

Dezember 2003

Kundenbindungssysteme und Datenschutz

**Gutachten des
Unabhängigen Landesentrums für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD)
im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbandes e.V.**

Kontakt:

Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin

Fachbereich Wirtschaftsfragen

wirtschaft@vzbv.de

Für den Inhalt des Textes ist ausschließlich
der Auftragnehmer verantwortlich.

Vorwort

Dieses Gutachten wurde vom Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD) auf Initiative und **im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbands** (vzbv) erstellt. Hintergrund des Auftrags ist die gemeinsame Sorge um die Wahrung des Datenschutzes der Verbraucherinnen und Verbraucher. Datenschutz ist in diesem Fall Verbraucherschutz.

Die **Erstellung des Gutachtens** erfolgte in der Zeit von Juni bis Ende Oktober 2003. Zunächst war zwischen dem ULD und dem vzbv als Abgabetermin der 30.09.2003 vereinbart. Bei der Ausarbeitung des Gutachtens wurden die meisten der dargestellten Unternehmen in der Form beteiligt, dass diese vom ULD angeschrieben und um präzisierende Informationen gebeten wurden. Die Unternehmen haben sich praktisch durchgängig zu einer Kooperation bereit erklärt und teilweise auch interne Informationen zur Erstellung des Gutachtens zur Verfügung gestellt. Ähnlich kooperativ zeigte sich der Hauptverband des Deutschen Einzelhandels (HDE). Hierfür gebührt den Unternehmen und dem HDE der Dank des ULD. Bei der Beantwortung durch einige Unternehmen, insbesondere der beiden Marktführer, ergab sich weiterer Klärungsbedarf, dem in der knapp bemessenen Begutachtungszeit nicht entsprochen werden konnte. Um den Unternehmen eine Reaktionsmöglichkeit geben zu können, vereinbarten der vzbv und das ULD eine Verschiebung des Abgabetermins auf Ende Oktober 2003. So war es möglich, die Stellungnahmen der für die Systeme Payback, HappyDigits und Miles&More verantwortlichen Unternehmen mit zu berücksichtigen.

Das ULD wie auch der vzbv informierten die Öffentlichkeit über die Erstellung des Gutachtens frühzeitig. Sobald die Grundstruktur des allgemeinen Anforderungsprofils an Kundenbindungssysteme fertig gestellt war, wurden die anderen Datenschutzaufsichtsbehörden hierüber informiert. Ihnen wurde die Gelegenheit gegeben, hierzu Stellung zu nehmen, ohne dass dies erwartet wurde. Bei wenigen größeren Systemen wurde – nach vorläufiger Fertigstellung der jeweiligen Texte – eine Vorabinformation der verantwortlichen Unternehmen sowie der für den Sitz des jeweiligen Systembetreibers zuständigen Aufsichtsbehörden vorgenommen. Ziel dieser umfassenden Information schon während der Erstellung des Gutachtens war es, zu einem möglichst frühen Stadium **größtmögliche Transparenz** herzustellen.

Von Seiten einiger **Datenschutzaufsichtsbehörden** wurden Bedenken darüber geäußert, dass das ULD, welches für das Land Schleswig-Holstein die Aufsichtsaufgaben wahrnimmt, im Rahmen dieses Gutachtens datenschutzrechtliche Bewertungen von Systemen vornimmt, die vorrangig oder auch überhaupt nicht in die aufsichtsbehördliche Zuständigkeit des ULD fallen. Daher muss hier ausdrücklich klargestellt werden, dass die Gutachtenerstellung nicht im Rahmen der aufsichtsbehördlichen Zuständigkeit des ULD nach § 38 Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) erfolgt, sondern im Rahmen der Beratungstätigkeit nach § 43 Abs. 3 S. 2 Landesdatenschutzgesetz Schleswig-Holstein (LDSG SH). Dies bedeutet, dass die Wertungen dieses Gutachtens nicht von den jeweils nach § 38 BDSG örtlich zuständigen Aufsichtsbehörden geteilt werden müssen. Die hier gemachten wissenschaftlich gutachterlichen Äußerungen haben also keine Verbindlichkeit für die Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder.

Selbstverständlich orientiert sich das ULD im Bereich seiner eigenen **Zuständigkeit** für Schleswig-Holstein an den gemachten Aussagen auch im Hinblick auf seine

aufsichtsbehördliche Kontrolle. Es soll ergänzend darauf hingewiesen werden, dass bzgl. einzelner Kundenbindungssysteme die Zuständigkeit von mehreren Aufsichtsbehörden vorliegen kann, da Anknüpfungspunkt für die aufsichtsbehördliche Zuständigkeit grds. der Ort der Datenverarbeitung ist, nicht der Sitz der verarbeitenden Stelle (Simitis-Walz, § 38 Rn 8). Bei bundesweiten Kundenbindungssystemen besteht damit praktisch eine Zuständigkeit aller Aufsichtsbehörden. Hinzu kommt, dass die an den Systemen beteiligten Firmen (Systembetreiber, Partnerunternehmen) in unterschiedlichen Ländern ihren Sitz haben.

Zwar besteht zwischen den Aufsichtsbehörden in Form des „**Düsseldorfer Kreises**“ ein bundesweites Koordinierungsgremium. Dieses nimmt aber keine für die Beteiligten verbindlichen Festlegungen bei der Auslegung der datenschutzrechtlichen Normen vor. Selbstverständlich wurde der Diskussionsprozess innerhalb des Düsseldorfer Kreises bei der Erstellung des Gutachtens umfassend einbezogen. Einige Aufsichtsbehörden haben angeregt, auf der Grundlage des vorliegenden Gutachtens eine weitere Abstimmung über den Datenschutz bei Kundenbindungssystemen vorzunehmen. Dies wird vom ULD ausdrücklich begrüßt und weiter verfolgt.

Das vorliegende Gutachten versteht sich also vorrangig als eine Handreichung für den vzbv. Es ist zudem ein **Diskussionsbeitrag für die öffentliche Debatte** über Kundenbindungssysteme und zugleich eine Meinungsäußerung in den datenschutzrechtlichen Aufsichtsverfahren zwischen den zuständigen Behörden und den Daten verarbeitenden Stellen.

Dem ULD ist bewusst, dass womöglich nicht alle Aufsichtsbehörden und auch nicht die betroffenen Unternehmen alle seine Rechtspositionen teilen. Es ist auch einzuräumen, dass das BDSG Auslegungsspielräume enthält. Allerdings sind die Grundanliegen des Gesetzes eindeutig: Verarbeitung von so wenig personenbezogenen Daten wie möglich, Organisation eines sicheren und gut beherrschbaren Verarbeitungsprozesses, Fairness und Transparenz gegenüber dem Betroffenen, Respekt vor den gesetzlichen Rechten der Betroffenen. Das ULD ist der Überzeugung, dass die Beachtung dieser Grundsätze langfristig für die Unternehmen mehr Vorteile bietet als ein kurzfristiges Ausnutzen von Unklarheiten, Unvorsichtigkeiten der Kunden und eine Auslegung des BDSG, die sich vornehmlich an den Interessen der Datenverarbeiter orientiert. Auch diejenigen Unternehmen, die die Rechtsauslegungen des ULD nicht teilen oder in bestimmten Fragen der Auffassung sind, dass das BDSG sie zu bestimmten Gestaltungen nicht „zwingt“, könnten sich durch dieses Gutachten eingeladen fühlen, gleichwohl ihr **datenschutzrechtliches Serviceangebot** an die Kunden zu verbessern. So gesehen versteht sich das Gutachten keineswegs nur als Kritik an der bestehenden Praxis im Bereich der Kundenbindungssysteme, sondern mindestens ebenso sehr als Fundus für Verbesserungsideen im Interesse der Verbraucher. Langfristig sollte sich dies für die Anbieter von Kundenbindungssystemen durchaus auszahlen.

Das ULD spricht hiermit allgemein seinen **Dank** gegenüber allen Stellen aus, die durch – teilweise auch sehr kritische – Meinungsäußerungen, durch Informationen oder Anregungen dazu beigetragen haben, dass das Gutachten in dieser Form vorgelegt werden konnte.

Inhaltsübersicht

ZUSAMMENFASSUNG	8
SUMMARY	13
TEIL 1: EINLEITUNG	17
MARKTWIRTSCHAFTLICHE UND DATENSCHUTZRECHTLICHE BEDEUTUNG VON KUNDENBINDUNGSSYSTEMEN	17
TEIL 2: DATENSCHUTZRECHTLICHES ANFORDERUNGSPROFIL AN KUNDENBINDUNGSSYSTEME	23
1. KUNDENBINDUNGSSYSTEME IM MEHR-PARTEIEN-VERHÄLTNIS	23
2. KUNDENBINDUNGSSYSTEME IM ZWEI-PARTEIEN-VERHÄLTNIS	69
TEIL 3: UMSETZUNG IN DER PRAXIS	74
1. UNTERNEHMENSÜBERGREIFENDE KUNDENBINDUNGSSYSTEME	74
2. KUNDENKARTEN IM ZWEI-PARTEIEN-VERHÄLTNIS	80
3. APOTHEKENKARTEN	84
4. KLASSIFIZIERENDE ZUSAMMENFASSUNG DER IN DER PRAXIS AUFTRETENDEN DATENSCHUTZRECHTLICHEN VERSTÖßE	89
5. ÜBERSICHT	91
TEIL 4: HANDLUNGSMÖGLICHKEITEN FÜR VERBRAUCHER, VERBRAUCHER-VERBÄNDE, DATENSCHUTZBEHÖRDEN	112
1. RECHTLICHE MÖGLICHKEITEN	112
2. MÖGLICHKEITEN DES GESETZGEBERS	114
3. SELBSTREGULIERUNG DER WIRTSCHAFT, ANREIZE FÜR DATENSCHUTZ-GERECHTES VERHALTEN	121
4. VERBRAUCHER	123

Inhaltsverzeichnis

ZUSAMMENFASSUNG	8
SUMMARY	13
TEIL 1: EINLEITUNG	17
MARKTWIRTSCHAFTLICHE UND DATENSCHUTZRECHTLICHE BEDEUTUNG VON KUNDENBINDUNGSSYSTEMEN	17
TEIL 2: DATENSCHUTZRECHTLICHES ANFORDERUNGSPROFIL AN KUNDENBINDUNGSSYSTEME	23
1. KUNDENBINDUNGSSYSTEME IM MEHR-PARTEIEN-VERHÄLTNIS	23
1.1 <i>Vertragliche Beziehungen</i>	24
1.1.1 Vertrag des Kunden mit dem Systembetreiber	24
1.1.2 Vertrag des Kunden mit dem Partnerunternehmen	25
1.1.3 Vertrag zwischen Partnerunternehmen und Systembetreiber	26
1.2 <i>Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung im Rahmen des Kundenbindungssystems</i>	27
1.2.1 Datenverarbeitung zu Zwecken der Programmabwicklung	27
1.2.1.1 Erhebung der Stammdaten des Kunden	27
1.2.1.1.1 Erhebung durch den Systembetreiber	28
1.2.1.1.2 Erhebung durch das Partnerunternehmen	29
1.2.1.1.3 Übermittlung der Stammdaten vom Partnerunternehmen an den Systembetreiber	31
1.2.1.2 Erhebung und Übermittlung der Programmdateien	31
1.2.1.3 Speicherung und Nutzung durch den Systembetreiber	32
1.2.1.4 Verarbeitung der Daten durch einen externen Dienstleister	32
1.2.1.5 Gewährleistung der Betroffenenrechte	33
1.2.1.5.1 Benachrichtigung bzw. Unterrichtung des Betroffenen	33
1.2.1.5.2 Auskunft	34
1.2.1.5.3 Berichtigung, Löschung und Sperrung	35
1.2.1.6 Karten mit Kreditkartenfunktion	36
Zusammenfassung:	37
1.2.2 Datenverwendung zu Zwecken der Werbung und Marktforschung	37
1.2.2.1 Allgemeine Zulässigkeit von Werbemaßnahmen	37
1.2.2.2 Datenverarbeitung durch das Partnerunternehmen	38
1.2.2.2.1 Erhebung der Daten	38
1.2.2.2.2 Speicherung der Daten durch das Partnerunternehmen	41
1.2.2.2.3 Übermittlung der Daten an den Systembetreiber	42
1.2.2.2.4 Auswertung der Daten	42
1.2.2.3 Datenverarbeitung durch den Systembetreiber	43
1.2.2.3.1 Erhebung und Verarbeitung der Daten für Werbezwecke	43
1.2.2.3.2 Nutzung der Daten für Werbezwecke der Partnerunternehmen	44
1.2.2.3.3 Auswertung der Daten	44
1.2.2.3.3.1 Bildung von Kundenprofilen	44
1.2.2.3.3.2 Auswertung mittels Data Mining	46
1.2.2.3.4 Übermittlung der Stammdaten und ggf. weiterer Daten an Partnerunternehmen	48
1.2.2.4 Übermittlung der Daten an außenstehende Dritte	49
1.2.2.5 Verarbeitung der Daten durch einen externen Dienstleister	49
1.2.2.6 Gewährleistung der Betroffenenrechte	49

Zusammenfassung:	50
1.2.3 Anforderungen an die Einwilligungserklärung	50
1.2.3.1 Form der Einwilligungserklärung	51
1.2.3.2 Freie Entscheidung	56
1.2.3.3 Informationspflicht	59
1.2.3.4 Hervorhebung im Schriftbild	65
1.2.3.5 Besonderheiten bei der Online-Anmeldung	65
1.2.3.6 Auslegung von Einwilligungserklärungen	66
ZUSAMMENFASSUNG:	67
2. KUNDENBINDUNGSSYSTEME IM ZWEI-PARTEIEN-VERHÄLTNIS	69
2.1 <i>Vertragliche Grundlagen</i>	69
2.2 <i>Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung im Rahmen des Kundenbindungssystems</i>	70
2.2.1 Verwendung der Kundendaten zum Zweck der Programmabwicklung	70
2.2.1.1 Erhebung der Stammdaten des Kunden	70
2.2.1.2 Verarbeitung und Nutzung der Stammdaten	71
2.2.1.3 Erhebung der Programmdateien	71
2.2.1.4 Verarbeitung und Nutzung der Programmdateien	71
2.2.2 Verwendung der Kundendaten zum Zweck der Werbung und Marktforschung	72
2.2.3 Sonstige Voraussetzungen der Datenverarbeitung	73
TEIL 3: UMSETZUNG IN DER PRAXIS	74
1. UNTERNEHMENSÜBERGREIFENDE KUNDENBINDUNGSSYSTEME	74
2. KUNDENKARTEN IM ZWEI-PARTEIEN-VERHÄLTNIS	80
2.1 <i>Erklärung der Einwilligung durch „Opt-In“</i>	80
2.2 <i>Erklärung unter Verwendung der Streichlösung</i>	80
2.3 <i>Vorformulierte Erklärung auf dem Antragsformular ohne Verweigerungsmöglichkeit</i>	81
2.4 <i>Einwilligung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen</i>	82
2.5 <i>Fehlende Einwilligung</i>	83
3. APOTHEKENKARTEN	84
3.1 <i>Zulässigkeit der Erhebung der Daten</i>	84
3.1.1 Stammdaten der Kunden	84
3.1.2 Arzneimitteldaten	85
3.2 <i>Zulässigkeit der Speicherung und Nutzung</i>	85
3.2.1 Stammdaten	85
3.2.2 Arzneimitteldaten	85
3.3 <i>Offenbarung der Daten an Dritte</i>	86
3.4 <i>Einwilligung</i>	87
4. KLASSIFIZIERENDE ZUSAMMENFASSUNG DER IN DER PRAXIS AUFTRETENDEN DATENSCHUTZRECHTLICHEN VERSTÖßE	89
4.1 <i>Verstöße der Kategorie 1</i>	89
4.2 <i>Verstöße der Kategorie 2</i>	90
4.3 <i>Verstöße der Kategorie 3</i>	90
5. ÜBERSICHT	91
TEIL 4: HANDLUNGSMÖGLICHKEITEN FÜR VERBRAUCHER, VERBRAUCHERVERBÄNDE, DATENSCHUTZBEHÖRDEN	112
1. RECHTLICHE MÖGLICHKEITEN	112
1.1 <i>Möglichkeiten der Verbraucherverbände</i>	112
1.2 <i>Möglichkeiten der Datenschutzaufsichtsbehörden</i>	112
1.3 <i>Betriebliche Datenschutzbeauftragte</i>	113
2. MÖGLICHKEITEN DES GESETZGEBERS	114
2.1 <i>Stärkung der Selbstbestimmung der Betroffenen</i>	115

2.1.1	<i>Anwendungsbereich der Einwilligung</i>	115
2.1.2	<i>Ausgestaltung der Einwilligung</i>	117
2.2	<i>Transparenz</i>	119
2.3	<i>Vermeidung des Personenbezugs</i>	120
3.	SELBSTREGULIERUNG DER WIRTSCHAFT, ANREIZE FÜR DATENSCHUTZ-GERECHTES VERHALTEN	121
4.	VERBRAUCHER	123

Zusammenfassung

Eine Begutachtung der auf dem Markt angebotenen Kundenbindungssysteme im Hinblick auf deren datenschutzgerechte Gestaltung ergibt, dass diese durchweg mit Mängeln unterschiedlicher Art behaftet sind und insofern den Anforderungen des Datenschutzes nicht genügen.

Die datenschutzrechtlichen Anforderungen stellen sich zusammengefasst wie folgt dar:

Eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten der Kunden als Teilnehmer an Kundenbindungssystemen ist auf **gesetzlicher Grundlage** nur zulässig, soweit die Daten zum Zweck der Abwicklung des Rabattvertrages verarbeitet werden. Die zulässige Erhebung und Verarbeitung beschränkt sich in diesem Rahmen auf die Daten, die zur Vertragsabwicklung erforderlich sind. Dies sind für den Bereich der Stammdaten Name und Anschrift des Kunden sowie ggf. eine weitere Kontaktmöglichkeit und für den Bereich der Programmdateien in den meisten Fällen Ort und Datum des Karteneinsatzes, Preis der erworbenen Ware oder Dienstleistung und Höhe der Rabattgutschrift. Eine Erhebung und Verarbeitung von Informationen über die erworbene Ware oder Dienstleistung ist nur im Ausnahmefall zulässig, wenn die Höhe der Bonusgutschrift nicht von dem Preis, sondern von der Art der Ware oder Dienstleistung abhängig ist.

Die Erhebung und Verarbeitung von weiteren Daten und die Verwendung der Kundendaten zum Zweck der Werbung und Marktforschung ist nur zulässig, soweit der **Kunde** hierin **eingewilligt** hat. An eine wirksame Einwilligung sind gemäß § 4a Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) besondere Anforderungen zu stellen. In formeller Hinsicht fordert § 4a BDSG die Schriftform für die Erklärung der Einwilligung. Bei Kundenbindungssystemen, die i.d.R. eine umfangreiche und aufgrund der komplexen Strukturen jedenfalls im Mehr-Parteien-Verhältnis für den Kunden schwer zu überblickende Datenerhebung und -verarbeitung ermöglichen, ist darüber hinaus eine ausdrückliche Erklärung des Kunden zu verlangen, etwa durch eine gesonderte Unterschrift oder ein gesondertes Ankreuzen („Opt-In“), wenn die Erklärung der Einwilligung gemeinsam mit anderen Erklärungen auf einem Formular abgegeben wird.

In materieller Hinsicht muss die Einwilligung auf der **freien Entscheidung** des Betroffenen beruhen, was voraussetzt, dass dieser über die Verarbeitung seiner Daten und die Folgen einer Verweigerung der Einwilligung umfassend aufgeklärt wird. Die Freiwilligkeit der Einwilligung ist insbesondere dann nicht gegeben, wenn die Teilnahme am Bonusprogramm von der Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Werbezwecken abhängig gemacht wird (Kopplungsverbot).

Die für die Entscheidung erforderliche **Information des Kunden** beinhaltet folgende Angaben:

- Benennung der für die Datenverarbeitung verantwortlichen Stelle
- Aufzählung der verarbeiteten Datenkategorien
- Darstellung der einzelnen Phasen der Datenverarbeitung und Datenflüsse
- Adressaten einer Datenübermittlung
- Benennung der Zwecke der Datenverarbeitung
- Hinweis auf die Freiwilligkeit und Folgen der Verweigerung

- Hinweis auf die Widerrufbarkeit der Einwilligung

Beabsichtigt die Daten verarbeitende Stelle, die im Rahmen des Bonusprogramms anfallenden Kundendaten zu einem personenbezogenen **Kundenprofil** des Teilnehmers zusammenzufassen, ist dies in der Einwilligungserklärung präzise zu beschreiben. Erfolgt eine Auswertung des Profils, so sind die Zwecke der Auswertung anzugeben. Andernfalls kann die Einwilligungserklärung den Vorgang der Profilbildung nicht legitimieren.

Die in der Praxis angebotenen Kundenbindungssysteme genügen den Anforderungen regelmäßig nicht vollständig. Bei allen untersuchten Bonusprogrammen waren teilweise unterschiedliche Defizite festzustellen.

Dies beginnt bereits bei der Datenerhebung. Für die meisten Kundenbindungsprogramme werden mehr Daten über den Kunden erhoben, als für die Durchführung des Bonusprogramms erforderlich sind. Häufig wird als **Pflichtangabe** des Kunden dessen vollständiges Geburtsdatum erhoben, was grundsätzlich mangels Erforderlichkeit nicht zulässig ist. Dass es auch anders geht, beweisen einige Kundenkarten, bei denen für die Beantragung lediglich die Angabe von Name und Anschrift gefordert wird.

Auch beim **Einsatz der Kundenkarte** in den Partnerunternehmen werden häufig mehr Daten erhoben, als erforderlich sind, ohne dass der Kunde über eine Einwilligung die Möglichkeit hat, die Erhebung der nicht erforderlichen Daten zu beeinflussen. Es handelt sich dabei um die Angaben zur gekauften Ware oder der in Anspruch genommenen Dienstleistung, die im Rahmen vieler Kundenbindungssysteme erhoben werden (oftmals auch unter dem Oberbegriff einer Waren- oder Dienstleistungsgruppe), deren Kenntnis aber häufig zur ordnungsgemäßen Abwicklung des Programms nicht erforderlich ist.

Bei nahezu allen untersuchten Bonusprogrammen werden die anfallenden Daten zu Zwecken der **Werbung und Marktforschung** genutzt. Für die Verwendung der Daten zu diesem Zweck wird in allen Fällen eine Einwilligung des Kunden eingeholt.

Die in der Praxis verwendeten **Einwilligungserklärungen** sind jedoch praktisch in allen Fällen mit Mängeln behaftet. Die vorgefundenen Mängel sind ganz unterschiedlicher Art und Qualität. Da die Einwilligungserklärung aber das zentrale Element der Information des Kunden und der Ausübung seiner Wahlfreiheit darstellt, sind diesbezügliche Mängel nie als gering und unbeachtlich anzusehen.

Einige Einwilligungserklärungen weisen allerdings erhebliche Mängel auf. Als schwerwiegender Verstoß ist die **Verletzung des Kopplungsverbots** anzusehen. Ein geringer Teil der angebotenen Bonussysteme macht die Teilnahme des Kunden von seiner Einwilligung in die Nutzung von personenbezogenen Daten zu Werbe- und Marktforschungszwecken abhängig. Hierdurch wird der Kunde seiner Entscheidungsfreiheit in unzulässiger Weise beraubt, so dass die Einwilligungserklärung unwirksam ist.

In eine ähnliche Richtung, jedoch weniger schwerwiegend, tendieren Einwilligungserklärungen, die dem Kunden nur die Möglichkeit geben, die Datenverarbeitung zu Werbezwecken durch „**Opt-Out**“ auszuschließen. Hier ist die Entscheidungsfreiheit des Kunden zwar formell gewahrt, jedoch wird deren Ausübung dem Kunden unverhältnismäßig erschwert. Es findet eine Risikoverlagerung Lasten des Kunden statt. Das Risiko einer fehlenden Erklärung des Kunden wird hierdurch dem Kunden und nicht dem Unternehmen auferlegt. Dies bedeutet, dass der Kunde, der sich bei der Anmeldung regelmäßig einem

umfangreichen Formular gegenüber sieht, sorgfältig prüfen muss, welche Erklärungen er - u.U. auch durch schlichte Untätigkeit - abgibt und welche Gegenmaßnahmen er treffen muss, wenn er mit der voreingestellten Erklärung nicht einverstanden ist. Wegen dieser Lastenverteilung sind „Opt-Out-Lösungen“ als datenschutzrechtlich unzureichend anzusehen.

Aber auch in diesem Bereich gibt es Abstufungen. Die „Opt-Out-Lösung“ ist generell in zwei unterschiedlichen Varianten vertreten. Einige Einwilligungserklärungen sind mit einer zusätzlichen Aufforderung an den Kunden versehen, die **Erklärung zu streichen**, wenn er mit dieser nicht einverstanden sei. Meist ist diese Aufforderung durch Fettdruck hervorgehoben, aber dennoch in den Einwilligungstext integriert und somit leicht zu übersehen. Außerdem muss der Kunde, um sein fehlendes Einverständnis auszudrücken, die psychologische Hürde überwinden, die vom Anbieter vorgegebenen Bedingungen abzulehnen.

Datenschutz- und verbraucherfreundlicher stellt sich dem gegenüber die Variante des „**Auskreuzens**“ dar. Hier erhält der Kunde die Möglichkeit, ein Feld anzukreuzen, falls er mit der beschriebenen Verarbeitung seiner Daten nicht einverstanden ist. Durch diese gesonderte Widerspruchsmöglichkeit bringt der Anbieter hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass er die fragliche Klausel dem Kunden zur Disposition stellt. Es verbleiben somit weder Zweifel beim Kunden noch die für die Streichlösung geltende psychologische Barriere. Zum anderen ist auch die Gefahr des Übersehens durch den Kunden gemindert, wenngleich nicht gänzlich ausgeräumt.

Die wegen der Verteilung der Erklärungslast zu fordernde Lösung des „**Opt-In**“ ist in der Praxis ebenfalls vertreten, wenngleich nur bei einer Minderheit der angebotenen Kundenbindungssysteme.

Die zweite grundlegende Funktion der Einwilligungserklärung besteht in der Schaffung von **Transparenz** durch **Information** des Teilnehmers über die wesentlichen Punkte der Datenverarbeitung. Auch in diesem Bereich sind viele Defizite vorhanden.

Allgemein ist festzustellen, dass die **Texte der Erklärungen** häufig sehr kurz gefasst sind und für ausführlichere Hinweise auf die Teilnahmebedingungen oder gesonderte Hinweise zum Datenschutz verwiesen wird. Dies ist grundsätzlich nicht schädlich, sondern eher zu begrüßen. Die Einwilligungserklärung sollte dem Kunden ermöglichen, sich in kurzer Zeit ein klares Bild über die geplante Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten zu verschaffen. Lange Texte können hierbei durchaus hinderlich sein. Dennoch muss die Einwilligungserklärung einen Mindestgehalt an Information enthalten, der bei den meisten Erklärungen in der Praxis nicht erreicht wird.

Voraussetzung für einen **Verweis auf Teilnahmebedingungen** und Hinweise zum Datenschutz ist zunächst, dass diese Dokumente dem Kunden im Zeitpunkt der Erklärung seiner Einwilligung tatsächlich **bekannt** sind bzw. ihm in der Weise **zugänglich** sind, dass er diese ohne unverhältnismäßigen Aufwand zur Kenntnis nehmen kann. Die meisten Anbieter drucken ihre Teilnahmebedingungen und Datenschutzhinweise gemeinsam mit dem Antragsformular ab oder weisen auf Einsichtsmöglichkeiten hin. Unzureichend ist es dem gegenüber, wenn - was in der Praxis zu einem geringen Teil der Fall ist - die Teilnahmebedingungen erst nach Eingang des Antrags an den Kunden versandt werden oder bei einer Online-Anmeldung auf den Webseiten des Betreibers nur schwer zugänglich sind.

In diesen Fällen kann zur Bewertung des Informationsgehalts ausschließlich auf die

Einwilligungserklärung abgestellt werden. Aber selbst wenn ergänzend die Teilnahmebedingungen bzw. Hinweise zum Datenschutz als Informationsgrundlage herangezogen werden können, ergibt sich **selten eine komplette Beschreibung** der Verarbeitung personenbezogener Daten.

In der Einwilligungserklärung fehlt häufig eine genaue Beschreibung der zu verarbeitenden **Kundendaten**, insbesondere der Programmdateien, die beim Einsatz der Karte erhoben werden.

Unzureichend beschrieben sind i.d.R. auch die **Vorgänge der Datenverarbeitung**. Hierbei wird insbesondere das Zusammenspiel zwischen Systembetreiber und den Partnerunternehmen nicht deutlich gemacht. Die Frage, ob und welche Kundendaten die Partnerunternehmen speichern und weiter verarbeiten, bleibt häufig offen.

Zum bemängeln ist weiterhin, dass der Kunde in einigen Einwilligungserklärungen nicht mit hinreichender Deutlichkeit auf die **Freiwilligkeit** seiner Erklärung hingewiesen wird. Noch seltener findet sich eine Darstellung der Folgen einer Verweigerung für die Teilnahme am Programm.

Die **Zwecke der Datenverarbeitung** werden in den meisten Fällen in ausreichender Weise beschrieben. Nur selten wird zur Beschreibung von Werbemaßnahmen auf irreführende und beschönigende Formulierungen wie „Beratung“ oder „Information“ zurückgegriffen. Nicht ausreichend sind die in der Praxis vertretenen Zweckbeschreibungen jedoch für Maßnahmen, die über eine reine Werbeansprache oder eine Marktanalyse mit anonymen Kundendaten hinausgehen, d.h. die Bildung und die Auswertung von **personenbezogenen Kundenprofilen**. In einigen Programmen werden diese Ziele zumindest angedeutet. Formulierungen wie „individuelle Beratung“, „individuelle Angebote“ lassen erkennen, dass das Konsumverhalten der Kunden erfasst und als Grundlage für eine gezielte Werbeansprache herangezogen wird. Ausreichend sind diese Formulierungen jedoch nicht; erforderlich ist vielmehr ein ausdrücklicher Hinweis darauf, dass die Kundendaten zur Bildung von Kundenprofilen verarbeitet werden. Nur ein einziges der untersuchten Kundenbindungssysteme verwendet hierfür eine ausreichende Zweckbestimmung. In den Datenschutzhinweisen heißt es dazu:

„... speichern, verarbeiten und nutzen X oder beauftragte Dienstleister Ihre sämtlichen gemäß vorstehenden Ziffern erhobenen Daten außerdem, um für interne Marktforschungszwecke von X Ihr Kaufverhalten auszuwerten und Kundenprofile zu erstellen, damit X ihr Angebot künftig Ihren Bedürfnissen entsprechend gestalten kann“.

Die hier beschriebenen Defizite zeigen deutlich, dass weiterhin **dringender Handlungsbedarf** besteht, um die Gestaltung von Kundenbindungssystemen in Zukunft stärker an den Interessen des Verbrauchers zu orientieren. Aufgefordert sind an dieser Stelle alle an den Bonussystemen Beteiligten. Dies betrifft neben den beteiligten Unternehmen auch die Verbraucherverbände und Datenschutzaufsichtsbehörden, die durch rechtliche Möglichkeiten und auch durch Öffentlichkeitsarbeit Einfluss auf die Gestaltung von Bonussystemen nehmen können. Nicht außer Betracht gelassen werden sollten dabei aber auch die Chancen, die sich aus einer Kooperation von Verbraucher- und Datenschützern mit den Anbietern von Kundenbindungssystemen ergeben können. Neben den üblichen Sanktionen stellt sich im Bereich der Kundenbindungssysteme die Schaffung von Anreizen

für Anbieter, die sich datenschutzgerecht und verbraucherfreundlich verhalten, als erfolgversprechendes Mittel für die Durchsetzung datenschutz- und verbraucherrechtlicher Forderungen dar. Ein weiterer Vorteil eines solchen Vorgehens liegt darin, dass hierbei auch der Verbraucher mit einbezogen werden kann, der durch die Steuerung der Nachfrage immer noch das wirksamste Mittel in den Händen hält, seine Interessen gegenüber den Anbietern durchzusetzen.

Für Unternehmen im Bereich der Kundenbindungssysteme stellt sich also auf der Grundlage der Ausführungen dieses Gutachtens nicht nur die Frage: „Was *muss* ich datenschutzrechtlich ändern?“, sondern mindestens ebenso sehr: „Wie *kann* ich mein Angebot datenschutzrechtlich *verbessern*?“.

Summary

An evaluation of the customer loyalty programs offered on the market, referring to their privacy-related design has the result that they all have their various faults and therefore do not meet the requirements of privacy protection.

