

People, Profit, Privacy der Mensch als Datensatz

Thilo Weichert

Landesbeauftragter für Datenschutz
Schleswig-Holstein, Leiter des ULD

38. Münchener Marketing-Symposium

Ludwig-Maximilians-Universität

Freitag 13.07.2012



Unabhängiges Landeszentrum für
Datenschutz Schleswig-Holstein

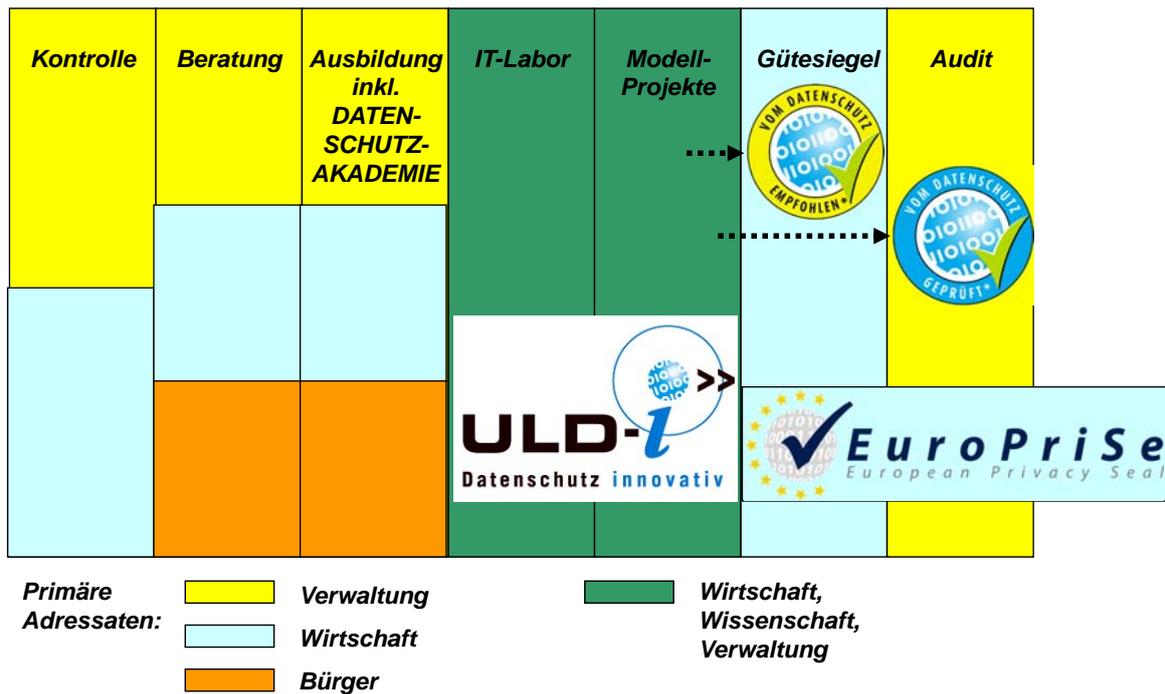


www.datenschutzzentrum.de

Inhalt

- Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz (ULD)
- Entwicklung des Rechts
- Gesetzliche Grundlagen
- Europäische Regulierung
- Grundrechte
- Scoring
- Profiling
- Tracking
- Betroffenenrechte
- Transatlantischer Diskurs

Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz



Bundesdatenschutzgesetz 1977

§ 32 Abs. 3 BDSG '77

„Abweichend von Absatz 2 Satz 1 (Übermittlung nur bei berechtigtem Interesse) ist die Übermittlung von listenmäßig oder sonst zusammengefassten Daten über **Angehörige einer Personengruppe** zulässig, wenn sie sich auf Namen, Titel, akademische Grade, die Anschrift sowie eine Angabe über die Zugehörigkeit des Betroffenen zu dieser Personengruppe beschränkt und kein Grund zur Annahme besteht, dass dadurch **schutzwürdige Belange** des Betroffenen beeinträchtigt werden.“

Bundesdatenschutzgesetz 1990

§ 28 BDSG 1990

„(2) Die Übermittlung oder Nutzung ist auch zulässig ...
Nr. 1b) wenn es sich um **listenmäßig** oder sonst
zusammengefasste Daten über Angehörige einer
Personengruppe handelt, ...

