

# Grundlagen des Datenschutzes und der IT-Sicherheit

Musterlösung zur 3. Übung im SoSe 2019:  
Kundendatenschutz (2)

# 3.1 Newsletter

## **Aufgabe:**

- Ein Unternehmen möchte an seine Bestandskunden einen via E-Mail zu verschickenden Newsletter zustellen. Wie muss es hierzu vorgehen, um sowohl die datenschutzrechtlichen, telemedienrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Anforderungen zu erfüllen? Begründen Sie Ihre Antwort!

# 3.1 Newsletter (1)

## Datenschutzrechtliche Anforderungen:

- Newsletter eigenes Verfahren auf der Rechtsgrundlage einer Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a EU-DSGVO
  - Newsletter erfordert Einwilligungserklärung unter Einhaltung von Art. 7 EU-DSGVO
  - eigenständiges Verfahren, das in Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten nach Art. 30 EU-DSGVO aufzunehmen ist
- Newsletter darf nicht an Empfänger versandt werden, die diesem widersprochen haben (Art. 21 Abs. 3 EU-DSGVO)
  - Prüfung, ob Widerspruch vorliegt
  - Eingesetztes System zu Planung und Versand von Newslettern muss Sperrfeld aufweisen, in das eingegangene Widersprüche eingetragen werden
- Eingesetzte Systeme zum Newslettersystem (CRM-System und Mail-System) müssen angemessen im Sinne von Art. 32 EU-DSGVO geschützt sein.

# 3.1 Newsletter (2)

## Wettbewerbsrechtliche Anforderungen:

- Versand des Newsletters per E-Mail setzt voraus, dass es sich dabei nicht um eine unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG handeln darf
- Eine unzumutbare Belästigung durch den Newsletter via E-Mail läge vor, wenn keine ausdrückliche Einwilligung des Empfängers vorläge (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG) und/oder die Identität des Absenders verheimlicht oder verschleiert würde (§ 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG)  
→ Aus Newsletter müssen die erforderlichen Angaben zum Verantwortlichen hervorgehen

# 3.1 Newsletter (3)

## Telemedienrechtliche Anforderungen:

- Newsletter wird via E-Mail versandt  
→ E-Mail ist telemedienrechtlicher Dienst
- Aufgrund von § 12 Abs. 1 TMG muss die Speicherung der Nutzerdaten für den Newsletter auf einer Rechtsvorschrift beruhen, die sich ausdrücklich auf Telemedien bezieht  
→ Einwilligung muss ausdrücklichen Bezug auf Telemedium E-Mail aufweisen
- Telemediendiensteanbieter darf personenbezogene Daten nur zu Zwecken verwenden, die telemedienrechtlich vorgeschrieben bzw. gestattet sind ODER zu denen die Nutzer eingewilligt haben (§ 12 Abs. 2 TMG)  
→ Da TMG keine Gestattung zugunsten Newsletter kennt, ist das Vorliegen einer Einwilligungserklärung des Nutzer nötig!

# 3.1 Newsletter (4)

## Telemedienrechtliche Anforderungen: Fortsetzung

- Für den Bezug eines Newsletters muss der Nutzer seine Einwilligung unter Beachtung von § 13 Abs. 3 TMG erteilen  
→ Nutzer ist über sein Widerrufsrecht zu informieren!
- Einwilligungserklärung kann auch elektronisch erfolgen, wobei dann § 13 Abs. 2 TMG zu beachten ist:
  - bewusste & eindeutige Erklärung des Nutzers
  - Protokollierung der Einwilligungserklärung
  - jederzeitige Abrufbarkeit der Einwilligungserklärung für Nutzer
  - Umsetzung zum Widerrufsrecht
- Versand von Newslettern ist in der Datenschutzerklärung aufzuführen (§ 13 Abs. 1 TMG)
- Für den Abruf des Newsletters sind geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu ergreifen (§ 13 Abs. 4 TMG)

# 3.1 Newsletter (5)

## Telemedienrechtliche Anforderungen: Fortsetzung

- *Anmerkung: Am 26.04.2018 hat die Datenschutzkonferenz (= Konferenz der Aufsichtsbehörden) in einem Positionspapier die Ansicht vertreten, dass der 4. Abschnitt des TMG am 25.05.2018 ersatzlos entfallen würde und entsprechende Regeln erst durch Inkrafttreten der ePrivacy-Verordnung in der dann dort formulierten Form gelten würden (vgl. [https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/ah/201804\\_ah\\_positionsbestimmung\\_tmg.pdf](https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/ah/201804_ah_positionsbestimmung_tmg.pdf))*
- *Diese Position ist eine Auslegungshilfe, aber noch keine rechtsverbindliche Festlegung. Zudem bezieht sich die Position nur auf Tracking, wofür eine Einwilligung eh als erforderlich angesehen wird → gleiches gilt für Newsletter → wird für LV bis auf Weiteres als irrelevant angesehen!*