The following legal privacy requirements are to be considered:

On **legal grounds**, processing personal data of customers as participants in customer loyalty programs is only permitted as far as the data are processed for the purpose of realising the discount contract. Within this range, the permitted collection and processing is limited to those data that are actually necessary for the realisation of the contract. For the area of the base data, this includes the customer's name and address as well as a further contact medium, if applicable; for the area of the program data, it includes in most cases the place and time of the card deployment, the price for the purchased goods or service and the discount amount. Collecting and processing data related to the purchased goods or service is only permitted in exceptional cases, when the discount amount does not depend on the price but on the type of goods or service.

Collecting and processing other data and using customer data for the purpose of advertisement and market research is only permitted if the **customer** has given his **consent** to this. An effective agreement has to meet particular requirements (§ 4a Federal Data Protection Act, BDSG). Formally, the § 4a BDSG demands for a written declaration of consent. With customer loyalty programs that generally allow an extensive data collection and processing which, due to the complex structure at least in multi-party relationships, the customer cannot easily have an overview of, a definite declaration is to be demanded from the customer, e.g. by use of a separate signature or a separate cross („opt-in“) when the declaration of consent is handed in along with other declarations on a form.

The declaration has to be based on the customer's **free decision**, which means that the customer has to be informed in detail about the processing of the data and the consequences of a refusal to agree. The consent cannot be called voluntary if the participation in loyalty programs depends on an agreement to the processing of personal data for advertisement purposes (obligatory linkend contract).

The **customer information** necessary for the consent includes the following statements:

- Who is responsible for the data?
- Which categories of data will be processed?
- Overview of the individual phases of data processing and data flows
- To whom are data transferred?
- For what purpose are the data processed?
- Information on voluntary decision and the consequences of a refusal
- Information on the ability to revoke the consent.

If the data processing body intends to compose a personal customer profile by use of the data that are collected within the loyalty program, this is to be described precisely in the declaration of consent. If the profile is evaluated, so the evaluation purposes are to be revealed. Otherwise the declaration of consent cannot legitimise the profile-composing

process.

The customer loyalty programs offered in practice do not meet the requirements completely. All examined loyalty programs show partially different deficits.

This already begins with the data collection. For most customer loyalty programs, more customer data are collected than necessary to carry out the loyalty program. Often the complete birth date of the customer is collected as a **mandatory statement**, which is basically not permitted because it is not necessary. Some customer cards prove that other ways work as well. In these cases, only the name and the address is demanded.

Also with the **deployment of the customer card** in the partner companies often more data than necessary are collected without the customer having the opportunity to influence the collection of the unnecessary data via the declaration of consent. This refers to the information on the purchased goods or services which are collected within many customer loyalty programs (often characterized by an item or service group) but which are often not necessary for the correct realisation of the program.

Nearly all customer card providers use the collected data for **advertisement and market research** purposes. For the usage of these data, a declaration of consent is demanded from the customer in all cases.

However, in all cases, the **declarations of consent** used in practice have their deficits. The detected deficits are of various kinds and quality. Since the declaration of consent is the central element for the customers' information and his freedom of choice, the referred deficits are not to be considered as minor or unimportant.

Some declarations of consent have extensive deficits, though. A high-degree offence is e.g. the **linking of the consent with the contract**. In some (a small part, though) of the offered bonus systems, the participation of the customer is made dependent on his consent to the usage of their personal data for advertisement and market research purposes. By this, the customer is robbed of his freedom of choice, i.e. the declaration of consent is invalid.

Declarations of consent which only offer the customer the **opportunity to exclude the data processing** for advertisement purposes by use of an opt-out show similar problems, but less high-degree. The customer's freedom of choice is formally granted here, but its usage is made difficult to the customer in a disproportionate way. The risk of a missing declaration is shifted, it is imposed on the customer and not on the company. This means that the customer, who faces an extensive form with every registration, has to check thoroughly what kind of information are passed on – sometime just by doing nothing – and that he has to act by himself if he does not agree with the default declaration. Due to this distribution of responsibilities, all "opt-out solutions" are to be considered as not privacy-friendly.

Even in this area, there are gradations, though. The "opt-out solution" generally appears in two different variants. Some declarations of consent are provided with an additional paragraph in which the customer is asked to **cross out the declaration** if he does not agree. In most cases, this request is written in bold print but, however, it is still integrated in the declaration text and easily missed. Further on, the customer has to overcome the psychological barrier of rejecting the conditions preset by the provider to express his disagreement.

More privacy- and consumer-friendly is the „**tick-off**“ variant. The customer has the opportunity to make a cross in a field if they do not want their data to be processed in the described way. By this separate opportunity to protest, the provider expresses sufficiently that the customer is granted the right to choose, i.e. no doubts remain on the customer's side, and there is no psychological barrier. On the other hand, the danger of missing the paragraph in question is minimized (though not completely eliminated).

The "**opt-in**" solution which is to be demanded for because of the distribution of the responsibility of declaration is existent in practice as well, even only with a minority of the offered customer loyalty programs.

The second basic function of the declaration of consent is the creation of **transparency** by **Informing** the participant about the essential subjects of the data processing. In this area, too, many deficits have been detected.

In general, the **Declaration texts** are often very short; for more details the customer is told to refer to the conditions of entry or separate notes on privacy protection. This is generally not harmful but rather to be welcomed. The declaration of consent should allow the customer to get a clear view of the planned processing of the personal data within a short time. Long texts can be obstructive in this context. However, the declaration of consent has to contain a minimum extent of information, which is not reached by many declarations in practice.

A requirement for a **reference to conditions of entry** and privacy notes is that these documents are actually **known** to the customer at the time of the declaration of consent or made **available** in such a way that the customer can acknowledge them without any disproportionate efforts. Most providers print out their conditions of entry and privacy notes along with the application form or point at the opportunity to view them. In contrast to this, it is completely insufficient if – which is practiced in rare cases – the conditions of entry are sent to the customer only after the application has been submitted or, with an online application form on a website, if they are not easily accessible.

In these cases, the evaluation of the quality of information can only refer to the declaration of consent. However, even if there are additional privacy notes or conditions of entry, there is **rarely a complete description** of the processing of personal data.

In the declaration of consent, often an exact description of the **customer data** to be processed is missing, particularly the program data collected with the deployment of the card.

The **processes of data processing** are often described insufficiently as well. Particularly the interaction of the system operator and the partner companies is not made clear. The question if and which customer data are stored and processed by the partner companies is often left open.

Another point to criticize is that in some declarations of consent, the customer is not explicitly informed about the fact that the declaration is **voluntary**. Even more seldom, the consequences of a refusal for the participation of the program are pointed out.

The **purposes of data processing** are in most cases described sufficiently. Only in rare cases, misleading or euphemistic terms like "consulting" or "information" are used for describing

advertisement measures. However, the purpose descriptions used in practice for measures that go beyond a pure advertisement statement or a market research without customers, i.e. the composition and evaluation of **personal customer profiles**, are completely insufficient. In some programs, these aims are at least hinted at. Formulations like „individual consulting“, „individual offers“ make obvious that the customers' consumption behaviour is collected and used as the basis for a targeted advertising campaign. However, these expressions are not sufficient; an explicit note on the fact that the customer data are processed for the purpose of composing a customer profile would be necessary. Only one of the examined customer loyalty programs provides a sufficient purpose description. The privacy note says:

„ ... furthermore, X or authorized service providers store, process and use your complete collected data according to the numbers mentioned above to evaluate your purchase behaviour and compose customer profiles for the purpose of internal market research of X and to enable X to create your future offers according to your needs“.

The deficits described here make obvious that there is still an **urgent call for action** to adjust the design of customer loyalty programs rather to the interests of the customers in future. Everybody involved in bonus systems is called in this place. Apart from the companies involved, this applies to the consumer organizations and privacy commissioners who can influence the design of bonus systems by use of legal measures and public relations as well. However, the opportunities resulting from a possible cooperation of consumer and privacy organizations and providers of customer loyalty programs should not remain out of consideration. Apart from the usual sanctions, the creation of incentives for providers who behave consumer- and privacy-friendly could be a promising way for the enforcement of legal consumer and privacy demands in the area of customer loyalty programs. Another advantage of such proceedings is that even the consumers, who are still the most powerful factor due to the control of request, can be involved to enforce their interests against the providers.

Considering the results of this report the companies are not only confronted with the question: “What must I change to fulfill the legal requirements?” but also with the question: “How can I improve my offer to the customers?”

Teil 1: Einleitung

Marktwirtschaftliche und datenschutzrechtliche Bedeutung von Kundenbindungssystemen

Seit einigen Jahren ist auf dem deutschen Markt ein neuer Trend zu verzeichnen. Kundenbindungssysteme, die bereits in den fünfziger und sechziger Jahren als Rabattheftchen bekannt wurden, kehren zurück. Diese neuen Kundenbindungssysteme zeigen sich jedoch zeitgemäß im neuen Gewand.

Den Anfang machte im Jahr 1993 das Vielfliegerprogramm Miles & More der Deutschen Lufthansa AG. Es folgten zahlreiche **Kundenkarten unterschiedlicher Unternehmen**, die durch das in Aussicht stellen großzügiger Rabatte bei den Kunden großen Anklang fanden. Zu nennen ist hier beispielsweise die Karstadt Karte, die mit einem Rabatt in Höhe von 3% zahlreiche Kunden gewinnen konnte. Mit Einzug der **Payback-Karte** im Jahr 2000 wurde schließlich eine neue, optimierte Variante der klassischen Kundenkarte eingeführt, die bislang nur von der Miles & More Karte bekannt war. Das Kundenbindungsprogramm Payback ist ein Verbund mehrerer marktführender Unternehmen, die gemeinsam eine Kundenkarte herausgeben, die in allen angeschlossenen Unternehmen gültig ist. Mit derzeit nach eigenen Angaben 22,5 Millionen Teilnehmern ist Payback das größte auf dem deutschen Markt vertretene Kundenbindungsprogramm. Zwei Jahre nach dem erfolgreichen Start der Payback-Karte schlossen sich die KarstadtQuelle AG und die Deutsche Telekom zusammen und brachten ebenfalls eine Verbund-Kundenkarte heraus, die **Happy Digits Karte**. Ähnliche Entwicklungen sind in vielen deutschen Städten oder Regionen zu verfolgen. Im Rahmen eines modernen Stadtmarketings bieten vermehrt Energieversorgungsunternehmen oder professionelle Kundenkartenbetreiber unter Einbeziehung des lokalen Einzelhandels Bonuskarten, so genannte City Cards, an.

Unterstützung findet diese Entwicklung durch die **Aufhebung des Rabattgesetzes** und der Zugabeverordnung. Hierdurch wird zum einen der Spielraum der Unternehmen für Rabattierungen und Sonderaktionen erweitert, wengleich seit einigen Jahren eine Herabsenkung des im Normalfall gewährten Rabatts von früher üblicherweise 3% auf nunmehr nur noch 1% bei vielen Anbietern zu verzeichnen ist¹. Zum anderen wird, wie die Studie über Preisnachlässe und Kundenbindung nach dem Wegfall des Rabattgesetzes des Instituts für Angewandte Verbraucherforschung e.V. zeigt, die Kundenkarte insbesondere von großen Handelskonzernen als Mittel genutzt, um Rabattgesprächen durch einen Hinweis auf die Kundenkarte auszuweichen. Dies habe, so die Studie, für die Unternehmen ökonomische Vorteile, da die Höhe der Rabatte häufig relativ gering sei. Zudem könne dies die Notwendigkeit vermeiden, Mitarbeitern Kompetenzen für Gespräche über Rabatte einzuräumen². Auch den Kunden kommt nach Umfrageergebnissen diese Form der Rabattierung entgegen. So gaben in einer Befragung durch EMNID zwei Drittel der befragten Kunden an, sie wollten Preisnachlässe bekommen, ohne an der Kasse feilschen zu müssen. Auch nach dem Fall des Rabattgesetzes wollten diese Kunden nicht direkt mit dem Unternehmen verhandeln³.

¹ Beispiele hierfür sind etwa Payback und Karstadt.

² Studie „Preisnachlässe und Kundenbindung nach dem Wegfall des Rabattgesetzes“ des Instituts für Angewandte Verbraucherforschung e.V.

³ Dazu *Rittweger*, Card-Forum 06/2002, S. 26.

Während die herkömmlichen Rabattheftchen einzig das Ziel verfolgen, den Kunden durch das Versprechen von Rabatten an das Unternehmen zu binden, gehen die **Möglichkeiten der neuen Kundenbindungssysteme** weit darüber hinaus. Hauptziel dieser Systeme, die nur einen Teil des so genannten Customer-Relationship-Management darstellen, ist zwar immer noch die Kundenbindung, jedoch sind die vorhandenen Systeme nicht einzig und allein auf die Rabattierung ihrer Leistungen angewiesen, um dieses Ziel zu erreichen. Die Ausstattung der Teilnehmer mit einer Kundenkarte, die beim Einkauf vorgelegt werden muss, hebt die ansonsten bestehende Anonymität des Kunden gegenüber dem Unternehmen auf. Über die Kundenkarte erfahren Unternehmen sowohl, wer ihre Kunden sind als auch, welches Verhalten sie als Kunde an den Tag legen, d.h. wie häufig, in welchem Umfang und in welcher Art sie die Leistungen des Unternehmens in Anspruch nehmen. Auf diese Weise werden wertvolle Daten über den Kunden zusammengetragen, die eine wichtige Grundlage für das „Customer Relationship Management“ eines oder gar mehrerer Unternehmen bilden.

Für gewöhnlich erhebt und speichert der Betreiber des Kartensystems **Angaben** zur Person des Kunden, also Name und Anschrift, darüber hinaus häufig Geburtsdatum, Telefonnummer, E-Mail-Adresse und in vielen Fällen auch Angaben des Kunden zu Einkommen und Beruf, Lebens- und Wohnsituation und Interessen. Hinzu kommen Daten, die der Kunde als Käufer bei den an der Karte beteiligten Unternehmen mit dem Einsatz seiner Karte hinterlässt. In jedem Fall werden hierbei Daten über Ort, Datum und Preis des Einkaufs oder einer Dienstleistung erhoben; häufig werden darüber hinaus auch Angaben über den Gegenstand des Einkaufs oder die Art der in Anspruch genommenen Dienstleistung erfasst.

Dass diese Datensammlung eine wertvolle Quelle für allgemeine, aber auch **kundenbezogene** Analysen darstellt, auf deren Grundlage die Ansprache von Kunden optimiert und auch selektiert werden kann, liegt auf der Hand. Dieses Potential haben viele Unternehmen erkannt. Dies belegen Umfragen der Zeitschrift Card-Forum aus den Jahren 2002 und 2003. Im Jahr 2003 gaben 94 % der befragten Anbieter von Kundenkarten an, dass die Daten der Kunden gezielt analysiert würden, um die Kaufgewohnheiten der Kunden zu erforschen und diesen individuelle Angebote zu unterbreiten⁴. Noch deutlicher war das Ergebnis der Befragung im Vorjahr. Dort gab nur ein Anbieter an, mit den Einkaufsdaten der Kunden keine Forschung zu betreiben⁵. Offensichtlich schöpfen viele Anbieter das Potential ihrer Kundendaten aber noch nicht vollständig aus⁶. Als Elemente einer Gewinn bringenden Datenanalyse werden die vollständige Erfassung und Auswertung der gekauften Artikel oder in Anspruch genommenen Dienstleistungen, der Einsatz von „Score-Cards“, um das zukünftige Verhalten eines Kunden einzuschätzen, sowie die Strukturierung und Analyse der Kundendatenbank im Hinblick auf marketing-relevante Fragen genannt, die aber nicht bei allen Anbietern eingesetzt würden⁷.

Die Datenanalysen im Rahmen des Payback-Programms beschreibt der Geschäftsführer des Payback-Systembetreibers Loyalty Partner Alexander Rittweger in einem Interview der Zeitschrift Werben und Verkaufen vom 04.09.2000 mit folgenden Worten: „Wir wissen natürlich, wer hat was wann gekauft. Wir sehen, dass ein Kunde in einem bestimmten Sortimentsbereich kauft, und in einem anderen nicht. Dann können wir uns Strategien überlegen, wie man einzelne Kundengruppen bewegen kann, etwa mehr aus dem Frischesortiment zu kaufen. Wenn wir sehen, dass eine kleine Familie bestimmte Produkte

⁴ van Bocxlaer, Card-Forum 04/2003, 24 (27).

⁵ Frank, Card-Forum 06/2002, 16 (23).

⁶ so Philippi, Card-Forum 06/2002, 41 f.

⁷ Philippi, Card-Forum 06/2002, 41 f.

nicht kauft, weil die Packung zu groß ist, gucken wir, wie umfangreich dieses Kundensegment ist, und ändern eventuell die Packungsgröße. Dazu sind wir mit unseren **Data-Minern** in der Lage. Denn das gehört zu den wesentlichen Kernfunktionen von Payback⁸.“

Das Ziel einer individuellen Auswertung des Kundenverhaltens ist offensichtlich auch Hintergrund einer Regelung, die für nahezu alle Kundenkarten gilt. Den Teilnehmern wird meist in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen untersagt, die **Kundenkarte an Dritte weiterzugeben**. In einigen Fällen ist eine zweite Person als so genannter Zweitsammler zugelassen, allerdings unter der Voraussetzung, dass diese Person sich ebenfalls unter Angabe von Name und Adresse als Zweitsammler registrieren lässt. Da die Kundenkarten aber i.d.R. kostenlos sind und nach ihrer „offiziellen“ Zielrichtung den Umsatz eines Unternehmens durch dessen zunehmende Frequentierung durch den Kartenkunden steigern soll, ist weder ein Interesse des Kartenbetreibers an dem Ausschluss der Nutzung einer Karte durch mehrere Personen noch ein Interesse des Karteninhabers erkennbar, die Vermehrung seiner Bonuspunkte durch die Drittnutzung zu verhindern. Dies bestätigen auch einige Kundenkartenanbieter, die eine Übertragbarkeit der Karte ausdrücklich vorsehen. Grund für das strikte Verbot der Nutzung durch Dritte kann folgerichtig nur der sein, dass der Kartenbetreiber Informationen über das Kaufverhalten gewinnen möchte, die eindeutig einem bestimmten Kunden oder zumindest einer Gemeinschaft von zwei bekannten Kunden zugeordnet werden können. Die Nutzung einer Karte durch beliebig viele Personen würde die Aussagekraft des Konsumprofils in Bezug auf den Kunden stark einschränken.

Die Untersagung der Weitergabe der Kundenkarte war bereits **Gegenstand eines Rechtsstreits** zwischen Payback und dem Datenschutzverein FoeBuD e.V.. Letzterer hatte für beliebig viele Teilnehmer eine Payback-Karte als so genannte Privacy Karte angeboten. Dahinter stand folgendes Konzept: Der FoeBuD Verein beantragte auf seinen Namen eine Payback-Karte, kopierte diese vielfach und gab diese Kopien - die die gleiche Kundennummer wie die Original-Karte aufweisen - an Interessenten weiter. Den Empfängern wurde angeboten, mit der Privacy Karte unter Wahrung ihrer Privatsphäre und für einen guten Zweck Payback-Punkte zu sammeln. Hiervon machten ca. 1.500 Teilnehmer Gebrauch, die für das Payback-Konto des FoeBud. e.V. insgesamt 23.458 Punkte sammelten. Dieses Guthaben kommt der Arbeit des Vereins zu Gute, der sich für datenschutzrechtliche Belange der Bürger und Verbraucher einsetzt. Payback kündigte daraufhin dem FoeBuD e.V. die Mitgliedschaft und fror das Punktekonto des Vereins ein. Als Ersatz für die Privacy Karte bot Payback an, den Inhabern der Privacy Karte jeweils eine neue, mit einer individuellen Kundennummer versehene und somit dem einzelnen Teilnehmer zuordenbare, Payback-Karte auszustellen, mit der weiterhin gemeinnützig für das FoeBuD-Punktekonto gesammelt werden könne - allerdings unter Aufhebung der Anonymität.

Der sich anschließende Rechtsstreit ging - mittlerweile rechtskräftig vom LG München in der Berufungsinstanz bestätigt - zu Gunsten von Payback aus. Als Begründung verweisen die Entscheidungen auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Payback, die eine **Weitergabe der Karte an Dritte** ausschließen und lediglich eine zweite Person als Mitsammler zulassen. Die Privacy Karten des FoeBuD sind immer noch im Umlauf, nur eine Registrierung des Umsatzes auf dem Punktekonto des FoeBuD wird nicht mehr vorgenommen. Dass die Inhaber der Privacy Karte bis zur Kündigung durch Payback den angeschlossenen Partnerunternehmen einen Umsatz von insgesamt 22.000 Euro beschert hatten, war in dem Streit zwischen dem FoeBud e.V. und den Betreibern von Payback für

⁸ Werben und Verkaufen, Interview mit Alexander Rittweger vom 04.09.2000.

letztere ohne ausschlaggebende Bedeutung⁹.

In welchem Maße neben dem Ziel der Kundenbindung durch Rabattversprechen und andere Vorzüge auch der **Zweck der Datengewinnung** verfolgt wird, ist sicherlich für jedes Kundenbindungsprogramm unterschiedlich zu beurteilen. Festzuhalten bleibt, dass die anfallenden Daten für die Betreiber ein wichtiges und wertvolles Potential darstellen. Ob dieses tatsächlich und wenn ja, in welchem Umfang ausgeschöpft wird, kann dagegen nur vermutet werden.

Mit der Erarbeitung von **datenschutzgerechten Lösungen** für die Gestaltung von Kundenbindungssystemen befassen sich seit einiger Zeit **Vertreter der Wirtschaft**. Im Jahr 2001 hat sich ein Arbeitskreis von Datenschützern deutscher Großunternehmen gebildet, der unter Beteiligung von Datenschutzaufsichtsbehörden, dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und externer Experten die offenen datenschutzrechtlichen Fragen auf diesem Gebiet diskutiert hat¹⁰. Erstes Ergebnis dieses Arbeitskreises ist ein Leitfaden für Bonuskarten-Systeme, der in der Oktober-Ausgabe der Zeitschrift Datenschutz und Datensicherheit veröffentlicht wird.

Im Hinblick auf die datenschutzrechtliche - und gleichzeitig verbraucherfreundliche - Gestaltung von Kundenbindungssystemen kommt es, wie auch der Arbeitskreis feststellt - neben der Transparenz für den Kunden entscheidend auch auf dessen **Wahlfreiheit** an. Um diese zu gewährleisten muss dem Kunden die Entscheidung über das Ob und den Umfang der Nutzung seiner Kundendaten zu Werbe- und Marktforschungszwecken frei gestellt sein. Dies setzt notwendig eine Information des Kunden über die Freiwilligkeit seiner Einwilligung voraus, die durch die Form der Erklärung unterstützt werden kann. In der Praxis werden hierfür im Wesentlichen zwei verschiedene Modelle genutzt. Weit verbreitet ist die so genannte „Opt-Out-Lösung“. Dies bedeutet, dass der Kunde, der lediglich den Kartenantrag unterschreibt, sich automatisch mit der dort beschriebenen Verwendung seiner Daten einverstanden erklärt. Ihm wird aber die Möglichkeit gegeben, bereits im Antragsformular zum Ausdruck zu bringen, dass er dieser Nutzung nicht zustimmt. Hierfür muss er i.d.R. den Einwilligungstext durchstreichen oder ein Kästchen mit einer Erklärung, dass er mit der beschriebenen Verwendung seiner personenbezogenen Daten nicht einverstanden sei, ankreuzen. Daneben wird häufig auch eine andere, datenschutz- und verbraucherfreundlichere Lösung, nämlich das so genannte „Opt-In“, verwendet. Hier erklärt der Kunde seine Einwilligung nur dann, wenn er dies durch eine eigens dafür vorgesehene Erklärung zum Ausdruck bringt, also entweder durch eine gesonderte Unterzeichnung der Einwilligungserklärung oder durch ein Ankreuzen des entsprechenden Textes. Im Gegensatz zur erstgenannten Lösung besteht hier weder die Gefahr des Übersehens noch eine Hemmschwelle für den Kunden, einem vorformulierten Text des Verwenders zu widersprechen.

Die naheliegende Vermutung, dass bei der Verwendung einer „Opt-In-Lösung“ die **Quote der von Kunden abgegebenen Einwilligungen** wesentlich geringer ausfällt als bei einer „Opt-Out-Lösung“ wird auch von den Mitgliedern des Arbeitskreises angeführt¹¹. Bekräftigt

⁹ Informationen hierzu unter www.foebud.de.

¹⁰ Arbeitskreis „Datenschutz: Kundenbindungsprogramme und Customer Relationship Management Systeme“ unter der Leitung von Jürgen Weber, Referent Konzerndatenschutz Deutsche Lufthansa AG. Beteiligte Unternehmen sind Allianz Versicherungen AG, Bertelsmann AG, Daimler Chrysler AG, Deutsche Telekom AG, Dresdner Bank AG, Metro AG, KarstadtQuelle AG sowie Kaufhof AG.

¹¹ Weber/Jacob/Rieß/Ullmann, DuD 2003, 614 (618).

wird diese Vermutung durch folgendes Beispiel: Das Antragsformular für das Bonusprogramm Happy Digits war ursprünglich mit einem „Opt-Out“ versehen; dem Antragsteller, der mit der Einwilligungserklärung nicht einverstanden war, wurde angeboten, diese zu streichen. Aufgrund eines Beschlusses des Düsseldorfer Kreises, des Zusammenschlusses der Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder, änderte Happy Digits sein Antragsformular und führte eine Ankreuzlösung ein, offensichtlich in der Hoffnung, andere Anbieter von Kundenkartensystemen würden dem - unterstützt durch die zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörden - folgen. Als dies nicht eintrat, änderte auch Happy Digits sein Antragsformular und führte die „bewährte“ Streichlösung wieder ein. Happy Digits sah sich offensichtlich gegenüber seinen Wettbewerbern, die an ihren „Opt-Out-Lösungen“ festhielten, wesentlich benachteiligt.

Die **zukünftige Entwicklung** der Kundenbindungssysteme ist derzeit noch ungewiss. Als sicher kann jedoch angenommen werden, dass nicht alle in den letzten Jahren auf den Markt gebrachten Karten sich dort auch halten werden¹². Das Angebot ist mittlerweile unüberschaubar und der Platz im Portemonnaie des Kunden begrenzt. Langfristig werden daher den Verbundsystemen, die mit einer einzigen Karte gleich eine Mehrzahl von Unternehmen - möglichst branchenübergreifend - abdecken, die größten Chancen eingeräumt¹³. Dies zeigt auch die Befragung der Kunden durch EMNID¹⁴.

Gefragt sind darüber hinaus Kundenprogramme mit **Zusatznutzen**. Nach Erkenntnissen der Kundenkartenanbieter - etwa aus der EMNID-Befragung - wünschen sich die meisten Kartenkunden neben der reinen Rabattierung zusätzliche Leistungen, etwa individuelle Services oder Sonderaktionen¹⁵. Offenbar steht auch die individuelle Ansprache des Kunden ganz oben auf dessen Wunschliste. So wird berichtet, der Kunde wünsche sich individuelle Fürsorge und will schon an der Ladentheke mit Namen begrüßt werden. Emotionale Kriterien spielten eine sehr viel wichtigere und vor allen langfristige Rolle als Bonuspunkte oder Prämien. Wer den Kunden kenne, könne ihn auch am besten hofieren, laute das Credo¹⁶.

Ein weiterer Wachstumsbereich liegt schließlich bei den Anbietern von **kombinierten Kreditkarten**. Der Trend gehe in Richtung Kundenkarte ohne Zahlungsfunktion, ergänzt durch eine Co-Branding-Karte in Zusammenarbeit mit großen Kreditkartensystemen, wie sie bereits z.B. von Payback oder Karstadt angeboten werden¹⁷.

¹² Siehe dazu eine Studie der Loyalty Management + Communications GmbH, *Ploss/Wassel*, Card-Forum 04/2002, S. 44 (46).

¹³ *Ploss/Wassel*, Card-Forum 04/2002, S. 44 (46).

¹⁴ *Rittweger*, Card-Forum 06/2002, S. 26.

¹⁵ *van Bocxlaer*, Card-Forum 04/2003, S. 24; *Rittweger*, Card-Forum 06/2002, S. 26.

¹⁶ *van Bocxlaer*, Card-Forum 04/2003, S. 24.

¹⁷ *van Bocxlaer*, Card-Forum 04/2003, S. 24 (30).

Teil 2: **Datenschutzrechtliches Anforderungsprofil an Kundenbindungssysteme**¹⁸

Kundenbindungssysteme mit Kundenkarten werden in zwei verschiedenen **Grundformen** angeboten. Weit verbreitet ist die einfache Kundenkarte, die Unternehmen für ihre eigenen Kunden ausgeben, um diese mit Vergünstigungen und besonderen Serviceleistungen an das Unternehmen zu binden.

Seit einigen Jahren werden im Kundenbindungsmanagement neue Wege beschritten. Angesichts der Fülle der angebotenen Kundenkarten wächst das Bestreben der einzelnen Unternehmen, ihre **Kundenbindungssysteme zusammenschließen** und daraus Marktvorteile und Synergieeffekte zu erzielen. Die Paybackkarte, die im Jahr 2000 auf den deutschen Markt gebracht wurde, war - abgesehen von Lufthansa Miles & More, das sich im Wesentlichen auf Fluggesellschaften konzentriert - die erste Kundenkarte, die mehrere Branchen vereint und weitreichend den Konsumbereich ihrer Kunden abzudecken versucht. Viele Anbieter sind diesem Beispiel gefolgt. So wird z.B. nach dem Konzept von Payback seit dem Jahr 2002 die Happy Digits Karte angeboten und in vielen Städten und Regionen sind Modelle einer Kundenkarte unter Einschluss lokaler Unternehmen eingeführt worden.

Datenschutzrechtliche Fragen werfen beide Arten der Kundenbindungssysteme auf, wenngleich sich diese Fragen bei den branchen- und unternehmensübergreifenden Systemen aufgrund ihrer **Komplexität** in weitaus größerer Brisanz darstellen. Die auftretenden Fragen sollen im Folgenden anhand komplexer unternehmensübergreifender Kundenbindungssysteme untersucht werden. Im Anschluss werden die verbleibenden relevanten Fragen für den Bereich der unternehmenseigenen Kundenkarten dargestellt.

1. **Kundenbindungssysteme im Mehr-Parteien-Verhältnis**

Kundenbindungssysteme, an denen unter zentraler Verwaltung durch ein Unternehmen unterschiedliche weitere Kundenunternehmen beteiligt sind und die zentral von einem Unternehmen verwaltet werden, stellen in datenschutzrechtlicher Hinsicht eine **große Herausforderung** dar. Durch die Einbindung verschiedener Unternehmen mit verschiedenen Aufgaben und Funktionen ist der Weg der Kundendaten in diesen Systemen nur schwer nachzuvollziehen. Der Kundin bzw. dem Kunden ist oftmals nicht bewusst, welche Unternehmen mit welchen Aufgaben an dem übergreifenden Kundenbindungssystem beteiligt sind. Es besteht oft nur eine ungenaue Vorstellung darüber, welche Daten auf diesem Wege welchen Unternehmen bekannt werden.

Die erste **Unklarheit** besteht meist bzgl. der beteiligten Partnerunternehmen. Insbesondere aufgrund von Fluktuationen dieser Unternehmen ist den Kunden nicht stets bewusst, welche als Partner des Systems beteiligt sind. Die zweite Unklarheit tritt bei dem häufig zur Verwaltung der Kundendaten eingesetzten Systembetreiber auf. Welches Unternehmen eigens eingeschaltet wird, um sämtliche bei der Durchführung des Programms anfallenden Daten für sämtliche beteiligten Partnerunternehmen zu verwalten, ist den Teilnehmerinnen und Teilnehmern oft nicht bekannt. Schließlich haben diese zumeist auch nur recht vage

¹⁸ Eine **Erläuterung** der in diesem Abschnitt verwendeten **Begriffe** aus dem Bereich der Kundenbindungssysteme findet sich auf Seite 113.

Vorstellungen darüber, welche Daten über ihre Person und ihr Kaufverhalten bei diesem „Verwalter“ zusammengetragen werden und welche Aussagekraft die Daten über ihre Person besitzen. Ungeklärt ist i.d.R. schließlich, wer von diesen Daten Kenntnis erhält und in welcher Weise die Daten analysiert und genutzt werden.