(3) **Widerspricht** der Betroffene bei der speichernden
Stelle der Nutzung oder Übermittlung seiner Daten für
Zwecke der Werbung oder der Markt- und
Meinungsforschung, ist eine Nutzung oder Übermittlung für
diese Zwecke unzulässig. ...“

Bundesdatenschutzgesetz 1990

§ 29 BDSG 1990

(1) Das geschäftsmäßige Speichern oder Verändern
personenbezogener Daten zum Zwecke der Übermittlung ist zulässig,
wenn

1. kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein
schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Speicherung oder
Veränderung hat, oder

2. die Daten aus **allgemein zugänglichen Quellen** entnommen
werden können ..., es sei denn, dass das **schutzwürdige Interesse**
des Betroffenen ... **offentlichlich überwiegt**.

(2) Die Übermittlung ist zulässig, wenn ...

1. b) es sich um listenmäßig ... zusammengefasste Daten ... handelt,
die für Zwecke der Werbung oder der Markt und Meinungsforschung
übermittelt werden sollen, und 2. kein Grund zur Annahme ...

Bundesdatenschutzgesetz 2001

§ 28 BDSG 2001

(1) Das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln ... oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke ist zulässig ...

1. soweit ... Zweckbestimmung eines **Vertragsverhältnisses** ... dient,

2. soweit es zur Wahrung **berechtigter Interessen** ... und kein Grund zu der Annahme ... schutzwürdige Interesse ...

3. wenn die Daten **allgemein zugänglich** ...

(3) Nr. 3 (**Listenprivileg**)

(4) (**Widerspruchsrecht** bzgl. Werbung)

Bundesdatenschutzgesetz 2009

Historischer Vorlauf: Adresshandels- und Callcenter-Skandale 2008/2009

Ankündigung von BMJ, BMWirtschaft, BMVerbraucher 2008: Übermittlung für Werbezwecke nur bei Einwilligung

§ 28 (3) Die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke des Adresshandels oder der Werbung ist zulässig, soweit der Betroffene **eingewilligt** hat und im Falle einer nicht schriftlich erteilten Einwilligung die verantwortliche Stelle nach Absatz 3a verfährt. Darüber hinaus ist die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten zulässig, soweit es sich um **listenmäßig** oder sonst zusammengefasste Daten über Angehörige einer Personengruppe handelt, die sich auf die Zugehörigkeit des Betroffenen zu dieser Personengruppe, seine Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung, seinen Namen, Titel, akademischen Grad, seine Anschrift und sein Geburtsjahr beschränken, und die Verarbeitung oder Nutzung erforderlich ist

1. für Zwecke der Werbung für **eigene Angebote** der verantwortlichen Stelle, die diese Daten mit Ausnahme der Angaben zur Gruppenzugehörigkeit beim Betroffenen nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 oder aus allgemein zugänglichen Adress-, Rufnummern-, Branchen- oder vergleichbaren Verzeichnissen erhoben hat,

2. für Zwecke der Werbung im Hinblick auf die **berufliche Tätigkeit** des Betroffenen und unter seiner beruflichen Anschrift oder

3. für Zwecke der **Werbung für Spenden**, die nach § 10b Absatz 1 und § 34g des Einkommensteuergesetzes steuerbegünstigt sind.

Für Zwecke nach Satz 2 Nummer 1 darf die verantwortliche Stelle zu den dort genannten Daten weitere Daten **hinzuspeichern**. Zusammengefasste personenbezogene Daten nach Satz 2 dürfen auch dann für Zwecke der Werbung übermittelt werden, wenn die Übermittlung nach Maßgabe des § 34 Absatz 1a Satz 1 gespeichert wird; in diesem Fall muss die Stelle, die die Daten erstmalig erhoben hat, aus der Werbung eindeutig hervorgehen.

Unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des Satzes 2 dürfen personenbezogene Daten für Zwecke der Werbung für **fremde Angebote** genutzt werden, wenn für den Betroffenen bei der Ansprache zum Zwecke der Werbung die für die Nutzung der Daten verantwortliche Stelle eindeutig erkennbar ist. Eine Verarbeitung oder Nutzung nach den Sätzen 2 bis 4 ist nur zulässig, soweit **schutzwürdige Interessen** des Betroffenen nicht entgegenstehen. Nach den Sätzen 1, 2 und 4 übermittelte Daten dürfen nur für den Zweck verarbeitet oder genutzt werden, für den sie übermittelt worden sind.

Telekommunikationsgesetz (TKG) I

§ 95 Abs. 2 TKG

(2) Der Diensteanbieter darf die **Bestandsdaten** der in Absatz 1 Satz 2 genannten Teilnehmer zur Beratung der Teilnehmer, zur **Werbung für eigene Angebote**, zur Marktforschung und zur Unterrichtung über einen individuellen Gesprächswunsch eines anderen Nutzers nur verwenden, soweit dies für diese Zwecke erforderlich ist und der Teilnehmer **eingewilligt** hat. Ein Diensteanbieter, der im Rahmen einer bestehenden Kundenbeziehung rechtmäßig Kenntnis von der **Rufnummer oder der Postadresse**, auch der elektronischen, eines Teilnehmers erhalten hat, darf diese für die Versendung von Text- oder Bildmitteilungen an ein Telefon oder an eine Postadresse zu den in Satz 1 genannten Zwecken verwenden, es sei denn, dass der Teilnehmer einer solchen Verwendung **widersprochen** hat. Die Verwendung der Rufnummer oder Adresse nach Satz 2 ist nur zulässig, wenn der Teilnehmer bei der Erhebung oder der erstmaligen Speicherung der Rufnummer oder Adresse und bei jeder Versendung einer Nachricht an diese Rufnummer oder Adresse zu einem der in Satz 1 genannten Zwecke deutlich sichtbar und gut lesbar darauf **hingewiesen** wird, dass er der Versendung weiterer Nachrichten jederzeit schriftlich oder elektronisch widersprechen kann.

Telekommunikationsgesetz (TKG) II

§ 95 Abs. 5 TKG (Koppelungsverbot)

(5) Die Erbringung von Telekommunikationsdiensten darf **nicht** von einer **Einwilligung** des Teilnehmers in eine Verwendung seiner Daten für andere Zwecke abhängig gemacht werden, wenn dem Teilnehmer ein **anderer Zugang** zu diesen Telekommunikationsdiensten ohne die Einwilligung nicht oder in **nicht zumutbarer Weise möglich** ist. Eine unter solchen Umständen erteilte Einwilligung ist unwirksam.

§ 96 Abs. 3 TKG

(3) Der Diensteanbieter darf teilnehmerbezogene Verkehrsdaten, die vom Anbieter eines öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienstes verwendet werden, zum Zwecke der Vermarktung von Telekommunikationsdiensten, zur bedarfsgerechten Gestaltung von Telekommunikationsdiensten oder zur Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen im dazu erforderlichen Maß und im dazu erforderlichen Zeitraum nur verwenden, sofern der Betroffene in diese Verwendung **eingewilligt** hat. Die Daten der Angerufenen sind unverzüglich zu anonymisieren. Eine zielnummernbezogene Verwendung der Verkehrsdaten durch den Diensteanbieter zu den in Satz 1 genannten Zwecken ist nur mit Einwilligung der Angerufenen zulässig. Hierbei sind die Daten der Anrufenden unverzüglich zu anonymisieren.

Telemediengesetz (TMG)

§ 15 Abs. 3 TMG

Der Diensteanbieter darf für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen erstellen, sofern der Nutzer dem **nicht widerspricht**. Der Diensteanbieter hat den Nutzer auf sein Widerspruchsrecht im Rahmen der **Unterrichtung** nach § 13 Abs. 1 hinzuweisen. Diese Nutzungsprofile dürfen **nicht** mit Daten über den Träger des Pseudonyms **zusammengeführt** werden.

E-Privacy-Directive

Art. 5 Abs. 3 Richtlinie 2009/136/EG (Cookie-Regelung)

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, nur gestattet ist, wenn der betreffende Teilnehmer oder Nutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen, die er gemäß der Richtlinie 95/46/EG u. a. über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine **Einwilligung** gegeben hat. Dies steht einer technischen Speicherung oder dem Zugang nicht entgegen, wenn der alleinige Zweck die Durchführung der Übertragung einer Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz ist oder wenn dies unbedingt **erforderlich** ist, damit der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich gewünscht wurde, diesen **Dienst zur Verfügung stellen** kann.