# 3.1 Newsletter (6)

Zur **Einwilligung** für Werbezwecke:

- Aus der Einwilligung muss für den Betroffenen ersichtlich sein, auf was genau sich die Werbung beziehen wird (z.B. durch präzisen Hinweis auf das bestehende Warensortiment bzw. den angebotenen Dienstleistungen; Beschluss LG Berlin vom 09.08.2011; Az. 15 O 762/04)
- Eine Einwilligungserklärung kann auch konkludent erfolgen: Trägt ein Betroffener in einem als freiwillig gekennzeichneten Textfeld unter dortiger Angabe des vorgesehenen Verwendungszwecks seine E-Mail-Adresse ein, darf diese E-Mail-Adresse auch gemäß dem beschriebenen Zweck verwendet werden (Beschluss BGH vom 14.04.2011; Az.: I ZR 38/10)
- Wurde dem Kunden oder Interessenten ab dem Zeitpunkt der Erteilung seiner Einwilligung zu Werbezwecken noch keine Werbung per E-Mail zugesandt, erlischt dessen Einwilligung für Werbe-E-Mails nach 1,5 Jahren (Urteil LG München I vom 08.04.2010; Az.: 17 HK O 138/10)

## 3.2 Löschkonzept

### **Aufgabe:**

- Entwerfen Sie ein Löschungskonzept zum Newsletterverfahren! Berücksichtigen Sie dabei auch, wie mit Einwilligungen, die nicht für den Newsletterversand genutzt wurden, und mit Datensicherungen umzugehen ist.

## 3.2 Löschkonzept (1)

- Die Speicherbegrenzung aus Art. 5 Abs. 1 lit. e EU-DSGVO bezieht sich auf Identifizierungsdaten
- Nach Art. 17 Abs. 1 lit. a EU-DSGVO sind personenbezogene Daten zu löschen, wenn sie für die festgelegten Zwecke nicht mehr notwendig sind (oder für rechtliche Verpflichtungen wie z.B. handelsrechtliche Aufbewahrungsfristen nach Art. 17 Abs. 1 lit. e EU-DSGVO bzw. Art. 17 Abs. 3 lit. b oder e EU-DSGVO)
- Nach Art. 30 Abs. 1 lit. f EU-DSGVO sind im Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten die Regellöschungsfristen festzuhalten
- In der Musterlösung zu **Aufgabe 2.2** wurde angegeben für Newsletterverfahren:  
6 Jahre (Geschäftsbriefe)  
1,5 Jahre für Einwilligungen ohne Newsletterversand

## 3.2 Löschkonzept (2)

- Datensicherung = Maßnahme im Sinne von Art. 32 Abs. 1 lit. b und c EU-DSGVO i.V.m. Art. 6 Abs. 1 lit. f EU-DSGVO
- Für Datensicherungen gelten diese Fristen analog, doch müssen Daten nicht gesondert von Datensicherungsmedien entfernt werden (aus technischen Gründen schwerlich möglich); hier bestimmt sich die Aufbewahrungsfrist nach der längstnötigen Frist des Mediums, wobei diese allerdings nicht künstlich erhöht werden darf, indem unnötig Daten hinzugespeichert werden, die eine deutlich längere Aufbewahrungsfrist benötigen (würde sonst dem Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 5 Abs. 1 lit. a EU-DSGVO und andererseits der Datenminimierung nach Art. 5 Abs. 1 lit. c EU-DSGVO widersprechen)

## 3.2 Löschkonzept (3)

- Newsletterdaten werden entweder in einem eigenen Tool oder im CRM gespeichert
  - Datensicherung kann sich längstens auch nur auf die Aufbewahrungsfrist für (elektronische) Geschäftsbriefe erstrecken (→ 6 Jahre)
  - Datensicherungsdaten soweit aber eigene Datenkategorie
- Die EU-DSGVO bestimmt jedoch nicht exakt, was unter „Löschen“ zu verstehen ist
- Nach ErwG 39 muss sichergestellt sein, dass Unbefugte keinen Zugang zu den Daten haben und diese Daten auch nicht nutzen können
  - reiner Leserechteentzug nicht ausreichend
  - Pseudonymisierung dagegen u.U. schon