Im Interesse des Verbraucherschutzes sowie des Datenschutzes ist es wichtig, für den Kunden **Transparenz** und **Wahlfreiheit** herzustellen¹⁹. Die Verarbeitung der Kundendaten für Werbezwecke ist bei solchen Programmen i.d.R. nur mit einer Einwilligung des Kunden zulässig, die wiederum eine möglichst genaue Aufklärung des Kunden und eine auf dieser Information basierende freie Entscheidung voraussetzt. Ein Hauptanliegen des Datenschutzes ist es, dafür zu sorgen, dass die Einwilligungserklärungen so gestaltet werden, dass sie den Verbraucher kurz, klar und verständlich über den Ablauf der Datenverarbeitung informieren und diesem die Möglichkeit einräumen, sich für oder gegen die Verarbeitung seiner Daten zu Werbezwecken zu entscheiden.

1.1 Vertragliche Beziehungen

Der Kunde steht in einem unternehmensübergreifenden Kundenbindungssystem meist **zwei Typen** von **Vertragspartnern** gegenüber. Dies ist zum einen das **Partnerunternehmen**, bei dem der Kunde unter Einsatz der Kundenkarte einkauft oder das für ihn als Dienstleister tätig ist. Zum anderen ist dies der **Systembetreiber**, der die Rabatte für den Kunden verwaltet und auszahlt.

Zwischen allen Beteiligten bestehen vertragliche Beziehungen, sowohl im Verhältnis zum Kunden als auch zwischen dem Partnerunternehmen und dem Systembetreiber. Die Ausgestaltung dieser Beziehungen stellt sich im Einzelnen wie folgt dar:

1.1.1 Vertrag des Kunden mit dem Systembetreiber

Mit dem Systembetreiber schließt der Teilnehmer einen **Vertrag über die Rabattgewährung**. Neben der reinen Rabattgewährung enthält ein solcher Vertrag häufig auch andere Serviceleistungen des Systembetreibers gegenüber dem Kunden, mit denen die Privilegierung des Kunden zum Ausdruck gebracht wird. Der Systembetreiber wird durch den Vertrag in der Regel verpflichtet, für den Teilnehmer ein Bonuskonto einzurichten, zu verwalten und darauf eingehende Bonuspunkte gutzuschreiben. Häufig übernimmt der Systembetreiber auch die Verpflichtung, die Punktegutschrift an den Teilnehmer auszuzahlen. Es gibt jedoch auch andere Konstruktionen, nach denen der Systembetreiber nur die Kontoverwaltung übernimmt, eine Auszahlung der Gutschrift aber bei den Partnerunternehmen erfolgt. Die Höhe des zu gewährenden Rabatts wird im Voraus entweder vom jeweiligen Partnerunternehmen oder gemeinsam für ein Programm von allen Partnerunternehmen festgelegt.

Eine **Gegenleistung des Kunden** wird in solchen Verträgen meist nicht vereinbart. In einigen Fällen wird als Gegenleistung die Zahlung eines Geldbetrages verlangt; dies gilt aber hauptsächlich für Kundenkarten mit Zahlungsfunktion und bezieht sich dann auf diese Funktion der Karte. Nach Interessenlage des Systembetreibers erwartet dieser als

¹⁹ So auch *Weichert* für den Bereich des E-Commerce in „Datenschutz beim Online-Marketing, www.datenschutzzentrum.de/material.

Gegenleistung des Teilnehmers zum einen eine Intensivierung der Kundenbeziehung, zum anderen aber auch eine Offenbarung von Daten, angefangen von Angaben zu seiner Identität bis hin zu Lebensverhältnissen und Konsumverhalten. Die Teilnahmebedingungen der Verträge enthalten jedoch über diese Erwartungen keinerlei Aussagen, so dass diese nicht Vertragsbestandteil werden. Solche Verhaltensweisen des Kunden entsprechen zwar den Erwartungen des Systembetreibers, sind aber keine vertraglichen Pflichten des Kunden, die in einem synallagmatischen (gegenseitigen) Verhältnis zu den Pflichten des Systembetreibers stehen. Anderenfalls könnte der Rabattvertrag als ein Datenüberlassungsvertrag angesehen werden²⁰.

Der Vertragsschluss ist auf verschiedene Weise möglich. In einigen Fällen meldet sich ein Kunde **direkt beim Systembetreiber** für die Teilnahme am Bonusprogramm an. Dies geschieht dann zumeist über das Internet, in dem der Systembetreiber regelmäßig eine eigene Webseite betreibt.

Häufiger ist jedoch der Fall, dass ein Kunde sich über ein Anmeldeformular anmeldet, das im teilnehmenden Partnerunternehmen ausgelegt oder durch dessen Mitarbeiter verteilt wird. Der Kunde gibt in solchen Fällen das ausgefüllte Anmeldeformular zumeist auch **bei dem Partnerunternehmen** ab, welches den Antrag an den Systembetreiber weiterleitet. Ein Vertrag zwischen Kunde und Systembetreiber wird damit angebahnt, ohne dass der Systembetreiber selbst direkt beteiligt ist.

Das **Angebot** für den Vertrag zwischen Kunde und Systembetreiber ist in dem vom Kunden ausgefüllten Antragsformular zu sehen. Eine **Annahme** liegt i.d.R. darin, dass nach Eingang des Antrags beim Systembetreiber und dortiger Bearbeitung dem Kunden die Kundenkarte bzw. eine entsprechende Bestätigung zugesendet wird. Dem Partnerunternehmen kommt hierbei nur die Funktion eines Boten zu, der die Erklärung des Kunden an den Systembetreiber übermittelt²¹.

Angesichts dieser Konstellation ist darauf zu achten, dass der Kunde zweifelsfreie Kenntnis über den Vertragspartner erlangen kann. Auf den ersten Blick wird der Kunde sicherlich häufig davon ausgehen, dass der Rabattvertrag mit dem Partnerunternehmen geschlossen wird. Um ein solches Missverständnis zu vermeiden, muss (zumindest im Antragsformular) deutlich herausgestellt werden, wer **Vertragspartner des Rabattvertrages** ist.

1.1.2 Vertrag des Kunden mit dem Partnerunternehmen

Mit einem der am Bonusprogramm teilnehmenden Partnerunternehmen kommt eine Vertragsbeziehung erst zustande, wenn der Kunde dieses Unternehmen aufsucht, um dort einzukaufen oder Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Bei diesem Vertrag handelt es sich i.d.R. um einen **Kaufvertrag**, einen **Werk- oder Dienstvertrag**. Durch das Bonusprogramm wird dieser Vertrag um einen Aspekt ergänzt. Der Kunde wird im Regelfall bei Vertragsschluss seine Kundenkarte vorzeigen oder auf diese hinweisen. Hiermit drückt er den Wunsch aus, von dem Partnerunternehmen eine Rabattgutschrift zu erhalten. Nimmt das

²⁰ Zum Datenüberlassungsvertrag *Weichert*, NJW 2001, 1463 (1467 ff.).

²¹ Dass die Entscheidung über die Annahme eines Vertragsangebotes durch den Systembetreiber nach Eingang des Antrags getroffen wird, ergibt sich z.B. auch aus den Teilnahmebedingungen des Happy Digits Programms, in denen es unter Ziff. 4 heißt: „CAP behält sich vor, aus wichtigem Grund die Teilnahme von Personen abzulehnen“.

Partnerunternehmen die Karte an, verpflichtet es sich zur Gewährung dieser Gutschrift gegenüber dem Kunden. Der Vertrag mit dem Partnerunternehmen wird dahin ergänzt, die notwendigen Maßnahmen für eine Punktegutschrift zu treffen. Dies wird i.d.R. in Form einer Meldung an den Systembetreiber geschehen, der die weitere Abwicklung übernimmt.

Dies ist im Hinblick auf das Bonusprogramm die einzige Modifikation des Kundenvertrags. Sämtliche weiteren Pflichten aus diesem Programm treffen nicht das Partnerunternehmen, sondern den Systembetreiber als Verwalter des Programms. Dies bedeutet auch, dass der Kunde sich im Falle einer mangelhaften Leistung oder ähnlicher **Störungen des Vertragsverhältnisses** zwar hinsichtlich der Störung der Hauptleistung an das Partnerunternehmen wenden muss, aber die Folgen hieraus für die Rabattgutschrift durch den Systembetreiber abgewickelt werden. Treten die Probleme losgelöst vom Hauptgegenstand des Vertrags nur bei der Rabattgutschrift auf, ist der Ansprechpartner für den Kunden i.d.R. der Systembetreiber, es sei denn, die Meldung durch das Partnerunternehmen an den Systembetreiber ist nicht oder unrichtig erfolgt.

1.1.3 Vertrag zwischen Partnerunternehmen und Systembetreiber

Zwischen Partnerunternehmen und Systembetreiber besteht zunächst ein Vertrag über die Teilnahme des Partnerunternehmens an dem vom Systembetreiber durchgeführten Bonusprogramm. Dieser Vertrag regelt die grundlegenden Modalitäten dieses Programms. Eine Verpflichtung des Partnerunternehmens, allen Kunden des Bonusprogramms Rabatte nach Maßgabe des Systembetreibers zu gewähren - was dazu führen würde, dass der Kunde aufgrund seiner Teilnahme am Bonussystem einen direkten Anspruch gegen das Partnerunternehmen auf die Gewährung eines Rabatts oder sonstigen Leistung hätte - ist mit diesem Vertrag in der Regel nicht verbunden. Dies ergibt sich deutlich aus den jeweiligen Teilnahmebedingungen, die der Systembetreiber dem Kunden bei Abschluss eines Teilnahmevertrages stellt. Die **Vergabe von Bonuspunkten** erfolgt danach regelmäßig im eigenen Entscheidungsspielraum des Partnerunternehmens. So regeln die Teilnahmebedingungen für das Happy Digits Programm in Ziff. 5.1, dass die Teilnehmer bei den Partnerunternehmen Rabattgutschriften in Form von Digits sammeln können, wenn und soweit das Partnerunternehmen dies festgelegt hat. Auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Eutin City Card enthalten in Ziff. 2 eine Bestimmung, dass die Voraussetzungen der Punktevergabe sich allein nach den Bedingungen des Partnerunternehmens richten.

Darüber hinaus wird ein Vertrag jeweils nach einem erfolgreichen Rabattersuchen eines Teilnehmers beim Partnerunternehmen geschlossen. Das Partnerunternehmen weist daraufhin den Systembetreiber an, dem Teilnehmer einen bestimmten Rabattbetrag bzw. eine bestimmte Anzahl von Bonuspunkten gutzuschreiben. In dieser Konstellation sind alle Beteiligten des Kundenbindungssystems betroffen. Im Verhältnis Teilnehmer - Partnerunternehmen, das in der Terminologie des **Drei-Personen-Verhältnisses** das Valutaverhältnis darstellt, ist das Partnerunternehmen verpflichtet, eine Rabattgutschrift beim Systembetreiber zu veranlassen. Das Verhältnis Partnerunternehmen - Systembetreiber stellt das so genannte Deckungsverhältnis dar, in dem sich der Systembetreiber gegenüber dem Partnerunternehmen zu Gunsten des Dritten die vom Partnerunternehmen verlangte Handlung, hier die Gutschrift der Bonuspunkte, vorzunehmen verpflichtet. Das Verhältnis Systembetreiber - Teilnehmer schließlich stellt das Vollzugsverhältnis dar.

Ob dieses Dreiecksverhältnis in einer Weise ausgestaltet ist, dass der **Kunde als begünstigter**

Dritter einen eigenen Anspruch gegen den Systembetreiber erhält und somit einen Vertrag zu Gunsten Dritter gemäß § 328 BGB darstellt, ist allerdings zweifelhaft. Es ist vielmehr anzunehmen, dass ein Anspruch des Kunden auf die Gewährung eines Rabatts nur gegenüber dem Partnerunternehmen als seinem Vertragspartner besteht. Die Funktion des Systembetreibers ist im Hinblick auf die Rabattgewährung hauptsächlich organisatorischer Natur. Ein Rechtsverhältnis zwischen Kunde und Systembetreiber mit der Folge eines direkten Anspruchs des Kunden in Bezug auf eine konkrete Gutschrift muss daraus nicht entstehen.

Unabhängig von einem eigenen Forderungsrecht gegen den Systembetreiber ist der Kunde in das Vertragsverhältnis zwischen Partnerunternehmen und Systembetreiber aber in jedem Fall so einbezogen, dass er hierdurch begünstigt werden soll. Es liegt zumindest ein so genannter unechter Vertrag zu Gunsten Dritter vor, der den Systembetreiber ermächtigt, an den Dritten, also den Kunden, zu leisten²².

1.2 Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung im Rahmen des Kundenbindungssystems

Die Verarbeitung von Kundendaten erfolgt im Rahmen des übergreifenden Kundenbindungssystems durch verschiedene an diesem System beteiligte Unternehmen. Diese Datenverarbeitung durch verschiedene Unternehmen kann mit dem Begriff „**Verbunddatenverarbeitungssystem**“ charakterisiert werden. Das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), an dessen Regelungen die Verarbeitung der Kundendaten zu messen ist, geht dagegen grundsätzlich von der Konstruktion eines Zwei-Personen-Verhältnisses aus und enthält keine spezifischen Regelungen für eine Datenverarbeitung im Verbund²³. Für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung ist somit auf jeden einzelnen Vorgang der Datenverarbeitung abzustellen und als Grundlage das jeweils betroffene Rechtsverhältnis zwischen der jeweils verantwortlichen Stelle und dem Betroffenen heranzuziehen.

Im Rahmen des Kundenbindungssystems werden unterschiedliche Daten des Kunden von unterschiedlichen Beteiligten zu unterschiedlichen Zwecken verarbeitet. Bei einer rechtlichen Beurteilung dieser Vorgänge ist demgemäß zu differenzieren. In datenschutzrechtlicher Hinsicht ist der jeweilige Zweck der Datenverarbeitung für die rechtliche Bewertung relevant. Aus diesem Grund erfolgt die Beurteilung getrennt v.a. nach den **unterschiedlichen Verarbeitungszwecken** „Rabattabwicklung“ und „Werbung und Marktforschung“.

1.2.1 Datenverarbeitung zu Zwecken der Programmabwicklung

Eine Verwendung von personenbezogenen Daten, d.h. die Erhebung, Verarbeitung (dies ist gemäß § 3 Abs. 4 BDSG das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten) und Nutzung ist gemäß § 4 Abs. 1 BDSG zulässig, soweit das Bundesdatenschutzgesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat.

1.2.1.1 Erhebung der Stammdaten des Kunden

²² Zum unechten Vertrag zu Gunsten Dritter vgl. Münchener Kommentar, § 328 Rn 5.

²³ Dazu auch *Lewinski*, RDV 2003, 122 (125).

Mit dem Anmeldeformular werden regelmäßig **Pflichtangaben** des Kunden abgefragt, die der Systembetreiber für die Durchführung des Rabattprogramms als erforderlich ansieht. Hierbei handelt es sich i.d.R. um den vollständigen Namen, die Anschrift sowie in einigen Fällen auch um weitere Daten wie das vollständige Geburtsdatum oder die Telefonnummer (so genannte **Stammdaten**).

1.2.1.1.1 Erhebung durch den Systembetreiber

Melden sich die Kunden direkt beim Systembetreiber, etwa über das Internet, für die Teilnahme am Bonusprogramm an, so werden die Stammdaten des Kunden **direkt durch den Systembetreiber** erhoben.

Als Rechtsgrundlage für die Erhebung der Daten kommt § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG in Betracht. Danach ist das Erheben personenbezogener Daten als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke zulässig, wenn es der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses mit dem Betroffenen dient. Die Erhebung setzt einen unmittelbaren sachlichen Zusammenhang zwischen der beabsichtigten Verwendung und dem konkreten Vertragszweck voraus²⁴. Dieser ist gegeben, wenn die Kenntnis der zu erhebenden Daten für die Erfüllung des Vertragszwecks erforderlich ist²⁵. Zur eindeutigen Identifizierung des Kunden und zu dessen Ansprache ist die Kenntnis von **Namen und Adresse** erforderlich.

Denkbar und möglich erscheint dem gegenüber auch eine **pseudonyme Abwicklung** eines Rabattsystems, in dem die personenbezogenen Daten des Kunden gesondert gespeichert und nur für Zwecke verwendet werden, die einen persönlichen Kontakt zu dem Kunden unter seinem tatsächlichen Namen erfordern. Solche Zwecke sind etwa die Auszahlung von Rabatten auf ein Bankkonto des Teilnehmers, Versand einer Prämie an den Teilnehmer oder eine rechtliche Auseinandersetzung mit dem Kunden in Form von Schriftverkehr oder eines gerichtlichen Rechtsstreits. Für die Abwicklung des Programms könnte der Kunde dagegen unter einem eindeutigen Pseudonym, etwa seiner Kundennummer, agieren. Diese Variante würde eine datenschutzrechtliche Verbesserung für den Kunden darstellen. Voraussetzung wäre jedoch, dass sich die Zuordnung des Pseudonyms zu dem Namen des Kunden auf die oben beispielhaft geschilderten Fälle beschränkt, die eine namentliche Ansprache des Kunden erfordern.

Ob über den Namen und die Adresse hinaus noch weitere Daten des Kunden erforderlich sind, ist zweifelhaft. Die Kenntnis über weitere Kontaktmöglichkeiten des Kunden dürfte zwar nicht unbedingt zur Erfüllung des Vertrages erforderlich sein, zur Klärung von Rückfragen (etwa bei Unleserlichkeit der Anschrift) kann die Kenntnis einer **Telefonnummer** oder auch einer **E-Mail-Adresse** aber durchaus sinnvoll sein. Eine Erhebung von Kontaktmöglichkeiten, die über die Anschrift hinausgehen, ist jedoch nur zulässig, soweit die Daten ausschließlich zum Zweck der Vertragsabwicklung genutzt werden. Für die Nutzung zu Werbezwecken gelten andere Maßstäbe (dazu unten). Darüber hinaus ermächtigt dies den Betreiber nicht, sämtliche denkbaren Kommunikationsadressen eines Kunden als Pflichtangabe zu erheben. Mittlerweile verfügen Antragsteller häufig über mehrere Kommunikationsmittel (Telefon, E-Mail, Mobiltelefon, Fax). Zur Sicherung der Möglichkeit von Rückfragen des Betreibers an den Kunden und zur Vereinfachung dieses Verfahrens ist es ausreichend, wenn der Betreiber eine weitere Kommunikationsadresse des

²⁴ *Simitis* in: *Simitis*, BDSG, § 28 Rn 79; ähnlich *Petri/Kieper*, DuD 2003, 609 (611).

²⁵ siehe dazu auch *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 28 Rn 26.

Kunden kennt. Werden mehr Kontaktmöglichkeiten als Anschrift und eines weiteren Kontakts erfragt, muss dem Kunden die Möglichkeit gegeben werden, die Angaben zu beschränken. Verbraucherfreundlich stellt sich dabei eine Lösung dar, die dem Kunden die Auswahl eines Kommunikationsmittels überlässt.

Die Kenntnis des vollständigen **Geburtsdatums** des Teilnehmers ist nicht erforderlich, ausreichend ist vielmehr die Erhebung des Geburtsjahrs. Dem wird von Bonusprogrammbetreibern entgegen gehalten, nur volljährige Personen oder solche, die das 16. Lebensjahr beendet haben, dürften an dem Programm teilnehmen, so dass die Kenntnis des Geburtsdatums erforderlich sei, um das genaue Alter der Antragsteller festzustellen. Hiervon ist jedoch nur eine kleine Gruppe der Antragsteller betroffen, und zwar diejenigen, die im laufenden Kalenderjahr die Altersgrenze erreichen. Um die Erreichung der jeweiligen Altersgrenze nachzuvollziehen, sind allerdings auch datensparsamere Lösungen möglich. So ist es beispielsweise ausreichend, dass der Antragsteller ein Feld mit der Angabe „volljährig“ bzw. „nicht volljährig“ ausfüllt. Die Kenntnis des vollständigen Geburtsdatums ist nicht nötig und dessen Erhebung folglich unzulässig²⁶. Die routinemäßige Abforderung des Geburtsdatums verstößt zudem gegen die Grundsätze der Datenvermeidung und Datensparsamkeit gemäß § 3a BDSG. Auch zur eindeutigen Identifizierung des Teilnehmers bei identischem Namen und gleicher Adresse (z.B. bei gleichnamigem Vater und Sohn, Mutter und Tochter in gleichem Haus) genügt neben der Kenntnis der Adresse die des Geburtsjahrs (vgl. die Regelung des § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG, der ebenfalls nur das Geburtsjahr benennt).

Auch § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG kann eine Erhebung dieser Daten nicht legitimieren. Danach ist das Erheben personenbezogener Daten zulässig, soweit es zur Wahrung **berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich** ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. Vorliegend kann ein berechtigtes Interesse des Systembetreibers an der Kenntnis des Geburtsdatums für den Zweck der Rabattabwicklung nicht erkannt werden. Der Systembetreiber hat für diesen Zweck nur soweit ein berechtigtes Interesse an der Erhebung von Kundendaten, als diese für die Erfüllung des Zwecks erforderlich sind.

Von Seiten der Anbieter wird ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis des Geburtsdatums häufig damit begründet, dass der Teilnehmer zu seinem Geburtstag mit einer Aufmerksamkeit bedacht werden soll. Teilweise wird das Geburtsdatum benötigt, um dem Teilnehmer besondere Angebote zu unterbreiten, die für seine Alterstufe gelten. Dieser Fall ist vor allem relevant für Dienstleistungen, etwa von Fluggesellschaften, die besondere altersabhängige Tarife anbieten. Beide Fallgruppen beziehen sich auf eine Verwendung zum Zweck der Werbung und werden im folgenden Abschnitt näher behandelt.

1.2.1.1.2 Erhebung durch das Partnerunternehmen

Häufig wird das Antragsformular, welches die Pflichtangaben des Kunden enthält, bei einem der beteiligten Partnerunternehmen abgegeben. In solchen Fällen werden die Stammdaten durch das Partnerunternehmen erhoben²⁷. Gemäß der Definition in § 3 Abs. 3 BDSG ist Erheben das Beschaffen von Daten über den Betroffenen. Das **Erheben** besteht in einer

²⁶ Weichert, DuD 2003, 161 (164); Tätigkeitsbericht 2002 des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz, Tz. 6.4.1, S. 84.

²⁷ Weichert, DuD 2003, 161 (164).

Aktivität, durch die die erhebende Stelle Kenntnis von den betreffenden Daten erhält oder Verfügung über diese begründet²⁸. Unerheblich ist dabei, ob die beschaffte Information tatsächlich zur Kenntnis genommen wird oder genommen werden soll und ob tatsächlich eine Verwendungsabsicht verfolgt wird. Es genügt, wenn die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht²⁹. Diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn das Partnerunternehmen das ausgefüllte Antragsformular des Kunden unverschlossen entgegen nimmt. Das Partnerunternehmen erlangt die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Kundendaten sowie die Möglichkeit, diese zur Kenntnis zu nehmen bzw. dem Systembetreiber weiter zu geben.

Weitere Voraussetzung des Erhebens ist ein aktives Handeln, das von einem entsprechenden der erhebenden Stelle **zurechenbaren Willen** der handelnden Person getragen ist. Dies fehlt, wenn Daten einer Stelle ohne jedes eigene Zutun zuwachsen³⁰. Vorliegend ist jedoch davon auszugehen, dass diese aktive subjektive Komponente gegeben ist. Das Partnerunternehmen hat regelmäßig ein eigenes Interesse an der Anmeldung von Kunden für das Bonusprogramm sowie an der Hergabe der entsprechenden Daten. Das Partnerunternehmen beschränkt sich nicht auf die rein passive Duldung der Auslegung von Antragsformularen durch den Systembetreiber und eine Entgegennahme der ausgefüllten Anträge, sondern unterstützt diesen Vorgang aktiv.

Für die datenschutzrechtliche Bewertung der **Zulässigkeit** des Erhebens ist es von Bedeutung, ob die Erhebung der Kundendaten zu eigenen Zwecken der erhebenden Stelle oder aber für fremde Zwecke, nämlich die des Systembetreibers erfolgt. Im ersten Fall beurteilt sich die Zulässigkeit nach § 28 BDSG, für den zweiten Fall können die §§ 29, 30 BDSG oder die Regelungen für die Datenerhebung im Auftrag nach § 11 BDSG maßgeblich sein.

Ein **wirtschaftliches Interesse** an den zu erhebenden Stammdaten haben sowohl das erhebende Partnerunternehmen als auch der Systembetreiber. Gewöhnlich sind die Kundenbindungssysteme so gestaltet, dass die Kundendaten bei dem Systembetreiber gespeichert werden. Gleichwohl erhalten die beteiligten Partnerunternehmen zumindest die Möglichkeit, diese Daten auch für eigene Zwecke zu nutzen. Einige Systembetreiber übermitteln die über die Kunden des Partnerunternehmens gespeicherten Daten an dieses; andere Systembetreiber stellen den Partnerunternehmen zumindest ihren Datenbestand zur Nutzung zur Verfügung. Die Interessen beider Beteiligter sind jedoch verschieden. Während der Systembetreiber sich regelmäßig darauf berufen kann, dass eine Kenntnis der Stammdaten für ihn zwingend erforderlich ist, um die Rabattverwaltung für die Kunden vornehmen zu können, beschränkt sich das Interesse der Partnerunternehmen an den Stammdaten seiner Kunden auf deren Nutzung für Werbemaßnahmen bzw. zur Marktforschung.

Auf Grund des erheblichen **Eigeninteresses der Partnerunternehmen** an den Stammdaten der Kunden erfolgt die Erhebung dieser Daten i.d.R. zumindest auch für eigene Zwecke des Partnerunternehmens, so dass das Partnerunternehmen die für die Erhebung verantwortliche Stelle gemäß § 3 Abs. 7 BDSG ist³¹. Die Zulässigkeit beurteilt sich hierfür nach § 28 BDSG.

Voraussetzung des **§ 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG** ist, dass die Erhebung als Mittel für die Erfüllung **eigener Geschäftszwecke** vorgenommen wird und der Zweckbestimmung eines

²⁸ Dammann in: Simitis, BDSG, § 3 Rn 108.

²⁹ Dammann in: Simitis, BDSG, § 3 Rn 111, 112.

³⁰ Dammann in: Simitis, BDSG, § 3 Rn 108-110.

³¹ So auch Weber/Jacob/Rieß/Ullmann, DuD 2003, 614 (616); Weichert, DuD 2003, 161 (164).

Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen dient.

Als eigener Geschäftszweck in diesem Sinne kommt die **Beteiligung** des Partnerunternehmens **an dem Bonusprogramm** in Betracht. In dieser Hinsicht besteht eine unmittelbare vertragliche Beziehung zu dem Systembetreiber. Hierdurch wird das Partnerunternehmen in der Regel auch verpflichtet sein, Antragsformulare für Kunden bereitzuhalten, diese ausgefüllt entgegenzunehmen und an den Systembetreiber zu übermitteln. Diese Pflicht besteht jedoch gegenüber dem Systembetreiber und nicht gegenüber dem Betroffenen, dem Kunden. Der Kunde ist in diesen Vertrag aber insoweit eingebunden, als er einen Antrag auf Teilnahme auch bei einem der Partnerunternehmen stellen kann. Das Partnerunternehmen erbringt in der Entgegennahme und Weiterleitung des Antrags eine **Leistung zu Gunsten des Kunden**, die für ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis im Sinne des § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG ausreichend ist.

1.2.1.1.3 Übermittlung der Stammdaten vom Partnerunternehmen an den Systembetreiber

Die mit Entgegennahme des Antragsformulars erhobenen Daten übermittelt das Partnerunternehmen an den Systembetreiber. Die erforderliche Rechtsgrundlage ist für diesen Vorgang ebenfalls in **§ 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG** zu sehen. Neben der Erhebung der Kundendaten durch die Annahme des Antrags ist auch deren Übermittlung durch die Weiterleitung des Antrags an den Systembetreiber durch das oben beschriebene Leistungsverhältnis zu dem Kunden umfasst.

Die Übermittlung von Daten ist nur zulässig, soweit deren Kenntnis zur Durchführung des Rabattvertrages **erforderlich** ist. Hierbei gelten die gleichen Grundsätze wie für die Erhebung der Stammdaten.

1.2.1.2 Erhebung und Übermittlung der Programmdaten

Setzt der Kunde seine Karte bei einem Einkauf oder bei Inanspruchnahme einer Dienstleistung bei einem der Partnerunternehmen ein, werden dort eine Reihe von Daten über diesen Vorgang festgehalten. Bei diesen Daten handelt es sich gewöhnlich um eine Kennung des Kunden, etwa durch eine Kunden- oder Kartenummer, die Kennung des beteiligten Partnerunternehmens, Ort, Datum und Uhrzeit des Karteneinsatzes, den Umsatz sowie u.U. auch Angaben über die erworbene Ware oder in Anspruch genommene Dienstleistung nach Waren- bzw. Dienstleistungsgruppen (**Programmdaten**). Diese Daten werden durch das jeweils beteiligte Partnerunternehmen, bei dem die Kundenkarte eingesetzt wird, erhoben und anschließend an den Systembetreiber übermittelt.

Hinsichtlich der Erhebung für eigene Zwecke des Partnerunternehmens unterscheidet sich diese Konstellation jedoch von der Erhebung der Stammdaten. Während der Erhebung der Stammdaten des Kunden mittels des Antragsformulars i.d.R. kein Vertragsverhältnis zwischen Kunde und Partnerunternehmen zu Grunde liegt, besteht im Fall der Erhebung der Rabatt-Programmdaten auch zwischen Partnerunternehmen und Kunde ein Rechtsverhältnis. Neben dem üblichen Inhalt enthält dieser Vertrag auch eine Verpflichtung des Partnerunternehmens, eine **Punktegutschrift** für das Konto des Kunden beim Systembetreiber zu veranlassen. Hierzu gehört insbesondere die Mitteilung der zur Punktegutschrift erforderlichen Daten gegenüber dem Systembetreiber. Da dies eine

vertragliche Pflicht des Partnerunternehmens gegenüber dem Kunden ist, ist das Partnerunternehmen im Rahmen des Erforderlichen auch aus § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG zur Datenerhebung befugt. Erforderlich für die Gutschrift der Punkte ist für den Systembetreiber regelmäßig nur die Höhe des Rabattbetrages sowie zusätzlich der Ort und Zeitpunkt des Vorgangs, die Kenntnis des Partnerunternehmens und eventuell der Preis der Ware oder Dienstleistung. Letztere Daten können erforderlich sein, wenn wegen der Rückgängigmachung des Grundgeschäfts eine Stornierung der Punktegutschrift erfolgen oder aufgrund einer Kundenbeschwerde die Richtigkeit der Punkteverwaltung überprüft werden muss. In diesen Fällen muss sichergestellt sein, dass auch nachträglich die Bonusgutschrift eindeutig dem jeweils zu Grunde liegenden Geschäft zugeordnet werden kann. Mit Kenntnis von Ort, Datum und Zeitpunkt sowie des Umsatzes kann eine solche Zuordnung zuverlässig vorgenommen werden. Die Kenntnis des Preises der Ware oder Dienstleistung neben der Kenntnis der gutzuschreibenden Bonuspunkte ist erforderlich, um die richtige Berechnung der Bonuspunkte nachvollziehen zu können.

Zur Abwicklung des Vertrages sowie zur nachträglichen Kontrolle ist dagegen die Kenntnis der **Warengruppe** oder Gruppe der in Anspruch genommenen Dienstleistungen i.d.R. nicht unbedingt notwendig. Die erwähnten Funktionen können auf der Grundlage der oben genannten Daten zuverlässig erfüllt werden. Die Kenntnis der Waren- oder Dienstleistungsgruppe bringt demgegenüber zwar eine wertvolle Zusatzinformation, die aber für die Vertragsabwicklung nicht unbedingt erforderlich ist.

Rechtsgrundlage für die Übermittlung der Programmdateien an den Systembetreiber wie für die Erhebung der Daten ist § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG. Das Partnerunternehmen verpflichtet sich gegenüber dem Kunden auch zur Weitergabe der zur Punkteverwaltung erforderlichen Daten an den Systembetreiber. Soweit also das Partnerunternehmen die zulässigerweise erhobenen Programmdateien an den Systembetreiber übermittelt, erfüllt es seine Pflicht aus dem Vertrag mit dem Kunden.

1.2.1.3 Speicherung und Nutzung durch den Systembetreiber

Die Stammdaten und Programmdateien werden nach der Übermittlung an den Systembetreiber von diesem gespeichert und für die **Abwicklung des Rabattvertrages** genutzt. Diese Aufgabe ist die Hauptpflicht des Systembetreibers aus dem Rabattvertrag. Soweit die Daten für die Erfüllung dieser Aufgabe erforderlich sind, ist auch deren Speicherung und Nutzung durch den Systembetreiber gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG zulässig.