Entwurf Europäische Datenschutz-Grundverordnung (EU-DSGVO-E) I

Artikel 6 Rechtmäßigkeit der Verarbeitung

- (1) Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist:
- Die betroffene Person hat ihre **Einwilligung** zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere genau festgelegte Zwecke gegeben.
 - Die Verarbeitung ist für die **Erfüllung eines Vertrags**, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, erforderlich oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen.
 - Die Verarbeitung ist zur **Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung** erforderlich, der der für die Verarbeitung Verantwortliche unterliegt.
 - Die Verarbeitung ist nötig, um **lebenswichtige Interessen** der betroffenen Person zu schützen.
 - Die Verarbeitung ist für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die im **öffentlichen Interesse** liegt oder in Ausübung hoheitlicher Gewalt erfolgt und die dem für die Verarbeitung Verantwortlichen übertragen würde.
 - Die Verarbeitung ist zur Wahrung der **berechtigten Interessen** des für die Verarbeitung Verantwortlichen erforderlich, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt. Dieser gilt nicht für die von Behörden in Erfüllung ihrer Aufgaben vorgenommene Verarbeitung.
- ...
- (3) ... Die **einzelstaatliche Regelung** muss ein im öffentlichen Interesse liegendes Ziel verfolgen oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten Dritter erforderlich sein, den **Wesensgehalt** des Rechts auf den Schutz personenbezogener Daten wahren und in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit der Verarbeitung verfolgten legitimen Zweck stehen.
- (4) Ist der Zweck der **Weiterverarbeitung** mit dem Zweck, für den die personenbezogenen Daten erhoben wurden, nicht vereinbar, muss auf die Verarbeitung mindestens einer der in Absatz 1 Buchstaben a bis e genannten Gründe zutreffen. Dies gilt insbesondere bei Änderungen von Geschäfts- und allgemeinen Vertragsbedingungen.

EU-DSGVO-E

Artikel 6 Abs. 2 Entwurf Januar 2012:

Processing of personal data for **direct marketing** for commercial purposes shall be lawful only if the data subject has given **consent** to the processing of their personal data for such marketing. Consent for direct marketing for commercial purposes shall be valid also for processing by a recipient provided that such processing is clearly and explicitly covered by the consent. This provision shall not prevent the controller from **contacting the data subject** in order to obtain his or her consent for this purpose.

Beteiligte Grundrechte

Grundrecht auf Datenschutz (informationelle Selbstbestimmung) Art. 21 iVm. 11 GG, Art. 8 EuGRCh

Privatsphäre Art. 21 iVm. 11 GG, Art. 7 EuGRCh

Gleichheitsrecht Diskriminierungsfreiheit Art. 3 GG, 20, 21 EuGRCh

Berufsfreiheit Art. 12 GG, Art. 15 EuGRCh

Eigentumsrecht Art. 14 GG, 17 EuGRCh

Kommunikations- und Informationsfreiheit Art. 5, 10 GG, Art. 11 EuGRCh

Verbraucherschutz Art. 38 EuGRCh

- Kommerzialisierung informationelle Selbstbestimmung
- Staatliche Schutzpflicht
- Invasive (= pb) Werbung findet keine grundrechtliche Absicherung

Werbescoring

§ 6a BDSG: Verbot automatisierter Entscheidungen

§ 28b BDSG: Scoring bei „Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses“

§ 34 Abs. 2, 3 BDSG Auskunftspflicht beim Scoring

Anwendbarkeit auf Direktmarketing hängt von Nähe zum Vertragsabschluss ab

Art. 20 Abs. 1 EU-DSGVO-E

Eine natürliche Person hat das Recht, nicht einer auf einer rein automatisierten Verarbeitung von Daten basierenden **Maßnahme** unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkungen entfaltet oder sie **in maßgeblicher Weise beeinträchtigt** und deren Zweck in der Auswertung bestimmter Merkmale ihrer Person oder in der **Analyse** beziehungsweise **Voraussage** etwa ihrer beruflichen Leistungsfähigkeit, ihrer wirtschaftlichen Situation, ihres Aufenthaltsorts, ihres Gesundheitszustands, ihrer persönlichen Vorlieben, ihrer Zuverlässigkeit oder ihres Verhaltens besteht.

