt) und
  - b) **bei Datenempfänger** ein **angemessenes Datenschutzniveau** gilt, wenn die Daten ins Ausland transferiert werden sollen (Art. 44 EU-DSGVO)
    - Klärung, ob bei Empfängerstelle ein angemessenes Datenschutzniveau in diesem Sinne besteht (*in USA nur bei Unternehmen mit EU-Standardvertrag und derzeit noch bei Privacy Shield – unbeachtlich CLOUD Act – gegeben)*  
*CLOUD Act = Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act*

# 4.5 Web-Tracking (6)

Fallunterscheidung zur Übermittlung (2):

- Nach Aufgabenstellung jedoch keine Angabe, ob bei Datenempfänger ein ausreichendes Datenschutzniveau vorhanden ist  
→ **Starkes Indiz für Unzulässigkeit**
- Nach Aufgabenstellung verfolgt der Datenempfänger eigene Zwecke mit den empfangenen und zu analysierenden Daten
  - neue Zwecke müssen aber noch mit ursprünglichen Zwecken vereinbar sein (Art. 5 Abs. 1 lit. b EU-DSGVO)
  - Zweckänderung erfordert Abwägung (Art. 6 Abs. 4 EU-DSGVO)
  - Betroffeneninteresse am Ausschluss aufgrund fehlender Zweckfestlegung beim Empfänger stärker zu gewichten!
  - **Übermittlung in die USA als unzulässig anzusehen!**