1.2.1.4 Verarbeitung der Daten durch einen externen Dienstleister

Sowohl der Systembetreiber als ggf. auch die Partnerunternehmen, soweit diese über einen eigenen Datenbestand verfügen³², beauftragen in einigen Fällen externe Dienstleister mit der Verarbeitung der Kundendaten. Zu den ausgelagerten Aufgaben gehört häufig die Verwaltung des Kundenkontos oder aber auch die Durchführung von Werbemaßnahmen. In datenschutzrechtlicher Hinsicht handelt es sich hierbei regelmäßig um eine **Datenverarbeitung im Auftrag**. Die Verarbeitung der Daten erfolgt für Zwecke des Partnerunternehmens oder Systembetreibers. Das Dienstleistungsunternehmen hat kein eigenes Interesse an diesen Daten.

³² Dies ist in einigen Systemen der Fall: entweder speichern die Partnerunternehmen selbst die von ihnen erhobenen Kundendaten oder aber sie erlangen durch den Systembetreiber Kundendaten, der häufig die von den Partnerunternehmen erhobenen Daten an diese zurück übermittelt.

Eine solche Datenverarbeitung im Auftrag ist in den genannten Fallkonstellationen unter den Voraussetzungen des § 11 BDSG zulässig. Die Überlassung der Kundendaten an den Auftragnehmer stellt mit Ausnahme bei Datentransfers in so genannte Drittstaaten³³ **keine Übermittlung** im Sinne des BDSG dar, da der Auftragnehmer im Verhältnis zum Auftraggeber nicht als Dritter anzusehen ist. Aus diesem Grund unterliegt die Weitergabe der Daten auch nicht den Zulässigkeitsvoraussetzungen des BDSG für die Übermittlung personenbezogener Daten³⁴.

Das Partnerunternehmen bzw. der Systembetreiber bleiben gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 BDSG für die Einhaltung der Vorschriften des BDSG auch beim Auftragnehmer verantwortlich. Sie bleiben Adressat für die Geltendmachung von Ansprüchen und Rechten der Betroffenen nach dem BDSG. Aufgrund seiner **Verantwortung** ist der Auftraggeber nach § 11 Abs. 2 BDSG verpflichtet, den Auftragnehmer sorgfältig auszuwählen und sich von der Einhaltung der beim Auftragnehmer getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen zu überzeugen. Die Auftragserteilung ist gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 BDSG schriftlich vorzunehmen; dabei sind die Datenverarbeitung und -nutzung, die technischen und organisatorischen Maßnahmen und etwaige Unterauftragsverhältnisse festzulegen. Eine Information der Kunden über die Identität des Auftragnehmers wird vom Datenschutzrecht nicht zwingend gefordert.

1.2.1.5 Gewährleistung der Betroffenenrechte

Der Abschnitt der §§ 33 ff. BDSG regelt die Rechte des Betroffenen gegenüber der Daten verarbeitenden Stelle. Von Bedeutung für Kundenbindungssysteme sind hier insbesondere das Recht auf Auskunft an den Betroffenen sowie die Löschung und Sperrung von Daten.

1.2.1.5.1 Benachrichtigung bzw. Unterrichtung des Betroffenen

Werden personenbezogene Daten des Betroffenen erhoben, verlangt das BDSG, dass dieser über die **Tatsache und den Umfang der Datenerhebung** sowie über den Zweck der Erhebung und der weiteren Verwendung der Daten **informiert** wird.

§ 33 sieht grundsätzlich eine **Benachrichtigung des Betroffenen** durch die verantwortliche Stelle vor, wenn erstmals personenbezogene Daten des Betroffenen ohne dessen Kenntnis erhoben werden. Diese Vorschrift ist im Rahmen von Kundenbindungssystemen von geringer Bedeutung, da in der Regel die personenbezogenen Daten des Kunden mit dessen Kenntnis erhoben werden.

Für diesen Fall ist eine **Unterrichtung des Betroffenen** in § 4 Abs. 3 BDSG vorgeschrieben. Soweit er nicht bereits auf andere Weise Kenntnis erlangt hat, ist er von der verantwortlichen Stelle zu unterrichten über

- die Identität der verantwortlichen Stelle,
- die Zweckbestimmung der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung und
- die Kategorien von Empfängern, soweit der Betroffene nach den Umständen des Einzelfalls nicht mit der Übermittlung an diese rechnen muss.

³³ Vgl. § 3 Abs. 8 S. 3 BDSG.

³⁴ dazu auch Walz in: Simitis, BDSG, § 11 Rn 29.

Im Rahmen der unternehmensübergreifenden Kundenbindungssysteme finden zum Zweck der Rabattabwicklung wie beschrieben eine Reihe von Datenübermittlungen der einzelnen Partnerunternehmen an den Systembetreiber statt. Dem Kunden ist das **Zusammenwirken** von **Partnerunternehmen und Systembetreiber** häufig nicht vollständig klar. Erforderlich ist daher zum einen ein deutlicher Hinweis auf die Identität des Systembetreibers, der in der Regel auch verantwortliche Stelle ist und ein Hinweis auf den Systembetreiber als Empfänger der Daten, die nicht von diesem erhoben werden.

1.2.1.5.2 Auskunft

Gemäß § 34 Abs. 1 BDSG kann der Betroffene bei der Daten verarbeitenden Stelle **Auskunft** verlangen über die zu seiner Person **gespeicherten Daten**, auch soweit sie sich auf die Herkunft dieser Daten bezieht, Empfänger oder Kategorien von Empfängern, an die Daten weitergegeben werden und den Zweck der Speicherung³⁵. Zu dem Kreis der Betroffenen und damit der Auskunftsberechtigten zählen alle Karteninhaber, d.h. auch der Inhaber einer Zweitsammelkarte. Die Auskunft ist unentgeltlich und i.d.R. schriftlich zu erteilen. Der Anspruch des Kunden auf Auskunftserteilung bezieht sich auf „die“, d.h. sämtliche zu seiner Person gespeicherten Daten. Im Rahmen von Kundenbindungssystemen bedeutet dies, dass der Kunde Auskunft über seine Stammdaten und freiwilligen Angaben und auch über die gespeicherten Programmdateien verlangen kann. Insbesondere die Programmdateien sind dem Kunden vollständig zur Information zur Verfügung zu stellen³⁶. Diese Auskunft besteht unbeschadet der gängigen Praxis, den Kunden regelmäßig oder auf Anfrage über seinen aktuellen Punktestand zu informieren und ist durch eine solche Information i.d.R. nicht vollständig erfüllt.

Der Betroffene soll gemäß § 34 Abs. 1 Satz 2 BDSG die **Art der personenbezogenen Daten**, über die Auskunft erteilt werden soll, **näher bezeichnen**. Diese Vorschrift ist als Sollvorschrift ausgestaltet, so dass die nähere Bezeichnung der Daten durch den Betroffenen nicht zwingende Voraussetzung für die Erteilung einer Auskunft ist³⁷. Bei dieser Präzisierung durch den Betroffenen muss aber berücksichtigt werden, dass der Betroffene regelmäßig nicht genau weiß, welche Daten die verantwortliche Stelle zu seiner Person gespeichert hat; diese Unkenntnis ist ja gerade der Grund seines Auskunftsbegehrens. Es kann ihm daher nicht eine Präzisierung über bestimmte Datenkategorien auferlegt werden. Möglich ist es jedoch, den Kunden aufzufordern, den Umfang der Auskunft einzugrenzen, indem er diesen auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis (soweit mehrere in Frage kommen), einen bestimmten Zeitraum oder ähnliche Kriterien beschränkt, die in seiner Kenntnis liegen.

Eine **Pflicht zur Auskunftserteilung besteht** gemäß § 34 Abs. 4 BDSG **nicht**, wenn einer der Fälle des § 33 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 3, 5-7 BDSG vorliegt. In Betracht kommt für die vorliegenden Kundenbindungssysteme insbesondere der Fall des § 33 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BDSG. Gemäß § 34 Abs. 4 i.V.m. § 33 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BDSG ist danach eine Auskunftserteilung nicht zwingend, wenn die Daten nur noch aufgrund einer gesetzlichen, satzungsmäßigen oder vertraglichen **Aufbewahrungspflicht** gespeichert sind, aufgrund derer sie nicht gelöscht werden dürfen und eine Benachrichtigung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde. Die Speicherung von Kundendaten aufgrund handelsrechtlicher oder steuerrechtlicher Aufbewahrungsfristen ist in allen Kundenbindungssystemen rechtlich

³⁵ Ausführlich zur Auskunft der Betroffenen bei CRM-Systemen *Lewinski*, RDV 2003, 122 (129).

³⁶ Dazu ausführlich *Weichert*, DuD 2003, 161 (166).

³⁷ Vgl. *Mallmann* in: Simitis, BDSG, § 34 Rn 31.

geboten, so dass für den Fall, dass eine Speicherung aus anderen Gründen nicht mehr erforderlich ist, die entsprechenden Daten gesperrt sind und für die Dauer der Aufbewahrungsfrist gespeichert werden, eine Auskunftspflicht nicht besteht. Erforderlich ist hierfür weiterhin, dass die Auskunft einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert.

1.2.1.5.3 Berichtigung, Löschung und Sperrung

Gemäß § 35 Abs. 1 BDSG sind personenbezogene Daten zu **berichtigen**, wenn sie unrichtig sind.

§ 35 BDSG regelt weiterhin, in welchen Fällen personenbezogene Daten zu **löschen** sind. Eine Pflicht der Daten verarbeitenden Stelle zur Löschung der Daten besteht, wenn die Speicherung unzulässig ist (§ 35 Abs. 2 Nr. 1 BDSG) oder für den Fall, dass die Daten für eigene Zwecke verarbeitet werden, sobald ihre Kenntnis für die Erfüllung des Zweckes der Speicherung nicht mehr erforderlich ist (§ 35 Abs. 2 Nr. 3).

Der erste Fall (**unzulässige Verarbeitung**) tritt immer dann ein, wenn die Speicherung der Daten weder durch eine gesetzliche Grundlage, insbesondere gemäß §§ 28, 29 BDSG, erlaubt ist noch der Betroffene wirksam nach § 4a BDSG in die Speicherung eingewilligt hat (§ 4 Abs. 1 BDSG).

Im zweiten Fall (**Wegfall der Erforderlichkeit**) ist die Speicherung rechtmäßig erfolgt, aber durch Wegfall der Voraussetzungen für die zulässige Speicherung nachträglich unzulässig geworden. In der Praxis wird dies häufig dann relevant, wenn der Kunde entweder seine Teilnahme am Bonusprogramm beendet oder die Verarbeitung von Kundendaten auf der Grundlage einer Einwilligung des Teilnehmers erfolgt und der Teilnehmer zu einem späteren Zeitpunkt diese Einwilligung widerruft³⁸. Ein weiterer Fall des Wegfalls der Erforderlichkeit liegt durch Zeitablauf vor, d.h. wenn die Daten nicht mehr für den ursprünglichen Zweck (z.B. Rabattgewährung) benötigt werden.

Neben dieser Pflicht zur Löschung können die Daten grundsätzlich jederzeit gelöscht werden, es sei denn der Löschung steht ein wichtiger Grund entgegen. Solche Gründe sind in § 35 Abs. 3 Nr. 1 und 2 BDSG geregelt. Gemäß Nr. 1 ist eine Löschung dann unzulässig, wenn zwar die Kenntnis der Daten für die Erfüllung des Zwecks der Speicherung nicht mehr erforderlich ist, aber einer Löschung gesetzliche, satzungsmäßige oder vertragliche **Aufbewahrungsfristen** entgegenstehen. Eine Aufbewahrungsfrist von zehn Jahren ergibt sich für Handelsbücher, Bilanzen, Buchungsbelege und ähnliche Unterlagen aus § 257 HGB. § 147 AO sieht eine zehnjährige Aufbewahrungsfrist für Bücher und Aufzeichnungen, Inventare, Jahresabschlüsse, die Eröffnungsbilanz sowie Buchungsbelege und eine sechsjährige Aufbewahrungsfrist für sonstige Unterlagen wie Handels- und Geschäftsbriefe vor. Personenbezogene Daten, die nur noch einer solchen Aufbewahrungsfrist unterliegen, sind von der Daten verarbeitenden Stelle im Übrigen zu sperren. Die Nutzung oder Übermittlung gesperrter Daten ist ohne Einwilligung des Betroffenen nur in wenigen Ausnahmefällen nach den Voraussetzungen des § 35 Abs. 8 BDSG zulässig.

Den handels- bzw. steuerrechtlichen Aufbewahrungsfristen unterfallen nur Daten über die

³⁸ In der Literatur ist umstritten, ob eine Löschung nach Widerruf der Einwilligung auf Grundlage des § 35 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 3 BDSG erfolgt, über die Pflicht der Löschung für diesen Fall besteht aber Einigkeit, vgl. dazu *Mallmann* in: *Simitis*, BDSG, § 35 Rn 21, 31.

finanzielle Abwicklung des Rabattvertrages. Nur diese müssen auch aufbewahrt werden, um die Vertragsabwicklung für handels- oder steuerrechtliche Zwecke zu dokumentieren. Der Umfang dieser Daten entspricht demjenigen Datenbestand, der im Rahmen des § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG für den Zweck der Rabattabwicklung zulässig erhoben wurde. Für eine Aufbewahrung der übrigen Daten – dies sind insbesondere auch die freiwilligen Angaben des Kunden – besteht kein steuer- oder handelsrechtliches Erfordernis.

Ein weiterer Grund für die Aufbewahrung an und für sich zu löschender Daten besteht, wenn durch die Löschung **schutzwürdige Belange des Betroffenen** beeinträchtigt würden (§ 35 Abs. 3 Nr. 2 BDSG). Derartige schutzwürdige Interessen können darin bestehen, dass eine aktuelle Datenschutzkontrolle durchgeführt wird, dass durch die Löschung die Wahrnehmung geltend gemachter Datenschutzrechte (z.B. Auskunftsanspruch, Schadensersatzanspruch) verhindert würde oder die Daten als Beweismittel in einem anhängigen Klageverfahren des Kunden benötigt würden. Auch in diesen Fällen tritt an die Stelle der Löschung die Sperrung dieser Daten.

1.2.1.6 Karten mit Kreditkartenfunktion

Viele Bonuskarten werden mit einer zusätzlichen Kreditkartenfunktion angeboten, so z.B. als Payback Visa Karte oder Karstadt Master Card. Die Betreiber der Bonuskarten kooperieren hierfür jeweils mit einem **Kreditinstitut**, das die Abwicklung des Kreditvertrages übernimmt.

In datenschutzrechtlicher Hinsicht ist dabei zu beachten, dass eine Vermischung der zu den **unterschiedlichen Zwecken** (Bonusfunktion und Kreditfunktion) erhobenen Daten nicht erfolgt. Hierfür besteht regelmäßig weder eine Erforderlichkeit im Sinne des § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG noch ein überwiegendes berechtigtes Interesse im Sinne des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG. So werden beispielsweise für die Beantragung einer Kreditkarte wesentlich umfangreichere Angaben - insbesondere zum Einkommen des Kunden - erfragt als für eine reine Bonuskarte. Die Kenntnis dieser Daten ist nur für das Kreditinstitut zur Bearbeitung des Kreditantrags erforderlich. Der Bonuskartenbetreiber darf daher diese Daten nur mit einer ausdrücklichen Einwilligung des Kunden erlangen.

Hinsichtlich der bei der Nutzung der Kreditkarte anfallenden Daten ist sicherzustellen, dass dem Bonuskartenbetreiber ebenfalls nur die für seinen Geschäftsbereich erforderlichen Daten, d.h. die Rabattdaten bzgl. bonuspunktefähiger Geschäfte des Kunden mit angeschlossenen Partnerunternehmen bekannt werden. Erhält der Systembetreiber darüber hinaus weitere Daten über die **Kreditkartennutzung**, ist dies nur mit Einwilligung des Kunden zulässig.

Zusammenfassung:

Die Erhebung, Speicherung und Übermittlung von Kundendaten zum Zweck der Programmabwicklung richtet sich nach **§ 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG**. Die Erhebung, Speicherung und Übermittlung der **Stammdaten** ist danach zulässig, soweit diese Name, Anschrift, Geburtsjahr sowie eine zusätzliche Kontaktmöglichkeit umfasst. Die Erhebung, Speicherung und Übermittlung von mehr als zwei (Anschrift + eine weitere) Kontaktmöglichkeiten sowie des vollständigen Geburtsdatums ist nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG unzulässig und bedürfte daher einer Einwilligung des Kunden.

Hinsichtlich der **Programmdaten** beschränkt sich die nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG zulässige Erhebung, Speicherung und Übermittlung auf folgende Daten:

- Höhe des Rabattbetrages (bzw. Anzahl der Bonuspunkte),
- Ort und Zeitpunkt des Vorgangs,
- Kennung des Partnerunternehmens,
- Preis der Ware oder Dienstleistung.

Eine Erhebung, Speicherung und Übermittlung der Ware oder Dienstleistung selbst ist i.d.R. nicht gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG zulässig und bedürfte daher einer Einwilligung.

Wird eine Bonuskarte zusätzlich mit **Kreditkartenfunktion** angeboten, ist ein Austausch der für beide Funktionen erhobenen und gespeicherten Daten zwischen Systembetreiber und Kreditkartenbetreiber sowie eine Zusammenführung beider Datenbestände nur mit Einwilligung des Betroffenen zulässig.

Die vorgenannten Ergebnisse beruhen hauptsächlich auf der Beurteilung der Erforderlichkeit der Kenntnis personenbezogener Daten für die Abwicklung des Programms. Die Frage der Erforderlichkeit eröffnet dem Anwender einen **Beurteilungsspielraum**, der auch andere als die vorliegend vertretenen Ergebnisse ermöglicht.

Das BDSG räumt dem Kunden **Rechte** gegenüber der Daten verarbeitenden Stelle ein, vgl. §§ 33 ff. BDSG. Dieser ist etwa über die Tatsache und den Umfang der Datenverarbeitung zu unterrichten und hat gegenüber der verantwortlichen Stelle einen Anspruch auf Auskunft über die zu seiner Person gespeicherten Daten. In bestimmten Fällen sind personenbezogene Daten zu löschen, z.B. wenn ihre Kenntnis nicht mehr erforderlich ist.

1.2.2 Datenverwendung zu Zwecken der Werbung und Marktforschung

Gegenstand eines jeden Kundenbindungssystems ist neben der Rabattgewährung auch immer die Nutzung der anfallenden Kundendaten zu Zwecken der Werbung und der Marktforschung. Bestandteil des dem Programm zugrundeliegenden **Rabattvertrages** zwischen Kunde und Systembetreiber ist dieser Zweck jedoch nicht. Vielmehr enthält der Vertrag als einzigen Gegenstand die Gewährung von Rabatten; die Ermöglichung einer gezielten Werbung und Beratung des Kunden ist in den Verträgen regelmäßig als integraler Bestandteil nicht vorgesehen³⁹. Mangels vertraglicher Grundlage scheidet daher regelmäßig § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung zu diesen Zwecken aus.

1.2.2.1 Allgemeine Zulässigkeit von Werbemaßnahmen

Die Rechtsprechung hat sich in den vergangenen Jahren intensiv mit der Zulässigkeit von Werbemaßnahmen auseinandergesetzt⁴⁰. Im Vordergrund stehen dabei regelmäßig **wettbewerbsrechtliche Fragestellungen**. So ist die Prüfung, ob eine bestimmte Werbemaßnahme gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 UWG verstößt, Gegenstand vieler gerichtlicher Entscheidungen.

Während eine schriftliche Werbeansprache per **Post** grundsätzlich für zulässig erachtet und

³⁹ Weichert, DuD 2003, 161 (163).

⁴⁰ Übersicht zu dieser Rechtsprechung bei Ayad, CR 2001, 533 (534 f.).

dem Betroffenen dagegen nur die Möglichkeit eines Widerspruchs eröffnet wird⁴¹, hat der Bundesgerichtshof (BGH) die **Telefon-Werbung** mehrfach als wettbewerbswidrig angesehen, sofern der Angerufene nicht zuvor sein Einverständnis erklärt hat⁴². Gleiches gilt auch für die Werbung per **Telefax**⁴³ oder **BTX**⁴⁴. Eine Entscheidung des BGH zur Zulässigkeit der **E-Mail-Werbung** liegt noch nicht vor, doch spricht vieles dafür, zumindest für umfangreiche E-Mail-Werbung („Spamming“) wegen der massiven Beeinträchtigung der Empfänger die gleichen Maßstäbe anzuwenden wie für die Telefon- oder Faxwerbung⁴⁵.

1.2.2.2 Datenverarbeitung durch das Partnerunternehmen

1.2.2.2.1 Erhebung der Daten

Geht man davon aus, dass das Partnerunternehmen im Rahmen von Kundenbindungsprogrammen Daten für eigene Zwecke erhebt, so kommt für die Erhebung von Daten, die nicht bereits nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG erforderlich sind, § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG als Rechtsgrundlage in Betracht. Danach ist das Erheben für eigene Geschäftszwecke zulässig, soweit es zur **Wahrung berechtigter Interessen** der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das **schutzwürdige Interesse des Betroffenen** an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt.

Zu den **berechtigten Interessen** eines Unternehmens wird von der ganz herrschenden Meinung auch die Durchführung von **Werbeaktionen und Marktanalysen** gerechnet⁴⁶. Dies ergibt sich auch aus der Wertung des § 28 Abs. 4 BDSG, der von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Werbemaßnahmen ausgeht, solange sich die Verarbeitung personenbezogener Daten für diesen Zweck im Rahmen der gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen hält und der Betroffene dem nicht widerspricht. Bei den Antragstellern, die ihren Antrag bei einem Partnerunternehmen abgeben, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, dass diese bei dem jeweiligen Partnerunternehmen auch selbst Kunde sind. Das Partnerunternehmen kann ein berechtigtes Interesse daran haben, seine eigenen Kunden kennenzulernen und dadurch die Möglichkeit der Werbeansprache oder auch einer optimierten Kunden- und Marktanalyse zu erhalten. Schutzwürdige Interessen der Verbraucher überwiegen diese Interessen i.d.R. nicht. Den Kunden ist das Partnerunternehmen bekannt, das sie selbst als Zugang zum Bonussystem ausgewählt haben. Im Regelfall kann davon ausgegangen werden, dass der Kunde zu dem ausgewählten Partnerunternehmen eine gewisse Beziehung hat und sich für eine Rabattgewährung bei gerade diesem Unternehmen interessiert. Mit dem Erhalt von Werbung durch das Partnerunternehmen kann er aufgrund der ihm bekannten Umstände rechnen.

§ 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG kann jedoch nicht für sämtliche Daten des Kunden als Rechtsgrundlage herangezogen werden. Vielmehr muss sich die Daten verarbeitende Stelle auch hier auf die für den jeweiligen spezifischen Verarbeitungszweck **konkret erforderlichen Daten** beschränken. Die berechtigten Interessen rechtfertigen – ebenso wie die vertraglichen Beziehungen oder die vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisse – daher

⁴¹ BGH NJW 1973, 1119, NJW 1992, 1958 f.

⁴² Siehe dazu BGH NJW 2000, 2677 (Telefon-Werbung VI).

⁴³ BGH NJW 1996, 660.

⁴⁴ BGH NJW 1988, 1670.

⁴⁵ Ausführlich dazu Ayad, CR 2001, 533 ff.

⁴⁶ *Simitis* in: Simitis, BDSG, § 28 Rn 137, *Schaffland/Wiltfang*, § 28 Rn 92.

nicht eine Verwendung aller möglicherweise infrage kommenden Angaben. Die verantwortliche Stelle ist vielmehr verpflichtet, sich auf die Daten zu beschränken, ohne deren Verarbeitung sich der jeweilige Verwendungszweck nicht erfüllen lässt⁴⁷.

Diese Voraussetzungen werden regelmäßig für die **Stammdaten** erfüllt sein, die als Pflichtangaben erhoben werden. Zu diesen Stammdaten gehören der Name, die Anschrift und das Geburtsjahr. Nicht zu diesen Stammdaten gehören dagegen die Telefonnummer oder andere Kommunikationsadressen wie E-Mail-Adresse, Mobilfunk- oder Faxnummer, auch wenn deren Erhebung als Pflichtangabe zum Zweck der Vertragsabwicklung zulässig sein kann. Die zulässige Verwendung beschränkt sich hierbei allerdings auf den letztgenannten Zweck.

Bezüglich der Stammdaten (Name, Anschrift, Geburtsjahr) ergibt sich die Zulässigkeit der Verwendung zu Werbezwecken ebenfalls aus § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG, nach dem die Nutzung bestimmter personenbezogener Daten für Zwecke der Werbung, Markt- und Meinungsforschung zulässig ist, wenn kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Nutzung hat. Umfasst von dieser in den Voraussetzungen weitgehenden Zulässigkeitsregelung sind aber lediglich **listenmäßig oder sonst zusammengefasste Daten** über Angehörige einer Personengruppe. Die einzelnen Datenkategorien sind in § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG aufgeführt und gehen nicht über die vorliegend bereits nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 verwendbaren Stammdaten des Kunden hinaus.

Die Kenntnis des **vollständigen Geburtsdatums** für die Zwecke der Werbung und Marktforschung ist nicht zwingend. Aus § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG, der die Übermittlung und Nutzung von bestimmten listenmäßig zusammengefassten Daten zu Werbezwecken unter erleichterten Bedingungen erlaubt, kann geschlossen werden, dass der Gesetzgeber insofern keine Erforderlichkeit des Geburtsdatums gesehen hat. Der Katalog des § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG mit Daten, deren Übermittlung oder Nutzung für Werbezwecke zulässig ist, enthält dieses Datum nicht. Anstelle des vollständigen Geburtsdatums zählt der Katalog lediglich das Geburtsjahr auf.

Soweit die Anbieter von Kundenbindungssystemen ihr Interesse an der Kenntnis des Geburtsdatums mit der Unterbreitung bestimmter **altersabhängiger Angebote** oder Aufmerksamkeiten zu Geburtstagen begründen, kann dies eine Erhebung und Verarbeitung auf Grundlage des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG nicht legitimieren. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass schutzwürdige Interessen der Kunden dem im Einzelfall entgegenstehen, insbesondere wenn der Kunde kein Interesse an einer auf sein Alter zugeschnittenen Werbeansprache oder an Geburtstagspräsenten hat. Datenschutz- und verbraucherfreundlich wäre folgende Lösung: Der Anbieter stellt dem Kunden die Angabe des Geburtsdatums frei und gibt dazu den Verwendungszweck an. Darin kann durchaus auch ein Werbeeinfluss liegen, wenn sich der Kunde durch die beabsichtigte Nutzung, etwa für eine Aufmerksamkeit zu seinem Geburtstag, angesprochen fühlt.

Die Verwendung der **Telefonnummer** zu Werbezwecken liegt insbesondere in der direkten telefonischen Ansprache des Kunden. Telefonwerbung wird in der Rechtsprechung als besonders schwerer Eingriff in die Privatsphäre des Kunden angesehen⁴⁸. Aus diesem Grund bedarf diese Ansprache einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung des Kunden. Liegt

⁴⁷ *Simitis* in: Simitis, BDSG, § 28 Rn 146.

⁴⁸ BGH NJW 2000, 2677.

diese nicht vor, ist bereits die Erhebung der Telefonnummer nutzlos, da sie zu Werbezwecken nicht verwandt werden kann. Umgekehrt kann nicht aus der Angabe der Telefonnummer bereits auf ein Einverständnis des Kunden mit dem Erhalt von Werbeanrufen geschlossen werden. Entsprechendes gilt für die Angabe einer **Fax-Nummer**⁴⁹ oder einer **E-Mail-Adresse**⁵⁰.

Im Ergebnis besteht auch keine Legitimation über das „berechtigte Interesse“ für die Nutzung der mit dem Antragsformular häufig abgefragten Informationen etwa über **Konsumvorlieben** des Kunden, **Familienstand**, **Haushaltsgröße** und **Einkommen** sowie **Beruf** und **Hobbies**. Für eine zielgruppengerechte Werbung und insbesondere auch für die Marktforschung sind solche Informationen von Interesse. Je breiter die Informationsgrundlage über den Kunden ist, desto gezielter kann dieser beworben werden und desto genauere Analysen lassen sich über dessen Kaufverhalten treffen. Im Hinblick auf die Werbung kann dies sogar für den Kunden von Vorteil sein, da ihm durch eine gezieltere Ansprache Werbung erspart werden kann, an der er kein Interesse hat und die er daher als besonders belästigend empfinden wird. Bei der Abwägung der Interessen ist zu berücksichtigen, dass es sich bei diesen Daten regelmäßig um Informationen handelt, die eine Aussagekraft über die Persönlichkeit des Kunden, dessen Lebenssituation oder wirtschaftliche Verhältnisse haben. Aus diesem Grund überwiegt in Bezug auf solche Daten grundsätzlich das schutzwürdige Interesse der Betroffenen am Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung gegenüber dem Interesse des Partnerunternehmens an der Durchführung von Werbe- oder Marktforschungsmaßnahmen.

Die bei dem Einsatz der Karte anfallenden **Programmdaten** sind aufgrund ihres hohen Aussagegehaltes ebenfalls für gezielte Werbemaßnahmen und für die Marktforschung von gesteigertem Interesse. Aber gerade wegen ihres Aussagegehaltes über das generelle Kaufverhalten bzw. auch andere Verhaltensweisen etwa über die Nutzung von Telefonverbindungen ist auch hinsichtlich dieser Daten ein überwiegendes Interesse der Betroffenen am Ausschluss der Verwendung für Werbe- und Marktforschungszwecke anzunehmen.

Dies gilt insbesondere dann, wenn nicht nur solche Programmdaten erhoben werden, die für die Abwicklung des Programms erforderlich sind (siehe oben), sondern darüber hinaus auch Daten über die Art des zu Grunde liegenden Geschäfts, also die erworbene Ware oder die in Anspruch genommene Dienstleistung. Letztere Daten werden im Rahmen einiger Bonussysteme erhoben. Meist wird nach Angaben der Betreiber hierüber nur die entsprechende **Waren- oder Dienstleistungsgruppe** erhoben. Durch die Beschränkung dieser Daten auf eine entsprechende Gruppe wird deren Aussagekraft nicht zwangsläufig wesentlich gemindert. Wie eine solche Gruppe gebildet wird, ergibt sich durchgängig nicht aus den Angaben der Betreiber. Dabei kann die Bildung von Gruppen in ganz unterschiedlicher Weise mit jeweils stark unterschiedlichem Aussagegehalt erfolgen. Je präziser und enger eine Gruppe ist, desto genaueren Aufschluss gibt sie über die in der Gruppe zusammengefassten Waren oder Dienstleistungen. So ist beispielsweise der Begriff „Lebensmittel“ ein Begriff für eine Warengruppe. Der Aussagegehalt über die Art des aus dieser Gruppe erworbenen Artikels ist aufgrund der Größe und Vielfältigkeit in dieser Gruppe begrenzt. Wesentlich höher wird die Aussagekraft, wenn diese Gruppe weiter unterteilt wird. Auch die Begriffe „Süßwaren“, „Frischwaren“, „Tiefkühlkost“ usw. stellen für sich genommen taugliche Gruppenbezeichnungen dar. Diese Gruppen lassen sich wiederum differenzieren in weitere Untergruppen, z.B. „Schokoriegel“, „Fruchtgummi“, „Frischobst“, „Frischfleisch“, „TK-

⁴⁹ BGH NJW 1996, 660.

⁵⁰ Ayad, CR 2001, 533 ff.

Gemüse“, „TK-Fertiggerichte“ o.ä. Ähnliche Beispiele lassen sich auch für den Bereich der Dienstleistung bilden, etwa für Telekommunikationsdienstleistungen. Die Gruppe der Telefonverbindungen lässt sich in weitere aufschlussreichere Gruppen unterteilen wie z.B. „Verbindungen ins Ausland“, „Verbindungen in Mobilfunknetze“, „Verbindungen ins Internet“. An diesen Beispielen wird deutlich, dass allein die Beschränkung der Datenerhebung auf eine Gruppe von Waren oder Dienstleistungen nicht ausreicht, um die Beeinträchtigung der Betroffeneninteressen zu vermeiden. Wird an Stelle der gekauften Ware oder der in Anspruch genommenen Dienstleistung eine entsprechende Gruppenbezeichnung erfasst, so kann auch hierin ein äußerst sensibler Informationsgehalt liegen.

Für die Erhebung solcher Daten ist daher eine **Einwilligung** des Kunden erforderlich⁵¹.