Verbot von Persönlichkeitsprofilen

- Art 1 Abs. 1 GG verbietet es, dass „der Staat für sich in Anspruch nehmen könnte, den Menschen zwangsweise in seiner ganzen Persönlichkeit zu registrieren und zu katalogisieren“ = Verbot eines „teilweise oder weitgehend vollständigen Persönlichkeitsprofils ... ohne dass der Betroffene dessen Richtigkeit und Verwendung ausreichend kontrollieren kann“ (BVerfG 1969)
- Verbot der zwangsweisen und heimlichen Erstellung von Persönlichkeitsbildern durch Private (BGH 1988)
 - Langzeitprofile
 - Querschnittsprofile (Bewegungs-, Sozial-, Konsum-, Finanz-Kommunikations-, Interessenprofile)

Geo-Tracking

„Geomarketing“ (insbes. GSM- od. GPS-Lokalisierung)
Location based Services (soweit zur Erbringung des Dienstes erforderlich)

Marketing nach europäischem Recht nur auf Grundlage wirksamer Einwilligungen

- Hinreichende Bestimmtheit bzgl. Stelle, Zweck und Daten
- Hervorhebungspflicht u. a. (§§ 4a, 28 IIIa BDSG, § 12 II TMG)
- Anwendbarkeit des AGB-Rechtes (§§ 305 ff. BGB)

Webseiten-Tracking

- Identifikatoren: Cookies, Browser-IDs, IP-Adressen, E-Mail-Adressen ...
- US-Praxis nach EU-Recht illegal
- US-Regulierungsversuch (W3C): Do not track (DNT)
- Kontrov.: Privacy by Default (vgl. Art. 23 II EU-DSGVO-E)
- Kontrov.: Einwilligung durch Browser-Einstellung
- Kontrov.: technisch-organisatorische Umsetzung des DNT
- Kontrov.: DNT fakultativ – obligatorisch

Europäische Lösung: Kombination von Anonymisierung, Aggregation und Auftragsdatenverarbeitung

Betroffenenrechte

- Auskunftsanspruch – auch über Pseudonym (§ 34 BDSG) umfassend, incl. Profilierung
- Allgemeines Widerspruchsrecht (§ 34 V BDSG)
- Werbewiderspruch (§ 28 III BDSG) > Sperrung
- Widerspruchslisten (Robinsonliste) ohne normative Grundlage (aber schutzwürdige Interessen), unwirksam bei einwilligungsbasierter Werbung
- Kontrov.: Zulässigkeit des Adresspooling (DVIA)
- Kontrov.: Kein Widerspruch gegen Melderechtsauskunft, „wenn Daten ausschließlich zur Bestätigung oder Berichtigg. bereits vorhandener Daten verwendet werden“

US-Anbieter

Facebook: Tracking mit Cookies (datr 2 Jahre), auch Nicht-Mitglieder, Personalisierung und Ergänzung durch Account- und Profilingaben, Umstellung von E-Mail-Adressen, Timeline, Koppelung (z. B. Spotify)

Google: Profilzusammenführung über alle Dienste (+, search, calender, youtube ...)

> Walled gardens > Gefahr für Pluralismus und Markt

Tracking-Cookies von 7zig Fremdfirmen

US- Reaktion: zivilgesellschaftliche Kritik

Obama-Administration: Consumer Privacy Bill of Rights
„reasonable expectations of privacy“

Schlussfolgerungen

Die informationelle Fremdbestimmung für Werbezwecke wird immer weniger erträglich durch Verlust von Kontext, Zeit und Raum

Transparenz tut not

Werbung muss von Opt-out auf Opt-in umstellen, wenn sie das Verbrauchervertrauen bewahren möchte

People, Profit, Privacy der Mensch als Datensatz

Dr. Thilo Weichert

Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD)

Holstenstr. 98, 24103 Kiel

mail@datenschutzzentrum.de

<https://www.datenschutzzentrum.de>