## 3.2 Löschkonzept (4)

- **Produktivdaten aus System entweder unwiederbringlich zu entfernen, zu pseudonymisieren oder zu verschlüsseln** (Zuordnungsmerkmale bzw. Schlüssel dann mit geeignetem Zugriffsschutz zu versehen)
- Nach § 35 Abs. 1 BDSG 2018 ist (auf Basis von Art. 23 Abs. 1 lit. j EU-DSGVO) für eine Datensicherung die Einschränkung (= Sperrung) der Datensicherungsdaten ausreichend, da hierfür (im Gegensatz zu den Produktivdaten) das Interesse des Betroffenen an der Löschung als gering anzusehen ist und eine Löschung wegen der besonderen Art der Speicherung nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich wäre (sequentielles Umkopieren auf ein anderes Datensicherungsmedium mit dem zusätzlichen Risiko, dass durch Umkopieren ggf. die weiter aufzubewahrenden Daten nicht mehr lesbar sind)

# 3.3 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 über-trägt. 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 zu-lässig? 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 personen-bezogenes Datum anzusehen sind, selbst wenn diese dynamisch er-zeugt werden.*

# 3.3 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!

## 3.3 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.

Anm.: Nach EU-DSGVO Einwilligung nötig, Widerspruchslösung nicht ausreichend. *Siehe auch Anmerkung zu 3.1.*
- 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!)

## 3.3 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?

## 3.3 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! (*insoweit identisch zur EU-DSGVO!*)  
→ **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 damit wahrscheinlich)

## 3.3 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*

# 3.3 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!**

# 3.4 Werbekampagne

## Aufgabe:

- Ein Unternehmen möchte eine Werbekampagne bei seinen Bestandskunden (Endverbraucher) durchführen und diesen in Abhängigkeit zu bisher erworbenen Produkten eine gezielte Werbung per Mail zusenden. Die Mail-Adressen wurden von den Kunden im Rahmen der Geschäftsbeziehung mitgeteilt. Alle relevanten Daten samt der Kundenhistorie finden sich im CRM-System. Wie muss das Unternehmen vorgehen, um die geplante Werbekampagne durchführen zu können?

## 3.4 Werbekampagne (1)

- Eine Werbekampagne per E-Mail setzt voraus, dass es sich in nicht um eine unzumutbare Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG handeln darf.
- Dies ist nach § 7 Abs. 3 UWG dann nicht der Fall, wenn
  - das Unternehmen die Mail-Adresse im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung erhalten hat (das ist nach Aufgabenstellung der Fall)
  - das Unternehmen die Mail-Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet (das ist ja ausdrücklich das Ziel der Werbekampagne)
    - Werbekampagne darf sich nur auf ähnliche Produkte des Unternehmens beziehen!
    - Werbekampagne orientiert sich an Produktgruppen
    - entsprechende Auswertung des CRM-Systems nötig!

## 3.4 Werbekampagne (2)

- Dies ist nach § 7 Abs. 3 UWG dann nicht der Fall, wenn (Forts.)
  - der Kunde der Verwendung seiner Mail-Adresse zu Werbezwecken nicht widersprochen hat
    - vor Aussendung einer entsprechenden Werbemail prüfen!
    - im CRM-System eingehende Widersprüche speichern!
  - der Kunde bei der Erhebung der Mail-Adresse (ebenfalls nach Art. 21 Abs. 4 EU-DSGVO) und (!) bei jeder Verwendung klar und deutlich auf sein Widerspruchsrecht hingewiesen wird
    - ein entsprechender Hinweissatz in den Mail-Text der Werbemail ausdrücklich aufnehmen

## 3.4 Werbekampagne (3)

- Datenschutzrechtlich basiert Werbung auf der Verfolgung berechtigter Interessen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f EU-DSGVO (laut ErwG 47), nicht mehr auf der Einwilligung (außer Newsletter) → bei Design der Werbekampagne etwaige widerstreitende Interessen der Betroffenen berücksichtigen!
- Eingesetzte Systeme zur Werbekampagne (CRM-System und Mail-System) müssen angemessen im Sinne von Art. 32 EU-DSGVO geschützt sein.
- Werbekampagne ist in Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten nach Art. 30 EU-DSGVO (in allgemeiner Form, d.h. nicht für jede durchgeführte Kampagne wieder auf's Neue, soweit nicht kampagnen-spezifisch bei der Abwägung unterschiedlich vorzugehen ist, dann Abwägung jeweils entsprechend konkretisieren) aufgenommen werden

# 3.5 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!

# 3.5 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)