In einigen Fällen werden als freiwillige Angaben auf Antragsformularen auch **Daten über Dritte**, i.d.R. Familienmitglieder, abgefragt. Meist handelt es sich dabei um das Geburtsjahr oder auch das Geburtsdatum der Kinder oder um Angaben über den Lebenspartner. Dies sind nicht (nur) personenbezogene Daten des Kunden, sondern (auch) Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlicher dritten Person (§ 3 Abs. 1 BDSG). Auch wenn gewöhnlich auf dem Antragsformular nur das Geburtsdatum oder das Geburtsjahr abgefragt wird, ist anhand der Zusatzinformationen die Person i.d.R. zumindest bestimmbar. Allgemein ist eine Bezugsperson bestimmbar und dadurch über das BDSG geschützt, wenn die Person mit Hilfe anderer verfügbar zu machender Informationen festgestellt werden kann⁵². Im Zusammenhang mit den weiteren Informationen des Antragsformulars ist mindestens ein Elternteil des Kindes sowie bei minderjährigen Kindern mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch deren Anschrift bekannt. Hierdurch lässt sich die Bezugsperson bereits so weit eingrenzen, dass durch die Zusammenführung mit weiteren Informationen zweifelsfrei die Identität dieser Person festgestellt werden kann.

Gemäß § 4 Abs. 2 BDSG sind personenbezogene Daten grundsätzlich **beim Betroffenen zu erheben**. Dies erfordert prinzipiell die Kenntnis und Mitwirkung der betroffenen Person⁵³. Etwas anderes ergibt sich lediglich für **minderjährige Kinder**, soweit diese wegen fehlender Einsichtsfähigkeit noch nicht einwilligungsfähig sind. Für diese sind die Eltern als gesetzliche Vertreter entscheidungsbefugt⁵⁴ und insofern die richtigen Adressaten für die Erhebung von Daten beim Betroffenen. Dies gilt jedoch nur, soweit die Eltern tatsächlich sorgeberechtigt sind. Sind die Daten daher beim Betroffenen zu erheben, so ist eine Erhebung bei einem Dritten grundsätzlich nicht zulässig, es sei denn, es liegt einer der Ausnahmetatbestände des § 4 Abs. 2 BDSG vor. Diese sind für die vorliegenden Kundenbindungssysteme aber i.d.R. nicht einschlägig.

1.2.2.2 Speicherung der Daten durch das Partnerunternehmen

In einigen Fällen ist es vorgesehen, dass das Partnerunternehmen die von ihm erhobenen Kundendaten nicht nur zum Zweck der Übermittlung an den Systembetreiber erhebt, sondern daneben auch selbst speichert und für **eigene Werbungs- und Marktforschungszwecke** nutzt. Eine solche Speicherung und Nutzung ist nur zulässig, soweit die Daten nach den oben

⁵¹ Vgl. hierzu insbesondere die Ausführungen von *Weber/Jacob/Rieß/Ullmann*, DuD 2003, 614 (618).

⁵² *Dammann* in: *Simitis*, BDSG, § 3 Rn 21 f.

⁵³ *Sokol* in *Simitis*, BDSG, § 4 Rn 23.

⁵⁴ vgl. *Simitis* in: *Simitis*, BDSG, § 4a Rn 34.

genannten Maßstäben rechtmäßig erhoben wurden.

1.2.2.2.3 Übermittlung der Daten an den Systembetreiber

Zu Zwecken der Werbung und Marktforschung übermittelt das Partnerunternehmen sämtliche bei ihm erhobenen Daten über Teilnehmer an den Systembetreiber. Zum einen sind dies die mit dem Anmeldeformular offenbarten Stammdaten und die freiwilligen Angaben des Kunden, wenn dieser seinen Antrag in einem der Partnerunternehmen abgibt. Zwar steht bei dieser Übermittlung im Vordergrund, einen Vertragsschluss zwischen Kunde und Systembetreiber über die Teilnahme am Bonusprogramm herbeizuführen sowie dem Systembetreiber die zur Durchführung des Vertrages notwendigen Daten zu vermitteln. Gleichwohl wird man im Regelfall davon ausgehen können, dass sämtliche dieser Daten von dem Systembetreiber auch **zu Zwecken der Werbung und Marktforschung** genutzt werden sollen. Daher muss die Übermittlung der Daten auch im Hinblick auf diese Zwecksetzung zulässig sein. Gleiches gilt für die Programmdaten, die ebenfalls nicht nur zur Abrechnung der Rabattpunkte, sondern auch zu Werbe- und Marktforschungszwecken an den Systembetreiber übermittelt werden.

Soweit diese Daten nicht zur Erfüllung eines Vertrages zwischen Kunde und Systembetreiber übermittelt werden, kommt § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG als Rechtsgrundlage für die Übermittlung nicht in Betracht. Die Voraussetzungen der anderen Tatbestände der §§ 28 und 29 (insbesondere § 28 Abs. 1 Nr. 2 oder § 29 Abs. 2 Nr. 2a, Nr. 2) BDSG sind in diesem Fall nicht erfüllt. Denn Voraussetzung dieser Regelungen ist, dass **schutzwürdige Interessen der Betroffenen** einer Übermittlung nicht entgegenstehen. Genau dies muss jedoch bei einer Übermittlung von Kundendaten an den Systembetreiber regelmäßig angenommen werden. Hier gelten die gleichen Grundsätze wie bei einer Verarbeitung der Daten durch den Systembetreiber, der regelmäßig ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse der Betroffenen entgegensteht (vgl. dazu unten, Pkt. 1.2.2.3.1). Erforderlich ist daher eine Einwilligung des Kunden.

1.2.2.2.4 Auswertung der Daten

Dem Partnerunternehmen ist es, wenn es selbst Kundendaten speichert, möglich, diese Daten zu Profilen zusammenzuführen und nach bestimmten Kriterien auszuwerten. Möglich ist es darüber hinaus, die Kundendaten zur **Profilbildung** oder zur Auswertung mit anderen im Partnerunternehmen vorhandenen Datenbeständen zu verknüpfen. In Betracht kämen hier etwa die Daten des Warenwirtschaftssystems⁵⁵. Die datenschutzrechtliche Bewertung solcher Vorgänge entspricht im Wesentlichen der Bewertung dieser Maßnahmen beim Systembetreiber. Angesichts der möglichen Aussagekraft der Daten und der denkbaren Folgen der Auswertung für den Kunden können hier keine geringeren Anforderungen hinsichtlich der gesetzlichen Zulässigkeit dieser Maßnahmen bzw. hinsichtlich der Einwilligung des Kunden gestellt werden⁵⁶. Die Problematik der Bildung und Auswertung von Kundenprofilen wird daher insgesamt im Rahmen der Datenverarbeitung durch den Systembetreiber dargestellt.

⁵⁵ Dazu BTE-Fachdokumentation Kundenkarten im Einzelhandel, Kap. 2.5, S. 20.

⁵⁶ So auch *Weber/Jacob/Rieß/Ullmann*, DuD 2003, 614 (618), die bezüglich der Zulässigkeit der Verwendung zu Werbezwecken weder zwischen Systembetreiber und Partnerunternehmen noch danach unterscheiden, ob das Partnerunternehmen selbst Vertragspartner des Kunden ist.

1.2.2.3 Datenverarbeitung durch den Systembetreiber

1.2.2.3.1 Erhebung und Verarbeitung der Daten für Werbezwecke

In den meisten Fällen verarbeitet auch der Systembetreiber Daten der Teilnehmer für Zwecke der Werbung und Marktforschung. Die Daten werden i.d.R. bei den Partnerunternehmen erhoben (vgl. dazu oben), meist aber von dem Systembetreiber gespeichert. Oftmals führt dieser **selbstständig Werbeaktionen** durch oder nutzt die gespeicherten Daten zur Marktforschung.

Der Systembetreiber kann sich – anders als das Partnerunternehmen – auch nicht hinsichtlich eines Teils der Daten auf § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG als Rechtsgrundlage für deren Verarbeitung berufen. Die **schutzwürdigen Interessen** der Kunden sind bei einer Datenverarbeitung durch den Systembetreiber weitaus stärker betroffen als bei einer Verarbeitung durch das Partnerunternehmen. Das Partnerunternehmen ist dem Kunden i.d.R. gut bekannt, und dieser dürfte regelmäßig gegen die Verwendung seiner Stammdaten zu Werbezwecken keine gravierenden Einwände haben. Dies ist jedoch nicht auf den Systembetreiber zu übertragen:

Die **Identität des Systembetreibers** ist dem Kunden nicht in gleicher Weise bekannt wie die des Partnerunternehmens. Zwar sollte der Teilnehmer über die Person des Betreibers informiert sein; es besteht zu diesem eine vertragliche Beziehung. Diese beschränkt sich jedoch auf die Abwicklung der bei den Partnerunternehmen erworbenen Rabatte und spielt sich somit im Hintergrund ab, während im Vordergrund des gesamten Bonussystems die Partnerunternehmen stehen.

Von besonderer Relevanz für das überwiegende Interesse des Betroffenen ist, dass dieser nicht einschätzen und überblicken kann, welche Daten beim Systembetreiber über ihn gespeichert und welche davon für welche Art von Werbung herangezogen werden. Da der Systembetreiber über sämtliche im Rahmen des Bonusprogramms anfallenden Daten verfügt, ist für den Kunden ungewiss, welche Folgen eine Verarbeitung zu Werbezwecken für ihn haben kann. Bei dem Systembetreiber kann ein Datenbestand vorhanden sein, der die Bildung von Kundenprofilen ermöglicht, die je nach Datenmenge detaillierten Aufschluss über den Kunden geben können. Auf welche Weise solche Profile gebildet werden und anschließend verwendet werden, entzieht sich im Normalfall der **Kenntnis der Kunden**⁵⁷. Durch die Bildung von solchen aussagekräftigen **Kundenprofilen** ist regelmäßig ein schutzwürdiges Interesse des Kunden berührt. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass der Systembetreiber vertragliche Beziehungen mit sämtlichen an das Bonusprogramm angeschlossenen Partnerunternehmen hat. Es ist für den Kunden nicht auszuschließen, dass über den Systembetreiber auch Unternehmen Kenntnis von Daten über Personen erhalten, die nicht zu ihrem Kundenstamm gehören. Eine solche weitreichende Datenverarbeitung würde ebenfalls das schutzwürdige Interesse der Kunden in erheblichem Maße berühren. Das schutzwürdige Interesse des Kunden überwiegt daher im Regelfall das Interesse des Systembetreibers an der Datenverarbeitung zu Werbe- und Marktforschungszwecken.

Eine Verarbeitung sämtlicher Daten des Kunden, also der Stammdaten, der freiwilligen Angaben und der Programmdateien, durch den Systembetreiber zu Zwecken der Werbung und

⁵⁷ Dazu *Jacob/Jost*, DuD 2003; 621 (622 f.) *Weichert*, DuD 2003, 161 (165).

Marktforschung ist daher nur mit einer **Einwilligung** des Kunden zulässig.

1.2.2.3.2 Nutzung der Daten für Werbezwecke der Partnerunternehmen

Viele Kundenbindungssysteme sind so konstruiert, dass allein der Systembetreiber über die Kundendaten verfügt und die **Partnerunternehmen keine eigenen Datenbestände** aus diesem Bonusprogramm haben. In solchen Fällen nutzen die Partnerunternehmen den Datenbestand des Systembetreibers für die Durchführung von Werbemaßnahmen oder zum Zweck der Marktforschung.

Soweit sich die Verarbeitung bzw. Nutzung für diese Zwecke auf die in § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG bezeichneten Datenkategorien - also Name, Anschrift, Geburtsjahr sowie Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung (**Listendaten**) - beschränkt, ist die Verwendung grundsätzlich zulässig. Ohne Bedeutung für die Beurteilung der Zulässigkeit ist dabei die Frage, ob der Systembetreiber die Daten eigenverantwortlich im Sinne des § 3 Abs. 7 BDSG nutzt, was der Fall sein wird, wenn er selbst als Listbroker die Adressselektion und den Versand durchführt ohne dass das Partnerunternehmen von den Kundendaten Kenntnis erlangt⁵⁸, oder ob der Systembetreiber dem Partnerunternehmen die gewünschten Daten zur Verfügung stellt. Beide Unternehmen können sich auf die Rechtsgrundlage des § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG berufen.

Eine **darüber hinaus gehende Nutzung** von Kundendaten ist dagegen nicht auf gesetzlicher Grundlage zulässig. § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG kommt ebenso wenig als Rechtsgrundlage in Betracht wie § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG (siehe dazu oben, Pkt. 1.2.2.2.1). Es bedarf daher einer Einwilligung des Kunden, die eine genaue Beschreibung der Datenverarbeitungsvorgänge erfordert, aus der ersichtlich ist, wer welche Daten speichert und zu welchen (bzw. auch zu wessen) Zwecken nutzt.

1.2.2.3.3 Auswertung der Daten

1.2.2.3.3.1 Bildung von Kundenprofilen

Bei dem Betreiber eines Kundenbindungssystems werden in großem Umfang Daten über die Teilnehmer zusammengetragen. Durch die Zusammenstellung dieser Daten entstehen **Kundenprofile**, die um so aussagekräftiger sind, je mehr Einzelangaben über den Teilnehmer darin einfließen, etwa durch eine umfangreiche Erhebung der so genannten freiwilligen Angaben über die genaueren Lebensverhältnisse des Teilnehmers, aber insbesondere auch über die Erfassung der jeweiligen Programmdateien. Je häufiger und vielfältiger der Teilnehmer seine Kundenkarte einsetzt, desto genauere Erkenntnisse können über Lebensgewohnheiten, beispielsweise über sein Konsumverhalten, Strom- oder Benzinverbrauch und die Nutzung von Telefonverbindungen, gewonnen werden. Die Programmdateien geben darüber hinaus regelmäßig auch Aufschluss über den Aufenthaltsort des Teilnehmers. Werden diese Daten über einen längeren Zeitraum gesammelt, kann das Verhalten des Kunden langfristig beobachtet werden; es können Verhaltensmuster abgeleitet werden und auch Prognosen über zukünftiges Verhalten eines Kunden angestellt werden. Solche Kundenprofile können auf vielfältige Art und Weise ausgewertet und so für die Werbung und Marktforschung nutzbar gemacht werden.

⁵⁸ Dazu Weber/Jacob/Rieß/Ullmann, DuD 2003, 614 (616).

Kaum vorhersehbar ist für Kunden und übrigens auch Unternehmen, in welchem Umfang möglicherweise andere Stellen, z.B. aus dem Bereich der **Sicherheitsbehörden**, auf der Grundlage weit gefasster polizeirechtlicher oder strafprozessualer Eingriffsgrundlagen auf solche Datenbestände zugreifen können. Dies betrifft keineswegs immer nur den Fall von Ermittlungsverfahren gegen den betreffenden Kunden. Das Beispiel der Rasterfahndung zeigt, dass die heutigen Ermittlungsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden auch den Zugriff auf Daten Dritter, gegen die überhaupt kein Straftatverdacht besteht, ermöglichen.

Die Bildung von Profilen aus operativen Datenbeständen von Großunternehmen ist seit etwa 15 Jahren **gängige Praxis**. Hierbei werden die über den Kunden im Laufe der Geschäftsbeziehung entstandenen Daten zusammengeführt und ausgewertet⁵⁹. Gerade im Bereich von Kundenkarten ist die Möglichkeit der Datengewinnung von entscheidender Bedeutung. So spielt nach Angaben des Einzelhandels bei der Entscheidung, eine Kundenkreditkarte einzuführen, der Wunsch eine nicht geringe Rolle, zusätzliche Daten über das Kaufverhalten und das Ausgabenprofil der Kunden zu erhalten⁶⁰.

Rechtlich ist die Erstellung von Kundenprofilen als **Verändern personenbezogener Daten** im Sinne des § 3 Abs. 4 Nr. 2 BDSG, d.h. das inhaltliche Umgestalten gespeicherter personenbezogener Daten, anzusehen⁶¹. Ein solches Verändern ist als Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß § 4 Abs. 1 nur aufgrund gesetzlicher Grundlage oder mit Einwilligung des Betroffenen zulässig. Unter der Erstellung eines **Persönlichkeitsprofils** ist das Zusammenführen von Daten zu verstehen, um über die Summe der Einzelinformationen hinaus ein möglichst detailliertes, umfassendes und realitätsgetreues Bild über die Persönlichkeit eines Menschen zu erhalten⁶². Die Erstellung solcher Persönlichkeitsprofile ist grundsätzlich ein Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und kann unter bestimmten Umständen verfassungswidrig sein⁶³.

Die Erhebung von Daten im Rahmen eines Kundenbindungssystems ermöglicht zwar die Bildung von teilweise weitreichenden Profilen der teilnehmenden Kunden, doch beziehen sich diese Profile in erster Linie auf das Konsumverhalten der Teilnehmer, nicht jedoch auf deren gesamte Persönlichkeit. Direkte verfassungsrechtliche Bedenken bestehen gegen die Profilbildung im Rahmen von Kundenbindungssystemen daher nicht, soweit hierdurch nur ein Teil der Persönlichkeit abgebildet wird.

Die Erstellung von Konsumprofilen der Teilnehmer ist allerdings auch nicht auf Grund gesetzlicher Regelungen zulässig. Die Voraussetzungen der einzig in Betracht kommenden Rechtsgrundlage des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG sind hier nicht erfüllt, da der Profilbildung regelmäßig **schutzwürdige Interessen der Betroffenen** entgegenstehen⁶⁴. Dies muss zumindest dann gelten, wenn sich durch die Zusammenstellung der Daten für die Unternehmen Informationen über den Kunden ergeben, die über die Summe der in das Profil einbezogenen Einzelinformationen hinausgehen⁶⁵. Für die meisten der auf dem Markt

⁵⁹ *Weber/Jacob/Rieß/Ullmann*, DuD 2003, 614 (616).

⁶⁰ BTE-Fachdokumentation Kundenkarten im Einzelhandel, S. 111.

⁶¹ *Wittig*, RDV 2000, 59 (60).

⁶² *Wittig*, RDV 2000, 59; *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, Teil 3 Kap. 3.5.4, S. 118 m.w.N..

⁶³ So das BVerfG im so genannten Volkszählungsurteil BVerfGE 65, 1 (53); *Wittig*, RDV 2000, 59 (61).

⁶⁴ Differenzierend dagegen *Lewinski*, RDV 2003, 122 (126 f.).

⁶⁵ Dazu *Wittig*, RDV 2000, 59 (61); *Büllesbach*, CR 2000, 11(14); *Simitis* in: *Simitis*, BDSG, § 28 Rn 173;

vertretenen Kundenbindungssysteme dürfte genau dies der Fall sein. So können aus der Zusammenstellung der Einzelinformationen Schlussfolgerungen auf das Konsumverhalten des Kunden gezogen werden, d.h. über Kaufkraft, Interessenschwerpunkte u.ä. Enthält das Profil darüber hinaus noch weitere Angaben über den Kunden, etwa die als freiwillige Angaben erfragten Informationen über das Monatseinkommen, können durch einen Abgleich dieser Daten mit den Konsumdaten auch Aussagen über die Bonität eines Kunden getroffen werden⁶⁶. Schließlich ermöglichen die für jeden Teilnehmer erstellten Profile auch einen Vergleich der Teilnehmer untereinander. Unternehmen erhalten so die Möglichkeit zu erfahren, welche ihrer Kunden ihnen den höchsten Umsatz bescheren und welche Kunden von nur untergeordneter Bedeutung für den Gesamtumsatz des Unternehmens sind⁶⁷. Die Kombination der Konsumdaten mit Angaben über Alter und Lebenssituation kann z.B. Aufschluss darüber geben, welche jungen Kunden das Potential haben, in der Zukunft zu kaufkraftstarken Kunden des Unternehmens heranzuwachsen.

Diese Beispiele verdeutlichen, dass aus verschiedenen Angaben zusammengesetzte Profile in nahezu allen Fällen auch immer Zusatzinformationen enthalten, die sich aus Schlussfolgerungen oder der Auswertung von Zusammenhängen zwischen den einzelnen Daten ergeben können. Dabei können auch Zusatzinformationen über den Kunden „herausanalysiert“ werden, die dieser auch im Hinblick auf besondere Serviceleistungen nicht preisgeben will; dies können u.U. auch sensible Daten sein. Die Ergebnisse der Auswertung können wiederum unmittelbaren **Einfluss auf die Behandlung eines Kunden** durch das Unternehmen haben. Im besten Fall äußert sich dies in einer bevorzugten Behandlung des Kunden, die zum Teil durch einen bestimmten Status (Goldene Kundenkarte) oder bestimmte Auszeichnungen oder Prämien manifestiert wird. Im ungünstigen Fall verschlechtern sich die Bedingungen für den Kunden, was insbesondere im Verhältnis zu Dienstleistungs-Unternehmen negative Auswirkungen haben kann.

Für die Zusammenfassung der Kundendaten, bestehend aus Stammdaten, freiwilligen Angaben und Programmdateien, zu einem auswertbaren Kundenprofil ist daher stets eine **Einwilligung** des Kunden erforderlich.

1.2.2.3.3.2 Auswertung mittels Data Mining

Möglichkeiten zur Informationsgewinnung durch die Auswertung von Daten bieten technische Verfahren des so genannten **Data Mining**. Data Mining („Datenbergbau“) hat das Ziel, Daten aufzuspüren und zu kombinieren, um neue, bisher unbekannt Informationen zu gewinnen. Mittels automatisierter Suche sollen in komplex strukturierten Datenbeständen verborgene Muster oder Trends aufgedeckt werden, um auf diese Weise zu neuen verwertbaren Erkenntnissen zu gelangen⁶⁸. Es handelt sich dabei um unterschiedliche Verfahren und Methoden, die es erlauben, selbständig große Datenbestände durch datenverarbeitungsgestützte Algorithmen auf Zusammenhänge hin zu analysieren. Dabei sollen Korrelationen in Datenbeständen entdeckt werden, die der Benutzer der Data-Mining-Werkzeuge so selbst vorher nicht gesehen hat und die noch nicht explizit beim Datenbank-

Baeriswyl, RDV 2000, 6 (7); so auch *Lewinski*, RDV 2003, 122 (126).

⁶⁶ *Petri/Kieper*, DuD 2003, 609; *Weichert*, DuD 2001, 264, 266; *Scholz* in Roßnagel, Kap. 9.2 Rn 35.

⁶⁷ Dazu auch *Weber/Jacob/Rieß/Ullmann*, DuD 2003, 614 (618).

⁶⁸ *Scholz* in Roßnagel, Kap. 9.2 Rn 4; *Büllesbach*, CR 2000, 11 (12); einen umfangreichen Überblick über die Möglichkeiten der Auswertung von Kundendaten bietet *Philippi*, Card-Forum 06/2002, S. 41 f.

Design berücksichtigt worden sind⁶⁹. Der Nutzen des Data Mining liegt gerade darin, bereits bekannte Informationen so auszuwerten, dass daraus neue, bislang unentdeckte Informationen oder Erkenntnisse gewonnen werden können. Das Ergebnis ist somit beim Data Mining immer offen. Vereinfacht formuliert soll Data Mining Antworten auf Fragen geben, die man zuvor nicht gestellt hat⁷⁰.

In datenschutzrechtlicher Hinsicht handelt es sich bei der Durchführung eines Data Mining um eine Verarbeitung von Daten im Sinne des § 4 Abs. 1 BDSG⁷¹, die nur zulässig ist, wenn eine gesetzliche Vorschrift dies erlaubt oder der Teilnehmer eingewilligt hat. Als gesetzliche Grundlage kommt hier allein § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG in Betracht. § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG scheidet mangels Erforderlichkeit für die Rabattabwicklung als Rechtsgrundlage aus. Nach **§ 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG** ist die Verarbeitung von Daten zulässig, soweit diese zur Wahrung berechtigter Interessen der Daten verarbeitenden Stelle erforderlich ist und schutzwürdige Interessen der Betroffenen am Ausschluss der Datenverarbeitung nicht überwiegen. Als berechtigtes Interesse kann hier das Interesse des Systembetreibers an einer zielgerechten Werbung sowie an aussagekräftigen Marktanalysen gesehen werden.

Probleme ergeben sich schon bei der Frage, welche Datenverarbeitung im Rahmen des Data Mining für **erforderlich** angesehen werden kann. Da das Ergebnis des Data-Mining-Prozesses offen ist, kann erst nach Abschluss des Verfahrens erkannt werden, welche Informationen für die Erkenntnisgewinnung notwendig waren und welche dagegen für das Ergebnis des Prozesses ohne Belang waren⁷². Im Rahmen des § 28 BDSG muss vor der beabsichtigten Verwendung der Daten feststehen, für welche Zwecke welche Daten auf welche Weise verarbeitet werden sollen. Eine Verarbeitung auf Vorrat ist ausgeschlossen⁷³.

Darüber hinaus werden durch Data Mining regelmäßig **schutzwürdige Interessen der Kunden** betroffen, die die Interessen des Systembetreibers überwiegen. Durch die Bildung und Auswertung von Kundenprofilen, noch dazu mit Methoden, deren Wirkweise und Ergebnis der Kunde nicht abschätzen kann, wird das Recht des Kunden auf informationelle Selbstbestimmung so stark gefährdet, dass dessen schutzwürdige Interessen grundsätzlich überwiegen⁷⁴. Eine gesetzliche Grundlage für den Einsatz des Data Mining ist somit nicht vorhanden, soweit die Verarbeitung personenbezogen erfolgt. Hingegen steht das Datenschutzrecht dem Einsatz von Data-Mining-Verfahren nicht entgegen, soweit die Resultate nicht personenbeziehbar sind, etwa weil es sich um zusammengefasste (aggregierte) Daten handelt, die nicht mehr einzelnen Personen zugeordnet werden können.

Auch auf eine **Einwilligung des Kunden** kann die Durchführung von Data-Mining-Verfahren oftmals nicht gestützt werden. Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung des Betroffenen ist eine umfassende und hinreichend bestimmte Aufklärung des Kunden über die geplante Datenverarbeitung. Die Erklärung müsste präzisieren, welche der jeweils verarbeiteten Angaben für welche Zwecke benutzt werden⁷⁵. Genau diese Angaben sind vor Durchführung eines Data-Mining-Verfahrens zumeist noch nicht festgelegt. Die in den Prozess einfließenden Daten und in jedem Fall der genaue Zweck der Datenverarbeitung sind

⁶⁹ Scholz in Roßnagel, Kap. 9.2 Rn 28.

⁷⁰ Scholz in Roßnagel, Kap. 9.2 Rn 29.

⁷¹ Vgl. Büllsbach, CR 2000, 11 (13).

⁷² vgl. auch Scholz in Roßnagel, Kap. 9.2 Rn 95.

⁷³ Scholz in Roßnagel, Kap. 9.2 Rn 94; so auch ULD, 21. Tätigkeitsbericht Tz. 7.3.

⁷⁴ Dazu Scholz in Roßnagel, Kap. 9.2 Rn 100.

⁷⁵ So auch Büllsbach, CR 2000, 11 (15).

im Vorfeld noch offen. Kann ein Verarbeitungszweck aber nicht ausreichend spezifiziert werden, weil sich ein solcher erst aus dem Ergebnis der Datenverarbeitung ergibt, dann ist eine Legitimation der Verarbeitung durch Einwilligung nicht möglich⁷⁶. Dabei geht es nicht um eine Bevormundung des Betroffenen und eine Beschränkung seines Selbstbestimmungsrechts. Unstreitig ist die Selbstbestimmung des Betroffenen stets zu beachten, was u.U. dazu führen kann, dass die freie Entscheidung des Betroffenen Vorrang gegenüber - auch objektiven - Erwägungen Anderer hat, selbst wenn diese den Schutz des Betroffenen bezwecken⁷⁷. Voraussetzung der Selbstbestimmung ist jedoch stets, dass der Betroffene sich über sämtliche Folgen seiner Entscheidung im Klaren ist. Andernfalls kann von einer selbstbestimmten Entscheidung nicht ausgegangen werden. Diese Voraussetzungen sind in dem beschriebenen Fall des Data Minings nicht gegeben.

1.2.2.3.4 Übermittlung der Stammdaten und ggf. weiterer Daten an Partner-Unternehmen

Bei vielen Kundenbindungssystemen ist es üblich, dass der Systembetreiber Daten aus seinem Bestand an die angeschlossenen Partnerunternehmen weitergibt. Dies können verschiedene Daten sein. Oft werden beispielsweise die **Stammdaten** und die **freiwilligen Angaben** von dem Systembetreiber an das Partnerunternehmen übermittelt, das diese erhoben hat.

Denkbar ist auch eine Übermittlung sämtlicher über die Teilnehmer beim Systembetreiber vorhandenen Daten, also auch der **Programmdaten**, an die Partnerunternehmen. Dabei ist zu differenzieren, ob Daten nur an das Partnerunternehmen weitergegeben werden, das die Daten ursprünglich angeliefert hat, oder an alle, bei denen der Teilnehmer Kunde ist. Möglich ist auch, dass Partnerunternehmen Daten von Teilnehmern erhalten, zu denen sie keine eigene Beziehung haben.

Werden dem Partnerunternehmen nur solche Daten mitgeteilt, die dieses unmittelbar betreffen und/oder von denen es selbst **bereits Kenntnis** erlangt hat, so sind zwei rechtliche Begründungen möglich. Entweder wird das Verhältnis zwischen Partnerunternehmen (Auftraggeber) und Systembetreiber (Auftragnehmer) als Datenverarbeitung im Auftrag nach § 11 BDSG ausgestaltet. Da jedoch die **Auftragsdatenverarbeitung** im fremden Interesse logisch von der selbst bestimmten und verantworteten Datenverarbeitung getrennt werden muss, ist bei dieser rechtlichen Konstruktion eine technische Trennung spätestens nach Datenanlieferung durch das Partnerunternehmen notwendig. Voraussetzung für diese Konstruktion ist weiter, dass sich das Partnerunternehmen gegenüber dem Kunden bei der Datenerhebung als verantwortliche Stelle (auch) zu erkennen gibt. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so bestehen keine Bedenken gegen eine Rückgabe der Kundendaten an das Partnerunternehmen.

Sind die Voraussetzungen des § 11 BDSG nicht gegeben, so handelt es sich bei der Rückgabe der Kundendaten um eine **Datenübermittlung** gemäß § 28 BDSG. Diese Datenübermittlung ist gemäß § 28 Abs. 3 Nr. 1 u. Nr. 3 BDSG grds. zulässig, wenn lediglich Listenangaben über die Kunden rückübermittelt werden oder wenn den berechtigten Zwecken des Partnerunternehmens keine überwiegenden Schutzinteressen der Betroffenen entgegenstehen. Schutzwürdige Interessen der Betroffenen stehen dem regelmäßig dann entgegen, wenn Daten an das Partnerunternehmen übermittelt werden, die das Partnerunternehmen selbst nicht auf

⁷⁶ Büllesbach, CR 2000, 11 (15); Scholz in Roßnagel, Kap. 9.2 Rn 122; ULD, 21. Tätigkeitsbericht Tz 7.3.

⁷⁷ Vgl. dazu OLG Frankfurt a.M., CR 2001, 294 (296).

der Grundlage des § 28 Abs. 1 Nr. 2 für Werbe- und Marktforschungszwecke erheben oder speichern dürfte (vgl. dazu oben, Pkt. 1.2.2.2.1). In solchen Fällen ist eine Einwilligung des Kunden erforderlich.

Werden auch an solche Partnerunternehmen Kundendaten übermittelt, die **keinen eigenen Kontakt zu dem Kunden** haben, so stehen dem regelmäßig schutzwürdige Interessen der Kunden entgegen. Diese Partnerunternehmen unterscheiden sich in ihrem Verhältnis zu dem Kunden nicht wesentlich von außenstehenden Dritten. Es ist aufgrund der fehlenden Kundenbeziehung zu dem Partnerunternehmen davon auszugehen, dass der Kunde an einer Werbeansprache durch dieses Unternehmen nicht interessiert ist und somit die Weitergabe seiner Daten an das Unternehmen seinem Interesse widerspricht. Es ist somit eine Einwilligung des Kunden erforderlich.

1.2.2.4 Übermittlung der Daten an außenstehende Dritte

Gleiches muss erst recht für Dritte gelten, die nicht in das Kundenbindungssystem einbezogen sind. Dass in diesem Fall die Übermittlung nicht auf die gesetzlichen Grundlagen des § 28 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Abs. 3 Nr. 1 und 3 BDSG gestützt werden kann, folgt hier auch noch aus einer anderen Erwägung. Die Erhebung und Verarbeitung von Kundendaten zu Zwecken der Werbung und Marktforschung im Rahmen von unternehmensübergreifenden Kundenbindungssystemen erfordert bereits aus anderen Gründen eine Einwilligung des Teilnehmers (siehe dazu oben, Pkt. 1.2.2.3.1). Wenn aber eine solche **Einwilligung** des Betroffenen eingeholt wird, dann muss diese zumindest bezüglich des gleichen Zwecks als **abschließend** angesehen werden, d.h. daneben kann eine Verarbeitung von Daten nicht mehr auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Abs. 3 Nr. 1 und 3 BDSG gestützt werden. In diesem Fall werden immer die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen überwiegen. Der Kunde, der eine Einwilligung zu bestimmten Vorgängen der Datenverarbeitung erteilt und hierüber aufgeklärt wird, kann berechtigterweise davon ausgehen, dass mit dieser Einwilligung sämtliche Datenverarbeitungsvorgänge erfasst sind und darüber hinaus keine weitere Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten stattfinden wird. Ausgenommen hiervon sind lediglich Vorgänge, die der Zweckbestimmung des zu Grunde liegenden Vertragsverhältnisses dienen und somit aufgrund § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG zulässig sind. Mit solchen Verarbeitungsvorgängen muss der Kunde stets rechnen. Somit ist auch hier eine Einwilligung des Kunden erforderlich.

1.2.2.5 Verarbeitung der Daten durch einen externen Dienstleister

Hier gelten die gleichen Grundsätze wie bereits oben beschrieben.

1.2.2.6 Gewährleistung der Betroffenenrechte

Hinsichtlich des **Auskunftsrechts** sowie der **Löschung** bzw. **Sperrung** der Kundendaten gelten die bereits oben ausgeführten Grundsätze.

Hinsichtlich der Datenverarbeitung für Zwecke der Werbung und Marktforschung ist insbesondere der Fall relevant, dass ein Kunde der weiteren Nutzung seiner Daten für diese Zwecke widerspricht (§ 28 Abs. 4 BDSG). Eine besondere Form des **Widerspruchs** ist der nachträgliche Widerruf einer zuvor erteilten Einwilligung in die Verarbeitung seiner Daten zu Werbezwecken. Ein Widerspruch gemäß § 28 Abs. 4 BDSG bezieht sich stets auf eine Datenverarbeitung, die aufgrund gesetzlicher Vorschriften rechtmäßig ist, wogegen der Widerruf der Einwilligung das entsprechende Mittel ist, einer Datenverarbeitung zu

widersprechen, die auf einer Einwilligung des Betroffenen beruht⁷⁸. Der Widerspruch bzw. der Widerruf hat zur Folge, dass die Nutzung oder Übermittlung der Daten für diese Zwecke ab dem Zeitpunkt seiner Erklärung unzulässig wird⁷⁹. Daten, die aus rechtlichen Gründen nicht aufbewahrt werden müssen (vgl. dazu oben, Pkt. 1.2.1.5.3), sind nach Eingang des Widerrufs zu löschen; die übrigen Daten sind für den Zweck der Werbung und Marktforschung zu sperren⁸⁰.

Zusammenfassung:

Als Rechtsgrundlage für die Erhebung, Speicherung und Übermittlung von Kundendaten zum Zweck der Werbung und Marktforschung kommt § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG in Betracht.

Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit im Rahmen von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG beruht stets auf einer **Abwägung der betroffenen Interessen**. Damit ist dem Normanwender ein weiter Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum eröffnet, der auch andere als die vorliegend vertretenen Ergebnisse ermöglicht.

Zulässig ist nach der hier vertretenen Ansicht nur die Erhebung und Speicherung von Name, Anschrift und Geburtsjahr beim kontaktierten **Partnerunternehmen**. Der Erhebung, Speicherung und Übermittlung weiterer Daten (vollständiges Geburtsdatum, Telefonnummer und andere Kontaktmöglichkeiten, Angaben zu persönlichen Lebensverhältnissen und Programmdateien) stehen überwiegende schutzwürdige Interessen der Betroffenen entgegen. Für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung dieser Daten ist eine Einwilligung des Kunden erforderlich.

Der **Systembetreiber** kann sich dagegen für keine der verarbeiteten Datenkategorien auf § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG berufen. Jeglicher Verarbeitung von Kundendaten zu Werbezwecken durch den Systembetreiber stehen überwiegende schutzwürdige Interessen der Kunden entgegen.

Überwiegende schutzwürdige Interessen der Betroffenen stehen ebenfalls entgegen, wenn die im Rahmen von Kundenbindungssystemen gespeicherten Daten zu **Kundenprofilen** zusammengefasst und - ggf. mit Methoden des Data Mining - ausgewertet werden. Hierfür ist eine Einwilligung des Betroffenen erforderlich, die eine umfassende Information des Kunden über die Art und Weise und den Zweck der Datenverarbeitung voraussetzt. Kann eine solche Information nicht erfolgen, weil der Verarbeitungszweck eines Data-Mining-Prozesses vor Abschluss dieses Verfahrens nicht feststeht, ist eine Einwilligung nicht möglich.

1.2.3 Anforderungen an die Einwilligungserklärung

Wie oben erläutert, ist die Verarbeitung personenbezogener Kundendaten zu Zwecken der Werbung und Marktforschung durch Partnerunternehmen und Systembetreiber teilweise nur dann zulässig, wenn der Teilnehmer hierin eingewilligt hat. Es muss in diesen Fällen eine **wirksame Erklärung** des Betroffenen vorliegen, die sein Einverständnis mit der beabsichtigten Datenverarbeitung ausdrückt. Die Wirksamkeit der Einwilligung richtet sich nach § 4a BDSG. Sie ist gegeben, wenn

⁷⁸ *Simitis* in: Simitis, BDSG, § 4a Rn 91.

⁷⁹ *Simitis* in: Simitis, BDSG, § 28 Rn 303.

⁸⁰ Näher dazu *Simitis* in: Simitis, BDSG, § 28 Rn 303 ff.

sie auf der **freien Entscheidung** des Betroffenen beruht,

der Betroffene auf den vorgesehenen **Zweck** der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung **hingewiesen** wurde,

der Betroffene, soweit nach den Umständen des Einzelfalls erforderlich oder auf Verlangen, auf die **Folgen der Verweigerung** der Einwilligung **hingewiesen** wurde und

die Einwilligung **schriftlich** erteilt wurde, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist.

Wird die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt, ist diese **besonders hervorzuheben**.

Zusätzlich sind die Regelungen der §§ 307 ff. BGB zu **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** zu beachten, da es sich bei der Einwilligungserklärung regelmäßig um eine vom Verwender für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Erklärung handelt.

1.2.3.1 Form der Einwilligungserklärung

- Schriftform

Die Einwilligung muss durch den Kunden erklärt werden. § 4a Abs. 1 BDSG verlangt eine schriftliche Erklärung des Betroffenen. Die Formbindung ist eine Schutzvorkehrung zugunsten der Betroffenen. Diese sollen daran gehindert werden, sich unbedacht und vorschnell zu äußern. Sie zwingt die Betroffenen gleichsam anzuhalten und sich die Folgen ihrer Erklärung zu überlegen⁸¹. Zugleich ermöglicht die Schriftform den Nachweis der Erklärung.

Die Erklärung der Einwilligung in einer anderen Form, insbesondere eine konkludente Einwilligung, ist grundsätzlich gemäß § 4a Abs. 1 BDSG i.V.m. § 125 BGB nichtig.

Nur für den **Ausnahmefall** sieht das Gesetz in § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG von dem Schriftformerfordernis ab, und zwar wenn wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Zum Teil wird in der Literatur die Auffassung vertreten, eine konkludente Erklärung falle nicht unter den Wortlaut dieser Ausnahmeregelung. Abgewichen werden könne danach nur von der Form der Erklärung; eine ausdrückliche, das Einverständnis des Betroffenen dokumentierende Erklärung bleibe jedoch unerlässlich⁸². Somit reiche eine konkludente, stillschweigende⁸³ oder mutmaßliche⁸⁴ Einwilligung nicht aus⁸⁵.

Nach anderer Ansicht reicht zwar auch eine konkludente Erklärung aus. Die

⁸¹ *Simitis* in: *Simitis*, BDSG, § 4a Rn 35.

⁸² *Simitis* in: *Simitis*, BDSG, § 4a Rn 45.

⁸³ Ebenso *Holzengel/Sonntag* in *Roßnagel*, Kap. 4.8 Rn 36.

⁸⁴ Ebenso *Holzengel/Sonntag* in *Roßnagel*, Kap. 4.8 Rn 36.

⁸⁵ *Simitis* in: *Simitis*, BDSG, § 4a Rn 45.

Ausnahmevorschrift ist jedoch nach allen in der Literatur vertretenen Ansichten restriktiv auszulegen und auf begründete Fälle zu beschränken⁸⁶. Hierunter falle etwa eine besondere Eilbedürftigkeit, eine anonymisierte Speicherung der Daten oder dauerhafte Geschäftsbeziehungen, für die eine einmalige grundlegende Einwilligung ausreiche und nicht fortlaufend neu eingeholt werden müsse, sowie der Bereich der wissenschaftlichen Forschung⁸⁷. Als weiterer Unterfall wird hierzu in Rechtsprechung und Literatur äußert kontrovers der Bereich der **Umfragen** diskutiert. Das OLG Frankfurt a.M. sieht es für eine Einwilligung im Rahmen einer Haushaltsumfrage als ausreichend an, wenn der Betroffene den Fragebogen in Kenntnis der Freiwilligkeit der Teilnahme und der geplanten Verarbeitung seiner Daten ausfüllt und absendet⁸⁸. Die Aufklärungs- und Warnfunktion der Einwilligung sei in diesem Fall entbehrlich, da sich der Betroffene über einen längeren Zeitraum mit dem Ausfüllen des Fragebogens beschäftige und sich in dieser Zeit ausreichend über die Bedeutung seines Tuns im Klaren werden könne⁸⁹. Die Literatur steht dieser Entscheidung und ihrer Begründung überwiegend kritisch und ablehnend gegenüber⁹⁰. Für Kundenbindungssysteme ist dieser Rechtsstreit von geringer Relevanz, da die Umstände, mit denen die Entbehrlichkeit der schriftlichen Erklärung begründet wird, hier nicht vorliegen. Der Kunde, der die Teilnahme an einem Kundenbindungssystem beantragt, verbringt mit dem Ausfüllen des Antragsformulars keine derart lange Zeit, dass ihm allein aufgrund der zeitlichen Dauer die Bedeutung seines Antrags im Hinblick auf die Verarbeitung seiner Kundendaten bewusst würde. Insoweit ist die Fallgruppe Kundenbindungssystem nicht mit der der Umfrage vergleichbar. Die ohnehin äußert fragwürdige Argumentation der Rechtsprechung für den Bereich der Umfrage ist somit auf Kundenbindungssysteme nicht anwendbar.

- Bewusste und aktive Erklärung

Der o.g. Zweck kann nur erreicht werden, wenn die Erklärung Ausdruck einer bewussten Entscheidung des Betroffenen ist. Um dies sicherzustellen, ist ein aktives Handeln des Kunden zur Erklärung der Einwilligung notwendig. Dies kann durch eine **gesonderte Unterschrift** unter den Erklärungstext oder ein **Ankreuzen** der gewünschten Erklärung realisiert werden.

Ein passives Verhalten des Kunden kann dagegen nicht zweifelsfrei als eine bewusste Erklärung ausgelegt werden. Es genügt i.d.R. daher nicht, den Kunden aufzufordern, **Passagen zu streichen**, die sein Einverständnis nicht finden oder ein Kästchen anzukreuzen, falls er mit der abgedruckten Erklärung nicht einverstanden ist. Auf diese Weise wird ein Nichthandeln des Kunden als Einverständnis ausgelegt. Hierbei handelt es sich um eine Fiktion, wenn nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass der Kunde sämtliche Hinweise über die Möglichkeiten, nichtzutreffende Passagen zu streichen zur Kenntnis genommen hat und somit in dem Unterlassen ein bewusstes Verhalten liegt. Auch ein Unternehmen, das der Auffassung ist, das Gesetz

⁸⁶ Bergmann/Möhrle/Herb, § 4a Rn 85; Schaffland/Wiltfang, § 4a Rn 5.

⁸⁷ Dokumentation der Ausnahmefälle bei *Simitis* in: *Simitis*, BDSG, § 4a Rn 47 ff.; Bergmann/Möhrle/Herb, § 4a Rn 85 ff., Schaffland/Wiltfang, § 4a Rn 5; Holznel/Sonntag in Roßnagel, Kap. 4.8 Rn 29 ff.

⁸⁸ OLG Frankfurt a.M., CR 2001, 294 (295 f.).

⁸⁹ OLG Frankfurt a.M., CR 2001, 294 (296).

⁹⁰ Bergmann/Möhrle/Herb, § 4a Rn 88; Holznel/Sonntag in Roßnagel, Kap. 4.8 Rn 29; *Simitis* in: *Simitis*, BDSG, § 4a Rn 45 ff., der bereits die Möglichkeit einer konkludenten Einwilligung ablehnt; zustimmend dagegen *Globig* in Roßnagel, Kap. 4.7 Rn 46.

verlange nicht zwingend eine bewusste und aktive Erklärung, sollte sich gleichwohl im Interesse eines fairen Umgangs mit seinen Kunden entsprechend verhalten.

Aus diesen Gründen hat auch der **Düsseldorfer Kreis**, der Zusammenschluss der Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder, in seiner Sitzung vom 22. und 23. April 2002 festgestellt, dass bei Kundenbindungsprogrammen eine Streichlösung den Anforderungen des § 4a BDSG nicht genügt. Für eine Einwilligung sei nach der damaligen Auffassung des Düsseldorfer Kreises vielmehr ein aktives Handeln des Betroffenen, beispielsweise eine gesonderte Unterschrift oder ein Ankreuzen der Einwilligungserklärung, erforderlich („Opt-In“). Dem gegenüber stelle die so genannte Streichlösung nur eine vorzeitige Einräumung des Widerspruchsrechts gemäß § 28 Abs. 4 BDSG („Opt-Out“) dar.

Daraufhin wurde z.B. das Antragsformular für das **Happy Digits Programm** geändert und von der Streichlösung auf eine Ankreuzlösung umgestellt. Da jedoch andere Anbieter weiterhin zögerten, ihre Antragsformulare ebenfalls zu Gunsten einer Opt-In-Lösung zu ändern, führte auch Happy Digits die Streichlösung wieder ein.

Seit einiger Zeit werden die Anforderungen an die Einwilligungserklärung für Kundenbindungssysteme **erneut im Düsseldorfer Kreis diskutiert**. Einige Aufsichtsbehörden sprechen sich entgegen der auf der Sitzung im April 2002 vertretenen Ansicht nun dafür aus, dass die Streichlösung den Anforderungen an § 4a BDSG genügt⁹¹. Als Begründung wird im Wesentlichen auf § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG verwiesen, nach dem eine Einwilligungserklärung auch zusammen mit anderen Erklärungen erteilt werden kann, ohne dass hierfür eine gesonderte Unterschrift vorausgesetzt wird. § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG verlange **lediglich eine optische Hervorhebung** der Einwilligungserklärung. Das aktive Tun im Sinne eines „Opt-In“ sei in dem Unterzeichnen des gesamten Vertrages einschließlich der hervorgehobenen Klausel zu sehen. Als Beispiel aus der Praxis führen die Vertreter dieser Ansicht die so genannte Schufa-Klausel an, die ebenfalls keine gesonderte Unterschrift oder ein gesondertes Ankreuzen vorsehe.

Diese Auffassung trägt jedoch der **Warnfunktion** der Einwilligungserklärung nicht ausreichend Rechnung. Zumindest in solchen Bereichen, in denen die **Verarbeitung** personenbezogener Daten deutlich über das gesetzliche Maß hinausgeht⁹² und für den Betroffenen **nicht mehr überschaubar** wird und für diesen nachteilige Folgen haben kann, muss der Verarbeitung der Daten eine bewusste ausdrückliche Entscheidung des Betroffenen zu Grunde liegen⁹³. Andernfalls besteht für den Betroffenen die Gefahr, dass er ohne sich über die Folgen bewusst zu sein, sich mit einer Verarbeitung seiner Daten einverstanden erklärt, mit der er bei Unterzeichnung des Vertrages nicht rechnet. Durch eine Streichlösung kann nicht zweifelsfrei dokumentiert werden, dass diese Entscheidung von dem Betroffenen bewusst getroffen wurde. Das Risiko einer fehlenden Erklärung wird hier auf den Kunden verlagert, während bei einer Opt-In-Lösung das Unternehmen dieses Risiko trägt.

⁹¹ Eine diesbezügliche Entscheidung des Düsseldorfer Kreises liegt nicht vor. Diese Thematik wurde innerhalb des Düsseldorfer Kreises schriftlich diskutiert, wobei einige Aufsichtsbehörden die Ansicht geäußert haben, an dem o.g. Beschluss vom 22./23. April 2002 nicht mehr festhalten zu wollen.

⁹² Dazu oben unter 1.2.2.2.1.; 1.2.2.3.1 und 1.2.2.3.3.

⁹³ Zur Unzulässigkeit der so genannten „Streichlösung“ bei der Einwilligung in multifunktionale Datenbevorratungssysteme *Petri/Kieper*, DuD 2003, 609 (610).

Diese Erwägungen liegen auch einer Reihe von **Gerichtsentscheidungen** zu Grunde, die sich mit den Anforderungen an Einwilligungserklärungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auseinandersetzen.

Die in der Praxis der Kundenbindungssysteme anzutreffenden Einwilligungserklärungen, die gewöhnlich vorformuliert auf den Anmeldeformularen abgedruckt sind, sind in der Regel als **Allgemeine Geschäftsbedingungen** anzusehen. An dieser Einschätzung ändert auch die Gestaltung der Einwilligung entweder als Fakultativklausel mit der Möglichkeit, ungewünschte Passagen zu streichen oder „auszukreuzen“ oder auch als ausdrückliche „Opt-In-Lösung“ mit gesonderter Unterschrift oder Ankreuzmöglichkeit nichts⁹⁴. Dem Kunden wird hierdurch nur die Entscheidung darüber eingeräumt, ob er die Erklärung abgeben will oder nicht. Auf den Inhalt der Erklärung hat er jedoch keinen Einfluss⁹⁵. Ein Aushandeln, das für eine **Individualvereinbarung** erforderlich ist, kann in diesen Wahlmöglichkeiten noch nicht gesehen werden.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1986 hat der **BGH** eine so genannte **Fakultativklausel** in einem Überweisungsvordruck als **Verstoß gegen § 9 AGBG** (altes Recht) angesehen⁹⁶. Nach Auffassung des BGH benachteilige diese Klausel den Betroffenen entgegen dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen, weil durch ihren Inhalt wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des zu Grunde liegenden Girovertrages ergeben, erheblich eingeschränkt würden. Diese Nachteile seien für den durchschnittlichen Bankkunden nicht zu überblicken. Durch den Hinweis auf die Möglichkeit, diese Klausel zu streichen, sei er daher nicht hinreichend geschützt⁹⁷.

Übertragen auf den Bereich der Datenverarbeitung lässt sich hieraus ableiten, dass immer dann eine ausdrückliche Erklärung erforderlich ist, wenn durch Allgemeine Geschäftsbedingungen **in erheblichem Maße** von wesentlichen Grundsätzen der gesetzlich geregelten Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Verarbeitung personenbezogener Daten **abgewichen** werden soll und dies für den Betroffenen nicht von sich aus zu überblicken ist.

Gleiches wird in der **Rechtsprechung** auch für die Einwilligung zur Nutzung personenbezogener Daten für Zwecke der **Telefonwerbung** gefordert. Auch in diesen Fällen haben die Gerichte eine Einwilligung durch passives Verhalten für unzulässig erklärt⁹⁸. Telefonwerbung sei nur dann zulässig, wenn der Betroffene zuvor ausdrücklich eingewilligt habe. Ein ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis könne aber nicht durch AGB herbeigeführt werden⁹⁹. Jede andere Sicht der Dinge

⁹⁴ Hierzu BGH, RDV 1999, 163 (164); BGH, NJW 1986, 2428 (2429) für die Fakultativklausel; BGH, NJW 1987, 2011; Münchener Kommentar - *Basedow*, § 305 Rn 41.

⁹⁵ BGH, RDV 1999 163 (164).

⁹⁶ BGH, NJW 1986, 2428 ff.

⁹⁷ BGH, NJW 1986, 2428 (2429).

⁹⁸ So BGH, NJW 2000, 2677 ff., BGH, DuD 2000, 427 (428); OLG Düsseldorf, DuD 2002, 434 (435); LG München, DuD 2001, 292 (293).

⁹⁹ BGH Entscheidung vom 24.03.1999, DuD 2000, 427 (428); LG München I, Entscheidung vom 01.02.2001, DuD 2001, 292 (293).

würde Wettbewerber zu einer entsprechenden Angleichung ihrer Geschäftsbedingungen ermuntern und zu eben der massiven Belästigung führen, der das Erfordernis des ausdrücklichen oder zumindest konkludenten Einverständnisses entgegenwirken soll¹⁰⁰.

Dieser Rechtsprechung liegt die Annahme zu Grunde, dass es sich bei der Telefonwerbung regelmäßig um einen **besonders schweren Eingriff in die Privatsphäre** des Betroffenen handelt¹⁰¹. Die Telefonwerbung sei, so der BGH, ein grober Missbrauch des vom Inhaber im eigenen Interesse und auf eigene Kosten unterhaltenen Telefonanschlusses zu Werbezwecken, erlaube ein praktisch unkontrollierbares Eindringen in die Lebensgewohnheiten der Zielperson und zwingt ihr zu einem ausschließlich durch den Werbenden bestimmten Zeitpunkt in ihrer häuslichen Sphäre Anpreisungen von Waren und Dienstleistungen auf. Erklärte man eine solche Form der Werbung ohne Einschränkungen für rechtmäßig, wäre ihr Umsichgreifen innerhalb kurzer Zeit schon aus Wettbewerbsgründen unvermeidlich. Die Vorformulierung des entsprechenden Einverständnisses des Kunden durch den Werbenden in Allgemeinen Geschäftsbedingungen würde diese Entwicklung unterstützen¹⁰².

Die **Grundsätze der Entscheidungen** zur Fakultativklausel im Überweisungsformular und zur Telefonwerbung können durchaus auf den Bereich der **Kundenbindungssysteme übertragen** werden. Durch unternehmensübergreifende Kundenbindungssysteme werden personenbezogene Kundendaten in einem Maße erhoben und verarbeitet, das weit über die gesetzlichen Zulässigkeitsgrenzen des § 28 BDSG, insbesondere des Abs. 1 Nr. 1 und 2, hinausgeht¹⁰³. Dass die damit verbundene Datenverarbeitung von diesen Rechtsgrundlagen in erheblichem Umfang nicht mehr gedeckt ist und dass der Betroffene mit dem Umfang der Datenverarbeitung nicht rechnen muss, wurde bereits oben erläutert. Insoweit liegt eine der o.g. Entscheidung zur Fakultativklausel vergleichbare Situation vor, die ebenfalls eine ausdrückliche Erklärung des Betroffenen erfordert, die sicherstellt, dass dieser in Kenntnis der Umstände bewusst der Verarbeitung seiner Daten zustimmt. Auch hinsichtlich der Telefonwerbung liegt eine vergleichbare Ausgangslage vor. Zum einen wird der Kunde aufgrund seiner Teilnahme häufiger als sonst mit Werbung belastet. Dies erfolgt zwar meist schriftlich und ist insofern nicht mit der wesentlich belästigenderen Telefonwerbung gleichzusetzen, jedoch ist zu bedenken, dass die Teilnahme am Kundenbindungsprogramm auch eine Werbeansprache durch neue Unternehmen ermöglicht, bei denen der Teilnehmer kein Kunde ist. Zum anderen sind die durch die Teilnahme anfallenden Datensammlungen über den Kunden und deren Nutzungsmöglichkeiten als ein ähnlich schwerwiegender Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Kunden anzusehen wie die Belästigung durch Werbeanrufe per Telefon.

Erforderlich ist nach dieser Rechtsprechung eine **ausdrücklich** durch den Kunden **erklärte Einwilligung**. Diesem Erfordernis wird Genüge getan, wenn der Kunde auf die Einwilligungserklärung aufmerksam gemacht wird, indem er diese gesondert unterschreiben oder ankreuzen muss. Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch ein

¹⁰⁰ BGH; LG München I, a.a.O.

¹⁰¹ BGH, RDV 1999, 163 (164).

¹⁰² BGH, RDV 1999, 163 (164).

¹⁰³ Dazu oben unter 1.2.2.2.1.; 1.2.2.3.1 und 1.2.2.3.3.

Hinweis, dass die Einwilligung freiwillig ist. Es kann dann sicher davon ausgegangen werden, dass der Kunde die unterschriebene oder angekreuzte Klausel zur Kenntnis genommen hat und hiermit einverstanden ist.

Davon geht im Hinblick auf die o.g. Rechtsprechung auch der **Arbeitskreis** „Datenschutz: Kundenbindungsprogramme und Customer Relationship Management Systeme“ aus, der wörtlich feststellt: „Unter Berücksichtigung dieser Tendenzen in der Verbraucherrechtsprechung und -gesetzgebung kann nur die „echte opt-in-Lösung“ als zukunftssichere Möglichkeit der Einwilligungserklärung angesehen werden¹⁰⁴.“

- Sonderfall: Elektronische Einwilligung

Einwilligungserklärungen können auch in elektronischer Form, etwa bei einem Vertragsschluss **über das Internet**, abgegeben werden¹⁰⁵. Entsprechende Vorschriften, die eine elektronische Einwilligung vorsehen, finden sich auch im Telekommunikations- und Mediendiensterecht, etwa in § 4 Abs. 2 TDDSG oder § 4 TDSV. Voraussetzungen für eine wirksame elektronische Einwilligung sind nach diesen Vorschriften u.a., dass die Einwilligung auf einer eindeutigen und bewussten Handlung des Betroffenen beruht und die Erklärung der Einwilligung protokolliert wird.

1.2.3.2 Freie Entscheidung

Die Einwilligung muss gemäß § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG auf der freien Entscheidung der Betroffenen beruhen. Durch dieses Erfordernis soll sichergestellt werden, dass eine Daten verarbeitende Stelle ihre Leistung gegenüber dem Betroffenen nicht davon abhängig machen kann, dass dieser Daten preisgibt und einer Verarbeitung zustimmt, die für die Erbringung der Leistung nicht erforderlich sind¹⁰⁶. Die Daten verarbeitende Stelle kann somit den Betroffenen nur verpflichten, die für die Leistungserbringung erforderlichen Daten mitzuteilen. Begehrt sie darüber hinaus weitere, nicht erforderliche Daten, so darf sie ihre Leistung nicht zurückhalten, wenn der Betroffene dem nicht zustimmt. Dieses für den Bereich der Telekommunikation gesetzlich geregelte **Kopplungsverbot**¹⁰⁷ gilt auch für den Bereich der Werbung und Markt- und Meinungsforschung. Durch die §§ 28 Abs. 4, 29 Abs. 4 BDSG hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass die Nutzung für Zwecke der Werbung sowie der Markt- und Meinungsforschung der freien Disposition des Kunden unterworfen sein soll und dass der Widerspruch gegen eine solche Nutzung keine Auswirkungen auf das Grundverhältnis haben darf.

Für die Einwilligung in die Teilnahme an einem Kundenbindungssystem bedeutet dies, dass der Systembetreiber nur die Angabe solcher Daten verlangen kann, die **für die Abwicklung des Rabattvertrages erforderlich** sind, deren Erhebung und

¹⁰⁴ Weber/Jacob/Rieß/Ullmann, DuD 2003, 614 (618 f.); dazu auch Kranz in Roßnagel, Kapitel 7.4 Rn 10.

¹⁰⁵ Simitis in: Simitis, BDSG, § 4a Rn 38; Schaffland/Wiltfang, § 4a Rn 5.

¹⁰⁶ Simitis in: Simitis, BDSG, § 4a Rn 65; ders., DuD 2000, 721 f.; Bergmann/Möhrle/Herb, § 4a Rn 6.

¹⁰⁷ z.B. § 89 Abs. 10 TKG: „Die Erbringung von Telekommunikationsdiensten und deren Entgeltfestlegung darf nicht von der Angabe personenbezogener Daten abhängig gemacht werden, die für die Erbringung oder Entgeltfestsetzung dieser Dienste nicht erforderlich ist.“ Vergleichbare Regelungen finden sich in § 3 Abs. 2, Satz 1 und 2 TDSV, § 3 Abs. 4 TDDSG, § 12 Abs. 4 MDSV und § 47 Abs. 4 RStV.

Verarbeitung demnach gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG zulässig ist. Möchte er darüber hinausgehend weitere Daten erheben und verarbeiten oder aber die gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG rechtmäßig erhobenen Daten für andere Zwecke verarbeiten und bedarf er hierfür einer Einwilligung des Teilnehmers, so darf er die Teilnahme am Rabattprogramm nicht von der Einwilligung des Kunden in die weitergehende Datenpreisgabe oder -verarbeitung abhängig machen. Eine Teilnahme am Bonusprogramm muss daher ermöglicht werden, auch wenn die Einwilligung in die Nutzung der Daten zu Werbe- und Marktforschungszwecken nicht erteilt wird.

An einer freien Entscheidung des Betroffenen kann es außerdem fehlen, wenn dieser durch **übermäßige Anreize** finanzieller oder sonstiger Natur zur Preisgabe seiner Daten verleitet wird¹⁰⁸. In der Praxis der Kundenbindungssysteme wird dies vor allem relevant, wenn für das Ausfüllen der freiwilligen Angaben oder die Zustimmung zu einer bestimmten Werbeansprache die Teilnahme an einem Preisausschreiben oder auch eine Punktegutschrift angeboten wird. Bei der Frage, ob hierdurch die Freiwilligkeit der Einwilligung eingebüßt wird, wird es im Einzelfall auf den Wert des Geschenks bzw. die Gewinnchancen in einem Preisausschreiben ankommen. Denn nicht jedes geringfügige Werbegeschenk oder die Chance, einen Preis zu gewinnen, schließt bereits die freie Entscheidung aus¹⁰⁹. Erforderlich ist vielmehr ein Anreiz von einigem Gewicht.

Ist der Anreiz für die Preisgabe der Daten dagegen so hoch, dass von einer freien Entscheidung und damit von einer Einwilligung des Kunden nicht mehr ausgegangen werden kann, dann kommt statt dessen ein **Vertrag auf Datenüberlassung** in Betracht. Bei dieser Konstruktion schließt der Kunde mit dem Unternehmen einen Vertrag auf Überlassung seiner personenbezogenen Daten, die vom Unternehmen mit einer entsprechenden Gegenleistung (eben jenem Anreiz) vergütet wird¹¹⁰. Für die Wirksamkeit eines solchen Vertrages können im Wesentlichen keine anderen Kriterien gelten als für die Wirksamkeit einer Einwilligung. So setzt die Wirksamkeit einen Grad an Informiertheit des Kunden voraus, der dem des § 4a BDSG entspricht. Ebenfalls ist der Grundsatz der Zweckbindung einzuhalten. Ob durch den Vertrag das Widerspruchsrecht des Kunden nach §§ 28 Abs. 4, 29 Abs. 4 BDSG wirksam ausgeschlossen werden kann, ist dagegen zweifelhaft. Die Leistung des Unternehmens wird regelmäßig mit der Erwartung des Verzichts des Kunden auf sein Widerspruchsrecht verbunden; die Geltendmachung dieses Rechts kann dem Kunden jedoch nicht versagt werden. Das gesetzliche Widerspruchsrecht des § 28 Abs. 4 BDSG kann nicht durch den Vertrag abbedungen werden. Dies ergibt sich mittelbar aus § 6 Abs. 1 BDSG, der zwar wörtlich nur u.a. die Rechte auf Löschung oder Sperrung nennt, die wiederum als vorherige Maßnahme zur Löschung oder Sperrung die Ausübung des Widerspruchsrechts voraussetzen¹¹¹. Somit stellt sich § 28 Abs. 4 BDSG als gesetzliches Rücktrittsrecht vom Datenüberlassungsvertrag dar. Möglich sind allerdings Auswirkungen eines Widerspruchs auf das Vertragsverhältnis, was insbesondere die Frage der Gegenleistung des Unternehmens betrifft¹¹².

Ob im Einzelfall ein Vertrag auf Datenüberlassung vorliegt oder statt dessen von

¹⁰⁸ Bergmann/Möhrle/Herb, § 4a Rn 7.

¹⁰⁹ Bergmann/Möhrle/Herb, § 4a Rn 7.

¹¹⁰ Weichert, NJW 2001, 1463 (1467).

¹¹¹ Weichert, DuD 2003, 161 (167).

¹¹² Ausführlich zu diesen Fragen Weichert, NJW 2001, 1463 (1467 ff.).

einem Verstoß gegen das Kopplungsverbot bzw. eine Beeinflussung der Entscheidung durch übermäßige Anreize auszugehen ist, hängt von der **Gestaltung des Vertrages** ab. Bei einem Datenüberlassungsvertrag ist die Leistung des Vertragspartners gerade an die Überlassung von Daten gekoppelt. Diese vertragliche Konstruktion schließt eine im Sinne des § 4a BDSG freiwillige Preisgabe personenbezogener Daten aus, da sich der Schuldner hierzu gerade vertraglich verpflichtet. Voraussetzung für die Annahme eines solchen Vertrages ist eine Vereinbarung der Parteien, dass die Überlassung von personenbezogenen Daten die Gegenleistung für die Leistung des anderen Vertragspartners darstellen soll. Die Überlassung der Daten und die Leistung des anderen Vertragspartners müssen folglich im **Synallagma** zueinander stehen. Als Gegenleistung für die Datenüberlassung bietet sich beispielsweise auch eine Rabattgewährung an. Bei den in der Praxis vertretenen Rabattverträgen scheidet die Annahme eines Datenüberlassungsvertrages im Regelfall aus, da Rabattgewährung und Datenüberlassung nicht als synallagmatische Leistungen ausgestaltet sind (siehe dazu oben, Pkt. 1.1.1).

Eine wesentliche Voraussetzung für eine freie Entscheidung des Betroffenen ist die **Kenntnis** darüber, dass die geforderte **Einwilligung freiwillig** ist und welche **Folgen** sich aus einer **Verweigerung** ergeben. Mit der Erklärung muss daher ein **Hinweis** an den Kunden einhergehen, dass die Einwilligung in die Verwendung seiner personenbezogenen Daten zu bestimmten Zwecken freiwillig erteilt wird.

Gleichzeitig ist der Kunde über die **Folgen der Verweigerung** der Einwilligung aufzuklären. Dies gilt nach der gesetzlichen Regelung in § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG nur auf Verlangen oder soweit es nach den Umständen des Einzelfalls erforderlich ist. Zur Beantwortung der Frage, wann ein Hinweis auf die Folgen nach den Umständen des Einzelfalls erforderlich ist, kann auf die Begründung zur Änderung des BDSG verwiesen werden. Danach dient die Einfügung der Wörter „soweit nach den Umständen des Einzelfalls erforderlich“ der Umsetzung des Definitionsmerkmals „in **Kenntnis der Sachlage**“ nach Artikel 2 Buchstabe h der EU-Datenschutzrichtlinie¹¹³. Art. 2 h der Richtlinie definiert die Einwilligung des Betroffenen als Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und *in Kenntnis der Sachlage* erfolgt. Im Zusammenhang mit dieser Definition ist das Merkmal „soweit nach den Umständen des Einzelfalls erforderlich“ in § 4a BDSG so zu verstehen, dass eine Aufklärung über die Verweigerungsfolgen durch die verantwortliche Stelle immer dann erfolgen muss, wenn der Betroffene ohne Aufklärung keine Kenntnis darüber hätte. Diese Ansicht vertritt auch Simitis¹¹⁴, der für eine den Anforderungen des § 4a BDSG genügende Einwilligung stets die unaufgeforderte Aufklärung über die Folgen der Verweigerung verlangt. Übereinstimmend damit finden sich in nahezu allen Landesdatenschutzgesetzen Bestimmungen, die eine Offenlegung der Verweigerungsfolgen vorschreiben¹¹⁵.

Erfolgt wie bei den Kundenbindungssystemen die Einwilligung durch ein **Formular**, in dem mehrere Angaben des Kunden zu verschiedenen Zwecken erhoben werden, so kann der Kunde im Regelfall nicht selbst zuverlässig einschätzen, welche Angaben und welche Ermächtigungen er zwingend erteilen muss, um an dem Kundenbindungssystem teilnehmen zu können und welche für seine Teilnahme ohne

¹¹³ BT-Drs. 14/4329, S. 34.

¹¹⁴ in: Simitis, BDSG, § 4a Rn 71.

¹¹⁵ vgl. z.B. § 12 Abs. 2 Landesdatenschutzgesetz Schleswig-Holstein; § 7 Abs. 2 Satz 6 Hessisches Datenschutzgesetz; § 6 Abs. 3 Satz 3 Berliner Datenschutzgesetz.

Belang sind. Es entsteht ohne Aufklärung schnell die Gefahr, dass der Kunde irrig annimmt, sämtliche Daten preisgeben und allen beabsichtigten Datenverarbeitungsmaßnahmen zustimmen zu müssen, um am Kundenbindungssystem teilnehmen zu können. Somit ist davon auszugehen, dass der Kunde gewöhnlich gerade nicht in Kenntnis der Sach- und Rechtslage handelt. Die Verwendung von Formularen führt außerdem oft dazu, dass der Kunde beim Ausfüllen der Formulare allein auf sich gestellt ist; häufig wird er sich (insbesondere bei der Online-Anmeldung) in einer Situation befinden, in der ein Ansprechpartner für Rückfragen nicht ohne Aufwand erreichbar ist. Gerade in Anbetracht solcher Fälle kann dem Kunden nicht zugemutet werden, die Initiative zu ergreifen und sich nach den Folgen einer Verweigerung zu erkundigen. Die Einwilligungserklärung muss daher mit einem Hinweis auf die Folgen einer Verweigerung verbunden werden.

1.2.3.3 Informationspflicht

Gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG ist der Betroffene vor Abgabe der Einwilligungserklärung auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung sowie, soweit es erforderlich ist oder der Betroffene dies verlangt, auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen. Die Betroffenen müssen also noch vor der Einwilligung alle Informationen bekommen, die notwendig sind, um **Anlass, Ziel und Folgen der Verarbeitung** korrekt abzuschätzen¹¹⁶. Nicht ausreichend sind somit Blankoeinwilligungen sowie sonstige pauschal gehaltene Erklärungen, die den Betroffenen die Möglichkeit nehmen, die Tragweite ihres Einverständnisses zu überblicken¹¹⁷.

Den datenschutzrechtlichen Anforderungen genügt die Darstellung in der Einwilligung nur dann, wenn diese **hinreichend bestimmt** ist, mithin klar zu erkennen gibt, unter welchen Bedingungen sich die Betroffenen mit der Verarbeitung welcher Daten einverstanden erklären¹¹⁸.

Ganz ähnliche Anforderungen ergeben sich auch aus dem **Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**. Auch hier gilt das Gebot, diese so umfassend und deutlich zu formulieren, dass die Rechte und Pflichten des Vertragspartners durchschaubar, richtig, bestimmt und klar dargestellt werden¹¹⁹. Gemäß § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Kunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich nach Satz 2 auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, welche Informationen im **Einwilligungstext** selbst enthalten sein müssen bzw. ob und in welchen Fällen es ausreicht, wenn sich Angaben aus dem gesamten Formular, z.B. aus den **Teilnahmebedingungen** oder aus **Hinweisen** zum Datenschutz, ergeben. Die Verarbeitung von Kundendaten im Rahmen eines unternehmensübergreifenden Kundenbindungssystems ist regelmäßig recht umfangreich und umfasst unterschiedliche Vorgänge bei unterschiedlichen Beteiligten. Solche Systeme lassen

¹¹⁶ *Simitis* in: Simitis, BDSG, § 4a Rn 67.

¹¹⁷ BGHZ 95, 362 (367 f.); *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 28 Rn 46 f.

¹¹⁸ *Simitis* in: Simitis, BDSG, § 4a Rn 74.

¹¹⁹ *Heidemann-Peuser*, DuD 2002, 389 (392).

sich im Regelfall nicht kurz und präzise in einer Einwilligungserklärung darstellen. Die Einwilligungserklärung soll den Kunden möglichst schnell und überschaubar informieren und nicht derart mit Informationen überfrachten, dass die Verständlichkeit darunter leidet. Der Text der Einwilligungserklärung sollte sich daher auf die wesentlichen Punkte beschränken, eine detailliertere Beschreibung kann den Teilnahmebedingungen oder gesonderten Hinweisen zum Datenschutz vorbehalten werden.

Gleichwohl muss aber auch die Einwilligungserklärung den Kunden über die **wichtigsten Fakten** informieren. Die folgenden Informationen müssen daher in jedem Fall in einer Einwilligungserklärung enthalten sein (**zwingende Angaben**):

- Benennung der für die Datenverarbeitung verantwortlichen Stellen
- Aufzählung der verarbeiteten Datenkategorien
- Darstellung der einzelnen Phasen der Datenverarbeitung und Datenflüsse
- Adressaten einer Datenübermittlung
- Benennung der Zwecke der Datenverarbeitung
- Hinweis auf Freiwilligkeit und Folgen der Verweigerung
- Hinweis auf Widerrufbarkeit mit Kontaktmöglichkeit, evtl. Folgen des Widerrufs

Die Informationspflicht erstreckt sich auf die gesamte beabsichtigte Verwendung der Daten. Die verantwortliche Stelle ist gesetzlich verpflichtet, auf den **Verwendungszweck** hinzuweisen (§ 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG). Sind diese aber bzgl. Datenart und verantwortliche Stelle unterschiedlich, so müssen diese **Differenzierungen** in die Information mit aufgenommen werden. Die Verwendungszwecke und die Folgen der Verarbeitung lassen sich erst abschätzen, wenn die jeweils verarbeiteten Daten wie die Verarbeitungsbedingungen und die potenziellen Übermittlungsempfänger angegeben werden¹²⁰. Es ist somit über folgende Punkte zu informieren:

- Verantwortliche Stelle

Aus der Einwilligungserklärung muss sich zweifelsfrei ergeben, welches Unternehmen personenbezogene Daten des Kunden verarbeitet und damit verantwortliche Stelle im Sinne des § 3 Abs. 7 BDSG ist. Damit kann der Kunde erkennen, **welche Unternehmen** von seinen personenbezogenen Daten Kenntnis erhalten und diese nutzen. Hieraus ergibt sich auch der Ansprechpartner zur Geltendmachung von Ansprüchen und Rechten der Betroffenen aus dem BDSG, wie beispielsweise des Auskunftsrechts aus § 34 BDSG. Auf das Auskunftsrecht und den zuständigen Ansprechpartner sollte jedoch gesondert hingewiesen werden.

Neben dem Betreiber des Kundenbindungssystems ist auch über **sämtliche** an das System angeschlossene **Partnerunternehmen** aufzuklären. Da die Zusammensetzung der beteiligten Partnerunternehmen jedoch nicht statisch ist, sondern im Verlauf der Zeit auch neue Unternehmen hinzu kommen, muss die Einwilligung so gestaltet werden, dass auch neu hinzukommende Unternehmen hinreichend bestimmt erfasst werden. In der Praxis findet sich in der Einwilligungserklärung bzw. den Teilnahmebedingungen meist nur ein Verweis auf die Internet-Seiten des Programms

¹²⁰ *Simitis* in: *Simitis*, BDSG, § 4a Rn 69.

bzw. Broschüren oder Aushänge, die bei dem Betreiber oder den Partnerunternehmen eingesehen werden können, aus denen die aktuell angeschlossenen Partnerunternehmen entnommen werden können. Ein solcher Verweis auf eine Übersicht der jeweils aktuell teilnehmenden Unternehmen, die bei Änderungen der Teilnehmer angepasst wird, genügt grundsätzlich nicht dem Bestimmtheitserfordernis der Einwilligung¹²¹.

Dies ist aber praktisch nur relevant, wenn Partnerunternehmen auch personenbezogene Daten über Kunden erhalten, die über die eigene Kundenbeziehung hinausgehen. Wenn jeweils nur die **vom Kunden kontaktierten Partnerunternehmen** personenbezogene Daten über diese erhalten, ist diese Frage von geringerer Brisanz. Wird der Kunde über den Beitritt eines neuen Partnerunternehmens informiert, so kann er in diesem Fall immer noch selbst darüber entscheiden, ob dieses seine Kundendaten erhält oder nicht. Setzt er seine Kundenkarte in dem neuen Partnerunternehmen ein, so wird dies von der ursprünglichen Einwilligung noch umfasst. Dies ergibt sich zum einen aus der Information des Kunden und zum anderen aus dessen ausdrücklicher Willensbekundung beim Einsatz der Kundenkarte im neuen Partnerunternehmen. Insofern kann die Einwilligung in einer Form abgefasst sein, die dem Kunden den Überblick über seine erteilte Erklärung weiterhin wahrt.

Der Mangel an Bestimmtheit wird rechtlich relevant, wenn die Einwilligung die **Übermittlung von Kundendaten an sämtliche Partnerunternehmen** unabhängig von einer Kundenbeziehung zu dem Teilnehmer legitimieren soll. Ohne dass der Kunde hierauf Einfluss nehmen kann, erhalten dann auch solche Partnerunternehmen personenbezogene Daten des Kunden, die dem Kunden bei Erklärung seiner Einwilligung nicht bekannt waren. In einem solchen Fall kann nicht mehr auf ein tatsächliches Einverständnis des Kunden in die Übermittlung seiner Daten geschlossen werden. Auch das Fehlen eines Widerspruchs des Teilnehmers gegen die Datenübermittlung an das neue Partnerunternehmen ist kein Indiz, wenn der Teilnehmer nicht ausdrücklich über die Aufnahme eines neuen Partnerunternehmens informiert wird. Zudem kann ein schlichtes Unterlassen des Kunden nicht als Erklärung gewertet werden. Drückt der Kunde durch ein aktives und bewusstes Tun, nämlich den Einsatz seiner Karte bei einem Partnerunternehmen aus, dass er durch gerade dieses Partnerunternehmen eine Rabattgutschrift begehrt, so gibt er zu erkennen, dass er von der Teilnahme des Unternehmens Kenntnis erlangt hat und hiermit einverstanden ist. In einem solchen Verhalten liegt ein höherer Erklärungswert als in dem schlichten Nichtgebrauch von einem Widerspruchs- bzw. Widerrufsrecht.

Nach der Entscheidung des LG München I vom 1. Februar 2001 ist in der Einwilligungserklärung auch anzugeben, welche **externen Dienstleistungsunternehmen** mit welchen Aufgaben beauftragt werden. Die in der Einwilligung für das Payback-Programm verwendete Formulierung „die in diesem Zusammenhang beauftragten Dienstleistungsunternehmen“ ist nach Ansicht des LG nicht hinreichend bestimmt. Es lässt sich aus dieser Bezeichnung nicht entnehmen, wer personenbezogene Daten erlangen soll, insbesondere ob externe Dienstleister allein zur Datenverarbeitung im Auftrag herangezogen werden oder ob diese die Daten eigenverantwortlich erhalten, um Maßnahmen der Werbung oder der Marktforschung durchzuführen¹²². Die Aufklärung über die Identität des Auftragnehmers ist vom

¹²¹ So auch Weichert, DuD 2003, 161 (165).

¹²² LG München I, Urteil vom 1. Februar 2001, DuD 2001, 292 (294).

Datenschutzrecht dagegen nicht zwingend vorgesehen (siehe oben, Pkt. 1.2.1.4).

- **Verarbeitete Daten des Kunden**

Der Kunde muss eine vollständige und möglichst präzise Vorstellung darüber vermittelt bekommen, welche seiner personenbezogenen Daten im Rahmen des Kundenbindungsprogramms erhoben und verarbeitet werden. Hinsichtlich der **Stammdaten und freiwilligen Angaben** genügt ein Hinweis auf deren Verarbeitung, für eine Beschreibung dieser Daten kann auf das Antragsformular Bezug genommen werden, da diese Daten mit Wissen und Willen des Betroffenen und bei diesem erhoben werden.

Die präzise Benennung der bei Benutzung der Kundenkarte zu erhebenden **Programmdaten** stößt dagegen auf größere Schwierigkeiten. I.d.R. hat der Kunde nur eine ungenaue Vorstellung darüber, welche personenbezogenen Daten beim Einsatz der Karte offenbart und durch das Unternehmen erhoben werden. Der Kunde rechnet i.d.R. nicht damit, dass nicht nur Ort, Zeitpunkt und Umsatz seines Einkaufs gespeichert werden, sondern darüber hinaus auch die bezogenen Waren nach Warengruppen, genauen Produkten oder gar Packungsgrößen. Noch ungenauer dürften die Vorstellungen des Kunden sein, wenn dieser unter Bezug auf das Kundenbindungssystem Dienstleistungen wie etwa Telefonverbindungen oder Strombezug in Anspruch nimmt. Werden derartige Daten erhoben, so ist dem Kunden der Zusammenhang zum Kundenbindungssystem oft nicht mehr bewusst¹²³. Eine möglichst genaue Beschreibung dieser Daten ist daher unerlässlich.

- **Phasen und Zwecke der Datenverarbeitung**

Der Kunde ist weiterhin darüber aufzuklären, welche personenbezogenen Daten durch welches **Unternehmen** zu welchem **Zweck** verarbeitet werden. Die Vorgänge der Datenverwendung sind genau zu beschreiben, d.h. durch wen die Daten erhoben werden, bei welchem oder welchen Unternehmen welche Daten gespeichert werden und durch wen welche Daten wofür genutzt werden. Insbesondere sind beabsichtigte Übermittlungen personenbezogener Daten und die potenziellen Empfänger der Daten anzugeben.

Hinsichtlich der **Zweckbeschreibung** ist große Sorgfalt gefordert. In der Praxis werden die Zwecke der beabsichtigten Verwendung oftmals verschleiert, unvollständig oder in allgemein gehaltenen Formulierungen angegeben, so dass der Kunde das Ausmaß der beabsichtigten Verwendung nicht klar abschätzen kann. In einigen Fällen wird als Zweck der Verarbeitung nicht ausdrücklich die Bewerbung des Kunden genannt, sondern es wird statt dessen der Zweck der Beratung angegeben. Dabei ist zu beachten, dass die Begriffe der Werbung und Beratung keinesfalls identisch sind, wenngleich sich beide Maßnahmen überschneiden können. Werbung hat grundsätzlich einen höheren suggestiven Charakter als die Beratung, die eher informativer Natur ist¹²⁴.

Für die Ansprache des Kunden zum Zweck der **Werbung** genügt, sofern der Kunde lediglich auf schriftlichem Wege beworben werden soll, die Angabe, dass seine Daten

¹²³ Vgl. hierzu auch *Weichert*, DuD 2003, 161 (165).

¹²⁴ Dazu eingehend *Weichert*, RDV 2003, 113 (116).

zum Zweck der Werbung genutzt werden. Ist darüber hinaus eine andere Werbeansprache beabsichtigt, ist in der Einwilligung auf diese Zweckbestimmung hinzuweisen.

Sollen zum Zweck der Werbung und Marktforschung **Kundenprofile** gebildet werden, dann genügt nicht nur ein allgemeiner Hinweis auf die Zwecke der Werbung und Marktforschung, vielmehr ist der Zweck der Profilbildung deutlich herauszustellen. Der Arbeitskreis Datenschutz Kundenbindungsprogramme und CRM geht davon aus, dass - soweit Profile nur nach Maßgabe des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG genutzt werden - es ausreicht, wenn der Kunde in die Nutzung seiner Daten für Zwecke der Werbung und Marktforschung eingewilligt hat¹²⁵. Hierdurch ist dem Informationsbedürfnis des Kunden jedoch nicht hinreichend Genüge getan¹²⁶. Der Kunde verbindet mit einer Nutzung seiner Daten zu solchen Zwecken gewöhnlich nicht die Bildung eines umfassenden Kundenprofils, sondern rechnet damit, dass seine Stammdaten und ggf. auch die freiwilligen Angaben zum Versand von Werbung genutzt werden. Dass hierfür aber auch Konsumdaten herangezogen werden, um einerseits die Interessen des Kunden herauszuarbeiten, andererseits aber auch die Wertigkeit eines Kunden zu ermitteln, wird dem Kunden gewöhnlich nicht klar sein. Um eine möglichst genaue Information und somit eine realitätsgerechte Erwartung des Kunden an die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten zu erreichen, ist dieser in der Einwilligung deutlich darauf hinzuweisen, dass seine genau zu bezeichnenden Kundendaten zum Zweck der Erstellung eines Kundenprofils verarbeitet werden.

Ist eine **Auswertung** der im Kundenprofil zusammengetragenen Kundendaten beabsichtigt, so muss, wenn dies durch eine wirksame Einwilligung legitimiert sein soll, der Kunde auf die geplante Auswertung einschließlich des Zwecks der Auswertung hingewiesen werden. Dies gilt etwa dann, wenn anhand der zur Verfügung stehenden Kundendaten Aussagen über die Zahlungsfähigkeit des Kunden getroffen oder zu Werbezwecken besondere Interessen des Kunden ermittelt werden sollen. Ergeben sich solche Schlüsse aber nicht unmittelbar aus den Angaben des Betroffenen, sondern erst aus einer methodischen Analyse dieser Angaben, so reicht allein die Erklärung, die Daten des Betroffenen würden zum Zweck der Bonitätsprüfung oder einem anderen Zweck verwendet, für die Information des Kunden nicht aus. Um dem Betroffenen die Tragweite seiner Einwilligung nur ungefähr zu verdeutlichen, sind zusätzliche Hinweise zur grundsätzlichen Methodik des Datenbevorratungs-Systems und der Analyse zwingend erforderlich¹²⁷.

Ist die Zielrichtung einer Auswertung vor deren Abschluss nicht bekannt, weil mittels **Data Mining** gerade bislang unbekannte Zusammenhänge und deren Ergebnisse aufgedeckt werden sollen, kann mangels einer präzisen Zweckangabe eine Einwilligung des Kunden nicht wirksam herbeigeführt werden.

- Keine irreführenden Formulierungen

Sowohl aus dem Datenschutzrecht als auch aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergibt sich das Gebot, die Einwilligungserklärung klar und

¹²⁵ Weber/Jacob/Rieß/Ullmann, DuD 2003, 614 (616).

¹²⁶ So auch Lewinski, RDV 2003, 122 (129): Erforderlich sei zumindest ein Hinweis auf speziell zugeschnittene Serviceangebote.

¹²⁷ Dazu Petri/Kieper, DuD 2003, 609 (610).

verständlich zu formulieren und auf diese Weise den Kunden umfassend aufzuklären. Nicht vereinbar mit diesem Gebot sind Formulierungen, die bei dem Kunden falsche Vorstellungen hervorrufen können. Dies kann sich sowohl auf den tatsächlichen Bereich beziehen, wenn etwa die Vorgänge der Datenverarbeitung ungenau oder missverständlich beschrieben werden. Ebenso können aber auch **Fehlvorstellungen** über die zugrunde liegende Rechtslage hervorgerufen werden.

Aufgrund dieser Erwägung hat das Landgericht München I die in der Einwilligung für das Payback-Programm verwendete Formulierung „Ich bin damit einverstanden, dass meine ... Angaben ... *im Rahmen der jeweils geltenden Datenschutzgesetze* ... verarbeitet werden“ für unzulässig erklärt¹²⁸. Hierdurch wird dem Kunden suggeriert, dass die Verarbeitung seiner Kundendaten sowohl zu dem Zweck der Programmabwicklung als auch zu dem ebenfalls angegebenen Zweck der Werbung und Marktforschung nach den materiellen gesetzlichen Vorgaben, insbesondere derer des BDSG, erfolgt¹²⁹. Gerade dies sollte aber nicht der Fall sein, da vom Betroffenen zusätzlich die Einwilligung in eine darüber hinausgehende Verarbeitung seiner Daten verlangt wurde. Die Einwilligung steht gemäß § 4 Abs. 1 BDSG als Rechtsgrundlage alternativ neben den gesetzlichen Ermächtigungen. Liegt daher eine **Einwilligung** vor, brauchen die **gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen** des BDSG für die Verarbeitung personenbezogener Daten gerade nicht beachtet werden. Das Landgericht München I hat in dieser Klausel daher eine unangemessene Benachteiligung des Kunden gemäß § 9 Abs. 1 AGBG (altes Recht), bzw. § 307 Abs. 1 BGB n.F. gesehen¹³⁰.

- Hinweis auf Widerrufbarkeit

Ebenso wie auf die Freiwilligkeit der Erklärung der Einwilligung ist der Kunde auch über die jederzeitige Möglichkeit des Widerrufs der Einwilligung zu belehren. Hierbei ist auch auf die **Folgen des Widerrufs** hinzuweisen, und zwar zum Einen auf die Auswirkungen für die Teilnahme am Rabattprogramm und zum Anderen auf die Auswirkungen für die bereits aufgrund der Einwilligung erhobenen und gespeicherten Daten des Betroffenen. Daneben ist anzugeben, wem gegenüber der Widerruf erklärt werden kann, am besten unter Angabe einer geeigneten Kontaktmöglichkeit.

Der Widerruf hat keine **Wirkung** in die Vergangenheit; er macht die Datenverarbeitung nur für die Zukunft unzulässig¹³¹.

- Hinweis auf Betroffenenrechte

Der Kunde sollte weiterhin auch auf seine Rechte hingewiesen werden, die ihm nach §§ 33 ff. BDSG zustehen, insbesondere ist hier das Auskunftsrecht nach § 34 BDSG hervorzuheben. Nach dem BDSG ist eine solche Belehrung über die Rechte der Betroffenen zwar nicht zwingend vorgesehen. Im Interesse der Transparenz und des Verbraucherschutzes ist ein entsprechender Hinweis jedoch sinnvoll und wünschenswert. Gleichzeitig kann hierdurch die Akzeptanz des Bonusprogramms bei dem Teilnehmer und dadurch auch seine Teilnahmebereitschaft gefördert werden.

¹²⁸ LG München I, Urteil vom 1. Februar 2001, DuD 292 (294).

¹²⁹ LG München I, a.a.O.

¹³⁰ LG München I, a.a.O.

¹³¹ *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 4 a Rn 24; *Simitis* in: *Simitis*, BDSG, § 4 a Rn 98.

Durch eine umfassende Information, die auch Rechte des Kunden beinhaltet, wird das **Vertrauen des Kunden** in die Seriosität des gesamten Verfahrens gestärkt.

Wenn eine Information über Betroffenenrechte erfolgt, dann sollte diese – genau wie der Hinweis auf die Möglichkeit des Widerrufs der Einwilligung bzw. des Widerspruchs – mit einem **Hinweis auf den Ansprechpartner** zur Geltendmachung der Rechte verbunden werden.

- Hinweis auf Löschung der Daten

Ein Hinweis darauf, für welchen **Zeitraum** die im Rahmen des Programms erhobenen Daten aufbewahrt werden und ob diese ggf. vorher gesperrt werden, erweitert die Informationsgrundlage des Kunden und kann für Vertrauen und Akzeptanz förderlich sein. Gesetzlich vorgeschrieben ist ein solcher Hinweis jedoch nicht.

1.2.3.4 Hervorhebung im Schriftbild

Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, so bedarf sie nach § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG einer **besonderen Hervorhebung**. Vor allem bei der Erhebung von Daten auf Formularen oder im Zusammenhang mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen muss verhindert werden, dass der Betroffene die Einwilligung übersieht¹³².

Eine den gesetzlichen Erwartungen wirklich entsprechende, deutliche Hervorhebung der Einwilligungserklärung lässt sich am ehesten durch ihre Aufnahme in ein getrenntes, **besonders zu unterzeichnendes Formular** erreichen¹³³.

Wenn die Einwilligungserklärung an deutlich sichtbarer Stelle oder eine optische drucktechnische Hervorhebung aus welchen Gründen auch immer nicht möglich ist, kann auch an einen vor oder unter der Unterschriftsspalte abgedruckten **Hinweis** auf die an anderer Stelle stehende Einwilligungserklärung gedacht werden. Ein bloßer Hinweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, in denen die Einwilligung - wenn auch in Fettdruck - enthalten ist, genügt jedoch nicht¹³⁴.

1.2.3.5 Besonderheiten bei der Online-Anmeldung

Meldet sich ein Kunde über ein Online-Formular an, das der Betreiber im **Internet** zur Verfügung stellt, so muss auch hier sicher gestellt sein, dass die Einwilligung die oben ausgeführten Voraussetzungen erfüllt.

Die Webseiten zur Anmeldung sind meist in der Weise gestaltet, dass eine Anmeldung nur abgeschickt werden kann, wenn der Kunde bestimmte Felder ausgefüllt hat. In diesem Zusammenhang ist besonders darauf zu achten, dass sich diese Bedingung nur auf Felder mit Pflichtangaben des Kunden erstreckt, deren Erhebung gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG für den Vertragsschluss und die Durchführung des Vertrages

¹³² OLG Schleswig, DuD 1998, 105; *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 4a Rn 91 zur Hervorhebung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch *Heidemann-Peuser*, DuD 2002, 389 (393).

¹³³ *Simitis* in: *Simitis*, BDSG, § 4a Rn 43.

¹³⁴ *Schaffland/Wiltfang*, § 4a Rn 30; *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 4a Rn 92 f.

erforderlich ist. Keinesfalls darf aber das **Absenden des Antrags technisch verhindert** werden, wenn der Kunde lediglich Felder mit freiwilligen Angaben nicht ausgefüllt hat.

Auch hinsichtlich der **Erklärung der Einwilligung** muss im Internet die Wahlfreiheit des Kunden berücksichtigt werden. Ein Formular, welches **nur dann abgeschickt** werden kann, wenn eine Einwilligung beispielsweise durch Ankreuzen eines entsprechenden Textes erklärt wurde, verstößt gegen das Kopplungsverbot, was die Unwirksamkeit der so erklärten Einwilligung zur Folge hat.

Zu finden sind daneben in Online-Formularen auch **Voreinstellungen**, nach denen z.B. zur Disposition stehende Erklärungen bereits angekreuzt sind, mit der Folge, dass der Kunde, der hiermit nicht einverstanden ist, diese Erklärung wieder rückgängig machen muss. Auf diese Weise wird durch die Voreinstellung eine „Opt-In-Konstruktion“ in ein „Opt-Out“ umgewandelt, was ebenfalls i.d.R. den Anforderungen nicht entspricht.

Von Bedeutung ist bei einer Online-Anmeldung weiterhin die Frage, ob **Allgemeine Geschäftsbedingungen**, Teilnahmebedingungen, Hinweise zum Datenschutz etc. wirksam **in den Vertrag einbezogen** worden sind. Dafür reicht es nicht bereits aus, dass die AGB oder andere Bestimmungen überhaupt auf der Webseite abrufbar sind. In einigen Fällen sind die Bestimmungen so versteckt untergebracht, dass es einer gezielten Suche bedarf, um diese zu finden. Um dies zu verhindern, müssen die AGB o.ä. Bedingungen von den Seiten des Anmeldeformulars aus unter einem deutlichen Hinweis abrufbar sein. Am Besten lässt sich dies durch einen Link an geeigneter, auffälliger Stelle realisieren, ausreichend ist aber auch ein Hinweis in einem stets vorhandenen zusätzlichen Frame, so etwa einer Kopf- oder Seitenleiste.

1.2.3.6 Auslegung von Einwilligungserklärungen

Ist eine Einwilligungserklärung, die vorformuliert als Allgemeine Geschäftsbedingung erteilt wird, in ihrem Wortlaut und der Systematik zum übrigen Teil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen mehrdeutig, so ist für die Auslegung der Einwilligungserklärung die **Unklarheitsregel des § 305c Abs. 2 BGB** heranzuziehen¹³⁵. Danach gehen Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders. Soweit also mehrere Auslegungsalternativen vorliegen, ist von der für den Kunden ungünstigsten Auslegung auszugehen (Grundsatz der kundenunfreundlichsten Auslegung)¹³⁶.

Zusammenfassung:

An eine wirksame Einwilligung sind folgende Anforderungen zu stellen:

1. Schriftform

Die Einwilligung muss nach dem Wortlaut des § 4a BDSG schriftlich erfolgen, eine elektronische Erklärung ist ebenfalls möglich. Ausnahmen von diesem Grundsatz

¹³⁵ Heidemann-Peuser, DuD 2002, 389 (392); Weichert, DuD 2003, 161 (165).

¹³⁶ Heidemann-Peuser, DuD 2002, 389 (392); Weichert, DuD 2003, 161 (165).

beschränken sich auf wenige Anwendungsfälle, die vorliegend nicht in Betracht kommen.

2. Bewusste und aktive Erklärung (echtes „Opt-In“)

Diese Anforderung ist nicht ausdrücklich im Gesetzeswortlaut des § 4a BDSG enthalten und ergibt sich aus der besonderen Komplexität von Kundenbindungssystemen.

3. Keine Kopplung zwischen Leistung und Datenüberlassung zu Werbezwecken

Im Gegensatz zum Telekommunikations- und Medienrecht enthält das BDSG keine ausdrückliche Regelung des Kopplungsverbots. Es ergibt sich aus dem Freiwilligkeitserfordernis des § 4a BDSG und dem Widerspruchsrecht der §§ 28 Abs. 4, 29 Abs. 4 BDSG.

4. Kenntnis der Freiwilligkeit und der Folgen einer Verweigerung der Einwilligung

Aus dem Freiwilligkeitserfordernis folgt die Hinweispflicht auf die Freiwilligkeit der Einwilligung. Die Hinweispflicht auf die Folgen der Verweigerung besteht nach dem Wortlaut des § 4a BDSG nur auf Verlangen des Betroffenen. Nach der hier vertretenen Ansicht besteht diese Pflicht auch im Rahmen von Kundenbindungssystemen.

5. Information des Betroffenen und Bestimmtheit

Nach dem Wortlaut des § 4a BDSG muss der Betroffene über den Zweck der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung informiert werden. Nach allgemeiner Ansicht muss die Erklärung hinreichend bestimmt sein. Über die Mindestangabe folgender Informationen besteht Einigkeit:

- Verantwortliche Stelle
- Verarbeitete Datenkategorien
- Phasen und Zwecke der Datenverarbeitung

Fehlen diese Angaben bzw. sind diese nicht hinreichend bestimmt formuliert, ist von einem Verstoß gegen § 4a BDSG auszugehen, der zur Unwirksamkeit der Einwilligung führt.

6. Hinweis auf die Widerrufbarkeit der Einwilligung

§ 4a BDSG sieht eine Pflicht, den Betroffenen auf die Möglichkeit des Widerrufs hinzuweisen, nicht vor. Für das Widerspruchsrecht des Betroffenen gemäß § 28 Abs. 4 BDSG ist eine entsprechende Hinweispflicht dagegen geregelt. Nach der hier vertretenen Ansicht ergibt sich aus dem Freiwilligkeitsprinzip und dem Vergleich zur Regelung des Widerspruchsrechts in § 28 Abs. 4 BDSG eine Pflicht des Anbieters, den Betroffenen auf sein Widerrufsrecht hinzuweisen.

7. Hinweis auf Betroffenenrechte und Löschung der Daten

Eine gesetzlich vorgeschriebene Hinweispflicht gibt es für diese Informationen nicht. Ein unterbliebener Hinweis ist auch nach der hier vertretenen Ansicht nicht als Verstoß gegen Datenschutzrecht zu werten.

8. Hervorhebung im Schriftbild

Wird eine Einwilligung zusammen mit einer anderen Erklärung abgegeben, so schreibt § 4a BDSG ausdrücklich die Pflicht zur Hervorhebung der datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung vor. Fehlt diese, liegt ein Verstoß gegen § 4a BDSG vor, der zur Unwirksamkeit der Einwilligung führt. Die Frage, ob die Hervorhebung ausreichend gestaltet ist, bietet aber u.U. Raum für unterschiedliche Bewertungen.

Im Falle eines echten „Opt-In“ liegt eine gesonderte Erklärung der Einwilligung vor, d.h. das

Hervorhebungsgebot kommt nicht zum Tragen¹³⁷.

¹³⁷ Bei einer Klage gegen eine „Opt-Out-Lösung“ kann daher, wenn primär die Gestaltung als „Opt-Out“ gerügt wird, die fehlende Hervorhebung der Einwilligungserklärung nur als Hilfsargument für den Fall verwendet werden, dass die Forderung nach einer gesonderten Erklärung nicht anerkannt wird.

2. Kundenbindungssysteme im Zwei-Parteien-Verhältnis

Eine einfache und weit verbreitete Form von Kundenbindungssystemen sind Kundenkarten, die **ein Unternehmen für seine Kunden** ausgibt und mit denen Vergünstigungen - hauptsächlich Preisrabatte oder besondere Serviceleistungen - gewährt werden. Durch eine solche Kundenkarte soll der Kunde an ein bestimmtes Unternehmen gebunden werden, die Beziehung zwischen Unternehmen und Kunde soll durch eine bevorzugte Behandlung des Kunden langfristig intensiviert werden. Dazu gehört auch, dass der Kunde gegenüber dem Unternehmen seine Identität offenbart. Beantragt der Kunde eine Karte, so muss er praktisch in jedem Fall seinen Namen und seine Adresse angeben. Möchte er als Kartenkunde die besonderen Vorteile in Anspruch nehmen, muss er gewöhnlich zumindest seine Kundenkarte vorlegen, um seine Berechtigung nachzuweisen. Bei der Gewährung von Rabattgutschriften geht der Karteneinsatz noch darüber hinaus. Die Rabatte werden regelmäßig nicht sofort ausgezahlt, sondern in Form von Bonuspunkten auf einem Konto gesammelt und erst nach gewisser Zeit durch den Kunden eingelöst. Für die Verwaltung dieses Bonuskontos benötigt das Unternehmen Angaben über das der Rabattgewährung zu Grunde liegende Geschäft sowie über den Kunden, um die Bonusgutschrift einer bestimmten Person zuordnen zu können.

Kundenkarten bieten somit jedem Anbieter die Möglichkeit, seine **Kunden kennenzulernen**. Auf diese Weise erfahren Unternehmen, wer ihre Kunden sind, wobei davon ausgegangen werden kann, dass Kunden, die an einem Kundenbindungssystem eines Unternehmens teilnehmen, eine gewisse Beziehung zu dem Unternehmen und ein entsprechendes Interesse an dessen Leistungen haben. In der Maximalvariante können Unternehmen Aufschluss über Lebensverhältnisse und Interessen des Kunden - soweit entsprechende Angaben etwa über ein Antragsformular erfragt werden - sowie über dessen genaues Konsumverhalten hinsichtlich der vom Unternehmen angebotenen Leistungen erlangen. Ein solches Spektrum an Informationen bietet darüber hinaus Möglichkeiten der Auswertung nach verschiedenen Kriterien, aus denen entsprechende zusätzliche Informationen über den Kunden erlangt werden können.

2.1 Vertragliche Grundlagen

Grundlage der Teilnahme eines Kunden an dem vom Unternehmen angebotenen Kundenbindungssystem ist ein entsprechender Vertrag des Kunden mit dem Unternehmen. Regelmäßig beantragt der Kunde eine Teilnahme an dem Bonusprogramm über ein Formular des Unternehmens. Mit Annahme des Antrags kommt ein **Vertrag über die Teilnahme** am Kundenbindungssystem zu Stande.

In diesem Vertrag verpflichtet sich das Unternehmen regelmäßig, bestimmte Leistungen gegenüber dem Kunden zu erbringen, zumeist **Rabatte oder Serviceleistungen**. Als Gegenleistung wird in wenigen Fällen ein Entgelt des Kunden erbracht, meist ist jedoch die Teilnahme kostenlos. Eine weitere Gegenleistung wird dem Kunden i.d.R. nicht abverlangt. Insbesondere enthalten die Verträge gewöhnlich keine Verpflichtung des Kunden, einer Werbeansprache durch das Unternehmen zuzustimmen.

2.2 Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung im Rahmen des Kundenbindungssystems

Im Rahmen des Kundenbindungssystems verwendet das Unternehmen unterschiedliche Daten des Kunden zu unterschiedlichen Zwecken. Zum einen werden Kundendaten verarbeitet, um das Bonusprogramm durchzuführen, z.B. um dem Kunden eine **Karte auszustellen**, seine Berechtigung für bestimmte Leistungen zu überprüfen und ggf. auch die Rabattgutschriften zu verwalten.

Zum anderen sind Kundenbindungssysteme in den meisten Fällen mit **Werbemaßnahmen** und häufig auch mit Marktforschungsaktivitäten verknüpft. In solchen Fällen werden Kundendaten auch zu diesem Zweck verwendet.

Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung ist es von entscheidender Bedeutung, zu welchem **Zweck** die Kundendaten verarbeitet werden. Im Folgenden soll für die Untersuchung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit daher nach den oben genannten Zwecken unterschieden werden.

2.2.1 Verwendung der Kundendaten zum Zweck der Programmabwicklung

Eine Verwendung von personenbezogenen Daten, d.h. die Erhebung, Verarbeitung (dies ist gemäß § 3 Abs. 4 BDSG das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten) und Nutzung ist gemäß § 4 Abs. 1 BDSG zulässig, soweit das Bundesdatenschutzgesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat.

2.2.1.1 Erhebung der Stammdaten des Kunden

Mit dem Anmeldeformular werden regelmäßig Pflichtangaben des Kunden abgefragt, die das Unternehmen für die Durchführung des Kundenbindungssystems als erforderlich ansieht, so genannte **Stammdaten**. Hierbei handelt es sich i.d.R. um den vollständigen Namen, die Anschrift sowie in einigen Fällen auch um weitere Daten wie das vollständige Geburtsdatum oder die Telefonnummer.

Als **Rechtsgrundlage** für die Erhebung der Daten kommt § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG in Betracht. Danach ist das Erheben personenbezogener Daten als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke zulässig, wenn es der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses mit dem Betroffenen dient. Die Erhebung setzt einen unmittelbaren sachlichen Zusammenhang zwischen der beabsichtigten Verwendung und dem konkreten Vertragszweck voraus¹³⁸. Dieser ist gegeben, wenn die Kenntnis der zu erhebenden Daten für die Erfüllung des Vertragszwecks erforderlich ist¹³⁹. Zur eindeutigen Identifizierung des Kunden und zu dessen Ansprache ist die Kenntnis von **Namen und Adresse** erforderlich. Ob darüber hinaus noch weitere Daten des Kunden erforderlich sind, ist zweifelhaft. Insbesondere für die Angabe weiterer Kontaktmöglichkeiten, z.B. über Telefon oder E-Mail, kann kein zwingendes Bedürfnis erkannt werden. Für Mitteilungen oder Rückfragen an den Kunden ist es ausreichend, wenn dieser kontaktiert werden kann. Über die Postanschrift ist dies i.d.R. jederzeit zuverlässig möglich, so dass kein zwingendes Erfordernis einer

¹³⁸ *Simitis* in: *Simitis*, BDSG, § 28 Rn 79.

¹³⁹ siehe dazu auch *Bergmann/Möhrle/Herb*, § 28 Rn 26.

zusätzlichen Kontaktmöglichkeit bestehen kann. Wenn der Kunde mit einer telefonischen oder elektronischen Kontaktaufnahme einverstanden ist, so können die entsprechenden weiteren Adressdaten auf freiwilliger Basis von diesem erhoben werden.

Die Kenntnis des vollständigen **Geburtsdatums** des Teilnehmers ist nicht erforderlich. Dem wird von Bonusprogrammbetreibern entgegen gehalten, nur volljährige Personen oder solche, die das 16. Lebensjahr beendet haben, dürften an dem Programm teilnehmen. Um die Erreichung der jeweiligen Altersgrenze nachzuvollziehen, ist es ausreichend, dass der Antragsteller ein Feld mit der Angabe „volljährig“ bzw. „nicht volljährig“ ausfüllt. Das obligatorische Abverlangen des vollständigen Geburtsdatums von allen Teilnehmern ist unzulässig, weil die Kenntnis dieses Datums nicht erforderlich ist. Diese Forderung verstößt gegen die Grundsätze der Datenvermeidung und Datensparsamkeit gemäß § 3a BDSG. Das vollständige Geburtsdatum ist auch zur eindeutigen Identifizierung des Teilnehmers nicht erforderlich. Hierfür genügt in jedem Fall die Kenntnis der Adresse und des Geburtsjahrs (vgl. die Regelung des § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG, der ebenfalls nur das Geburtsjahr benennt).

2.2.1.2 Verarbeitung und Nutzung der Stammdaten

Soweit die Erhebung der Stammdaten zulässig ist, ist auch deren Verarbeitung, insbesondere Speicherung, und Nutzung durch das Unternehmen zulässig.

2.2.1.3 Erhebung der Programmdaten

In vielen Fällen erhebt das Unternehmen auch Daten des Teilnehmers, wenn dieser unter **Einsatz seiner Kundenkarte** Leistungen des Unternehmens in Anspruch nimmt, beispielsweise dort unter Vorlage seiner Karte Waren einkauft und dafür eine Rabattgutschrift erhält.

Bei einem solchen Vorgang werden meist eine Kennung des Teilnehmers, Ort und Zeit des Karteneinsatzes und der getätigte Umsatz erhoben. Manche Unternehmen erheben zusätzlich Angaben über die Art der erworbenen Ware oder der in Anspruch genommenen Dienstleistung. Der Umfang der Erhebung kann in diesem Fall ganz unterschiedlich ausgestaltet sein. Denkbar ist, dass das Unternehmen die von ihm **erbrachten Leistungen** detailliert erhebt, beispielsweise alle vom Kunden gekauften Artikel erfasst, oder aber dass die Leistungen des Unternehmens unter bestimmten Oberbegriffen zusammengefasst werden.

Für die Erhebung der **Programmdaten** kommt als Rechtsgrundlage ebenfalls § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG in Betracht. Erforderlich für die Abwicklung der Rabattgewährung sind regelmäßig die Kenntnis des Rabattbetrages bzw. der Anzahl der Bonuspunkte, eine Kennung des Kunden, um die Rabattgutschrift zuzuordnen sowie der Ort, Datum und Preis des zu Grunde liegenden Geschäfts, um die ordnungsgemäße Gutschrift bei Beschwerden des Kunden nachvollziehen zu können oder bei Rückgängigmachung des zu Grunde liegenden Geschäfts die Gutschrift stornieren zu können.

Nicht erforderlich ist dagegen die Erhebung der **Art des zu Grunde liegenden Geschäfts**, wie etwa Informationen über die gekaufte Ware oder die in Anspruch genommene Dienstleistung. Um dieses der Bonusgutschrift zuordnen zu können, ist die Kenntnis von Ort, Datum und Preis des Geschäfts ausreichend. Eine notwendige Funktion für die Rabattabwicklung kommt den Daten über Waren und Dienstleistungen nicht zu.

2.2.1.4 Verarbeitung und Nutzung der Programmdaten

Soweit die Programmdateien zulässig erhoben wurden, ist auch deren Speicherung, weitere Verarbeitung und Nutzung zum Zweck der Programmabwicklung durch das Unternehmen zulässig.

2.2.2 Verwendung der Kundendaten zum Zweck der Werbung und Marktforschung

Soweit die Erhebung der Daten nicht bereits zur Abwicklung des Rabattprogramms erforderlich ist, kommt als Rechtsgrundlage für die Erhebung von weiteren Daten **§ 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG** in Betracht. Soweit Daten zu Werbezwecken genutzt werden, deren Erhebung bereits zum Zweck der Rabattabwicklung zulässig erfolgt ist, handelt es sich um eine Zweckänderung. Die Nutzung der Daten zu einem anderen Zweck richtet sich dann nach § 28 Abs. 2 BDSG, der wiederum auf § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG Bezug nimmt.

Nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG ist das Erheben für eigene Geschäftszwecke zulässig, soweit es zur Wahrung **berechtigter Interessen** der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das **schutzwürdige Interesse** des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt.

Zu den berechtigten Interessen eines Unternehmens wird von der ganz herrschenden Meinung auch die Durchführung von **Werbeaktionen und Marktanalysen** gerechnet¹⁴⁰. Diesem Interesse sind die schutzwürdigen Interessen der Betroffenen gegenüber zu stellen.

Bei der Abwägung, ob ein schutzwürdiges Interesse der Betroffenen das Interesse des Unternehmens überwiegt, ist nach Art der verarbeiteten Daten zu differenzieren. Handelt es sich um Daten wie **Name und Anschrift**, wird ein überwiegendes Interesse des Kunden kaum anzunehmen sein. Der Kunde muss i.d.R. davon ausgehen, dass ein Unternehmen, das diese Daten seiner Kunden kennt, diese zur Versendung von Werbung an seine Kunden nutzen wird. Dass eine Nutzung dieser Daten zu Werbezwecken dem Interesse des Betroffenen nicht entgegensteht, kommt auch in der Privilegierung der Werbung gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 3 BDSG zum Ausdruck, dessen Aufzählung sich im Wesentlichen auf die Angaben zu Name und Adresse beschränkt. Die Erhebung bzw. Verwendung der Stammdaten zu Zwecken der Werbung und Marktforschung ist daher gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG zulässig.

Zu beachten ist bei der Erhebung der Daten zu Werbe- und Marktforschungszwecken die Informationspflicht des Unternehmens gemäß § 4 Abs. 3 BDSG. Nach Nr. 2 dieser Vorschrift ist der Betroffene bei der Erhebung der Daten über die **Zweckbestimmungen** der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung **aufzuklären**. Steht der Zweck der Nutzung für Werbezwecke bei der Erhebung der Daten schon fest, so ist der Betroffene hierüber zu informieren.

Die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung des vollständigen **Geburtsdatums** oder von **Kommunikationsangaben**, die über die Adressangaben hinausgehen - wie Telefonnummer, Mobilfunknummer oder E-Mail-Adresse - ist dagegen nicht gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG zulässig (zur Begründung siehe oben, Pkt. 1.2.2.2.1).

Gleiches gilt für Angaben des Kunden über seine Lebensverhältnisse, Konsumvorlieben und besondere Interessen sowie für die Programmdateien, insbesondere wenn diese Auskunft über die vom Kunden gekauften Waren oder in Anspruch genommenen Dienstleistungen enthalten.

¹⁴⁰ *Simitis* in: *Simitis*, BDSG, § 28 Rn 137; *Schaffland/Wiltfang*, § 28 Rn 92.

Diese Daten haben für das Unternehmen gewöhnlich einen hohen Aussagegehalt, der den Kunden in seiner Tragweite nicht bewusst ist. Besonders zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang die Möglichkeiten der Auswertung, die sich dem Unternehmen bieten. Anhand der genannten Daten können **Kundenprofile** gebildet werden, mit denen weiterer Aufschluss über das Konsumprofil des Kunden gewonnen werden kann. Sämtliche dieser Vorgänge sind für den Kunden nicht oder nicht hinreichend transparent. Zunächst ist für den Kunden nicht klar überschaubar, über welche Daten das Unternehmen verfügt. Insbesondere gilt dies für die Programmdateien, die gewöhnlich über einen langen Zeitraum gespeichert werden, so dass dem Kunden bei zeitlich weit zurückliegenden Geschäften oftmals nicht mehr bewusst sein wird, dass die entsprechenden Daten noch bei dem Unternehmen gespeichert sind. Des Weiteren dürfte sich der Kunde i.d.R. nicht vollständig im Klaren darüber sein, welche Zusammenhänge zwischen seinen einzelnen Angaben bestehen können und welche Schlüsse das Unternehmen daraus ziehen kann. Wie sich schließlich eine Auswertung seiner Daten auf die Behandlung durch das Unternehmen auswirken kann, vermag er nicht abzuschätzen.

Aus diesen Gründen überwiegt das **schutzwürdige Interesse** des Betroffenen das berechtigte Interesse des Unternehmens auch dann, wenn diese Daten nur durch das dem Kunden bekannte Unternehmen erhoben und verarbeitet werden.

Für die Verwendung sämtlicher Daten, die über die in § 28 Abs. 3 Nr. 3 BDSG genannten Datenkategorien hinausgehen, ist daher eine **Einwilligung** des Kunden erforderlich. Die Einwilligung muss den oben dargestellten Anforderungen genügen.

2.2.3 Sonstige Voraussetzungen der Datenverarbeitung

Für alle anderen Fragen der Datenverarbeitung gelten die obigen Ausführungen zum Kundenbindungssystem im Mehr-Personenverhältnis.

Teil 3: Umsetzung in der Praxis

1. Unternehmensübergreifende Kundenbindungssysteme

Eine Untersuchung der auf dem Markt angebotenen Kundenbindungssysteme ergibt, dass diese mit Mängeln unterschiedlicher Art behaftet sind.

Dies beginnt bereits bei der Datenerhebung. Für die meisten Kundenbindungsprogramme werden mehr Daten über den Kunden erhoben, als für die Durchführung des Bonusprogramms erforderlich sind. Häufig wird als **Pflichtangabe** des Kunden dessen vollständiges Geburtsdatum erhoben, was grundsätzlich mangels Erforderlichkeit nicht zulässig ist. Dass es auch anders geht, beweisen einige Kundenkarten, für deren Beantragung lediglich die Angabe von Name und Anschrift erforderlich ist.

Auch beim **Einsatz der Kundenkarte** in den Partnerunternehmen werden häufig mehr Daten erhoben, als erforderlich sind, ohne dass der Kunde über eine Einwilligung die Möglichkeit hat, die Erhebung der nicht erforderlichen Daten zu regulieren. Es handelt sich dabei um die Angaben zur gekauften Ware oder in Anspruch genommenen Dienstleistung, die im Rahmen vieler Kundenbindungssysteme erhoben werden (oftmals auch unter dem Oberbegriff einer Waren- oder Dienstleistungsgruppe), deren Kenntnis aber häufig zur ordnungsgemäßen Abwicklung des Programms nicht erforderlich ist.

Diese Mängel beziehen sich auf den Bereich der Datenverarbeitung zum Zweck der Vertragsabwicklung. Zahlreicher und zum Teil auch gravierender sind jedoch die Mängel, die im Bereich der Verwendung von Kundendaten zu **Zwecken der Werbung und Marktforschung** zu Tage treten. Hier kommt der Information des Kunden und der Gewährleistung seiner Wahlfreiheit eine ausschlaggebende Bedeutung zu. Diese beiden zentralen Voraussetzungen werden durch die in der Praxis verwendeten Antragsformulare, Teilnahmebedingungen und Hinweise zum Datenschutz, die der Antragsteller meist bei bzw. vor Antragstellung erhält, auf unterschiedliche Weise mit unterschiedlichem Erfolg gelöst. Abgesehen von einem der untersuchten Bonusprogramme nutzen alle Kundenkartenanbieter die anfallenden Daten zu Zwecken der Werbung und Marktforschung. Für die Verwendung dieser Daten wird in allen Fällen eine Einwilligung des Kunden eingeholt.

Die in der Praxis verwendeten **Einwilligungserklärungen** sind jedoch mit Mängeln behaftet. Die vorgefundenen Mängel sind ganz unterschiedlicher Art und Qualität. Da die Einwilligungserklärung aber das zentrale Element für die Information des Kunden und für die Ausübung seiner Wahlfreiheit darstellt, sind diesbezügliche Mängel nie als gering und unbeachtlich anzusehen.

Einige Einwilligungserklärungen weisen allerdings erhebliche Mängel auf. Als schwerwiegender Verstoß ist die **Verletzung des Kopplungsverbots** der Einwilligung anzusehen. Zwei der untersuchten Bonusprogramme machen die Teilnahme des Kunden von seiner Einwilligung in die Nutzung von personenbezogenen Daten zu Werbe- und Marktforschungszwecken abhängig.

Dies wird zum einen dadurch deutlich, dass dem Kunden **keine Möglichkeit** eingeräumt wird, die geforderte **Einwilligung nicht zu erklären**, d.h. es fehlt sogar ein Hinweis auf die Option, den Einwilligungstext zu streichen oder die Erklärung nachträglich zu widerrufen. In

einem anderen Fall fehlt eine Einwilligungserklärung, zumindest im Antragsformular, gänzlich. Im Internet wird die Kopplung der Einwilligung mit der Teilnahme dadurch deutlich, dass das Absenden des Antrags ohne die vorige Erklärung der Einwilligung, hier durch Bestätigung der Teilnahmebedingungen, die die datenschutzrechtliche Einwilligung enthalten, nicht möglich ist.

Unzweifelhaft deutlich wird in beiden **Beispielfällen** die Kopplung der Teilnahme mit der Einwilligung in die Verarbeitung zu Werbe- und Marktforschungszwecken, wenn ergänzend die Teilnahmebedingungen herangezogen werden. Dort heißt es in einem Fall:

„Ist der Teilnehmer damit [Anm. vorstehend beschrieben ist die Verarbeitung von Daten zu Werbezwecken] nicht einverstanden, so ist eine Teilnahme am Bonusprogramm nicht möglich.“

In einem anderen Fall enthalten die Teilnahmebedingungen folgende Bestimmung:

„Voraussetzung für die Teilnahme ist, dass der Vertragspartner ... in die Verarbeitung und Nutzung seiner ... Daten ... zur Beratung, Werbung und Marktforschung eingewilligt hat.“

Hierdurch wird der Kunde seiner Entscheidungsfreiheit beraubt, so dass die Einwilligungserklärung unwirksam ist.

In eine ähnliche Richtung, jedoch weniger schwerwiegend, tendieren Einwilligungserklärungen, die dem Kunden nur die Möglichkeit geben, der Datenverarbeitung zu Werbezwecken durch „**Opt-Out**“ auszuschließen. Hier ist die Entscheidungsfreiheit des Kunden zwar formell gewahrt, jedoch wird deren Ausübung dem Kunden unverhältnismäßig erschwert. Es findet eine Risikoverteilung zu Lasten des Kunden statt. Das Risiko einer fehlenden Erklärung des Kunden wird dem Kunden und nicht dem Unternehmen auferlegt. Dies bedeutet, dass der Kunde, der sich bei der Anmeldung regelmäßig einem umfangreichen Formular gegenüber sieht, sorgfältig prüfen muss, welche Erklärungen er - u.U. auch durch schlichtes Untätigsein - abgibt und welche Gegenmaßnahmen er treffen muss, wenn er mit der voreingestellten Erklärung nicht einverstanden ist. Wegen dieser Lastenverteilung sind „Opt-Out-Lösungen“ als datenschutzrechtlich unzureichend anzusehen.

Aber auch in diesem Bereich gibt es Abstufungen. Die „Opt-Out-Lösung“ ist generell in zwei unterschiedlichen Varianten vertreten. Einige Einwilligungserklärungen sind mit einer zusätzlichen Aufforderung an den Kunden versehen, die **Erklärung zu streichen**, wenn er mit dieser nicht einverstanden sei. Meist ist diese Aufforderung durch Fettdruck hervorgehoben, aber dennoch in den Einwilligungstext integriert und somit leicht zu übersehen. Außerdem muss der Kunde, um sein fehlendes Einverständnis auszudrücken, die psychologische Hürde überwinden, die vom Anbieter vorgegebenen Bedingungen durchzustreichen.

Datenschutz- und verbraucherfreundlicher stellt sich dem gegenüber die Variante des „**Auskreuzens**“ dar, die von einigen Anbietern verwendet wird.

Diese Lösung sieht im Anmeldeformular etwa wie folgt aus:

„Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich damit einverstanden, dass meine Daten zur Erstellung von Informationen per Post (z.B. Rabattaktionen) und für die ggf. von mir bezogenen Services (SMS oder E-Mail-Newsletter) sowie zu Zwecken der Marktforschung von X, den Partnerunternehmen und Y gemäß Ziffer 2 der beiliegenden Hinweise zum Datenschutz genutzt werden.

Mein Einverständnis kann ich jederzeit gegenüber dem Z oder der Y widerrufen.

o Hier ankreuzen, falls nicht gewünscht.“

Durch die gesonderte Widerspruchsmöglichkeit bringt zum einen der Anbieter hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass er die fragliche Klausel **dem Kunden zur Disposition** stellt, es verbleiben somit weder Zweifel beim Kunden noch die für die Streichlösung geltende psychologische Barriere. Zum anderen ist auch die Gefahr des Übersehens durch den Kunden gemindert, wenngleich nicht gänzlich ausgeräumt.

Neben diesen unterschiedlich ausgeprägten „Opt-Out-Lösungen“ verwenden einige Anbieter, wenn auch die Minderheit, **datenschutzgerechte „Opt-In-Lösungen“**. Meist sind diese durch eine gesonderte Unterschrift des Kunden unter der datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung realisiert. Häufig verwendet wird die Opt-In-Variante im Internet, und zwar auch von solchen Anbietern, die im Papier-Antrag nur ein „Opt-Out“ vorsehen. In den Online-Formularen ist die Einwilligungserklärung meist gesondert anzuklicken und damit freizugeben. Nur in wenigen Fällen wird dieses Prinzip durch eine Voreinstellung wieder umgekehrt; hier ist das Feld neben der Einwilligung bereits vorangekreuzt.

Die zweite grundlegende Funktion der Einwilligungserklärung besteht in der Schaffung von **Transparenz** durch **Information** des Teilnehmers über die wesentlichen Punkte der Datenverarbeitung. Auch in diesem Bereich sind viele Defizite festzustellen.

Allgemein ist festzustellen, dass die **Texte der Erklärungen** häufig sehr kurz gefasst sind und für ausführlichere Hinweise auf die Teilnahmebedingungen oder gesonderte Hinweise zum Datenschutz verwiesen wird. Dies ist grundsätzlich nicht schädlich, sondern eher zu begrüßen. Die Einwilligungserklärung sollte dem Kunden ermöglichen, sich in kurzer Zeit ein klares Bild über die geplante Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten zu verschaffen. Lange Texte können da durchaus hinderlich sein. Dennoch muss die Einwilligungserklärung einen Mindestgehalt an Information enthalten (dazu genauer oben, Pkt. 1.2.3.3), der bei den meisten Erklärungen in der Praxis nicht erreicht wird.

Voraussetzung für einen **Verweis auf Teilnahmebedingungen** und Hinweise zum Datenschutz ist zunächst, dass diese Dokumente dem Kunden im Zeitpunkt der Erklärung seiner Einwilligung tatsächlich **bekannt** sind bzw. ihm in der Weise **zugänglich** sind, dass er diese ohne unverhältnismäßigen Aufwand zur Kenntnis nehmen kann. Die meisten Anbieter drucken ihre Teilnahmebedingungen und Datenschutzhinweise gemeinsam mit dem Antragsformular ab oder weisen auf Einsichtsmöglichkeiten hin. Unzureichend sind in dieser Hinsicht zwei der untersuchten Programme. Dem Antragsformular eines der Bonusprogramme liegen keine Teilnahmebedingungen bei, es erfolgt lediglich der Hinweis, dass die Teilnahmebedingungen mit Versand der Karte zugestellt werden oder per Faxabruf angefordert werden können. In einem anderen Fall enthält das Online-Anmeldeformular für ein Bonusprogramm keinen Link auf die Teilnahmebedingungen, diese sind darüber hinaus auf den Webseiten des Betreibers nur schwer zu finden.

In diesen Fällen kann zur Bewertung des Informationsgehalts ausschließlich auf die Einwilligungserklärung abgestellt werden. Aber selbst wenn ergänzend die Teilnahmebedingungen bzw. Hinweise zum Datenschutz als Informationsgrundlage herangezogen werden können, ergibt sich **selten eine komplette Beschreibung** der Verarbeitung personenbezogener Daten.

In der Einwilligungserklärung fehlt häufig eine genaue Beschreibung der zu verarbeitenden **Kundendaten**, insbesondere der Programmdateien, die beim Einsatz der Karte erhoben werden.

In einer bereits oben zitierten Einwilligungserklärung heißt es dazu beispielsweise nur:

„Ich bin einverstanden, dass meine Daten ...“.

Von Bedeutung ist die Beschreibung der zu verarbeitenden Daten insbesondere für die **Programmdaten**, da hier der Kunde ohne eine Erklärung keine Vorstellung darüber gewinnen kann, um welche Datenkategorien es sich hierbei handelt. Häufig werden die Programmdateien in der Einwilligungserklärung und auch in den Teilnahmebedingungen nur beschrieben als „Daten, die sich aus der Verwaltung der Bonuspunkte ergeben“. Eine solche Formulierung ist nicht ausreichend, da der Kunde nur erfährt, dass Daten für die Verwaltung der Bonuspunkte anfallen, ihm aber die einzelnen Datenkategorien dadurch nicht klar werden.

Eine gelungene Lösung für die Beschreibung der zu verarbeitenden Daten liefert die folgende Einwilligungserklärung:

„Ich bin damit einverstanden, dass meine obigen Daten und meine Programmdateien (Anzahl gesammelte ... [Anm. Bonuspunkte] und deren Verwendung; gekaufte Waren und Dienstleistungen; freiwillige Angaben) ...“.

Unzureichend beschrieben sind häufig auch die **Vorgänge der Datenverarbeitung**. Hierbei wird insbesondere das Zusammenspiel zwischen Systembetreiber und den Partnerunternehmen nicht vollständig deutlich. Die Frage, ob und welche Kundendaten die Partnerunternehmen speichern und weiter verarbeiten, bleibt oftmals offen.

Die Einwilligungserklärungen als solche sind in diesem Punkt durchweg nicht hinreichend informativ. Bei den untersuchten Bonusprogrammen bedarf es zur umfassenden Feststellung der Vorgänge der Datenverarbeitung einer **ergänzenden Lektüre der Teilnahmebedingungen** bzw. Hinweise zum Datenschutz. Angesichts der Komplexität der unternehmensübergreifenden Kundenbindungssysteme ist dies nicht verwunderlich, so dass es ausreicht, wenn eine umfassende und vollständige Darstellung in den Teilnahmebedingungen oder Hinweisen zum Datenschutz erfolgt und sich die Einwilligungserklärungen auf die wesentlichen Angaben, etwa die beteiligten Unternehmen, die Kundendaten verwenden, beschränkt.

Als **unzureichend** ist etwa die folgende Darstellung in einer Einwilligungserklärung und den ergänzenden Hinweisen zum Datenschutz anzusehen:

In der Einwilligungserklärung heißt es:

„Ich bin damit einverstanden, dass meine ... Daten von der X und ihren

Partnerunternehmen zu ... -zwecken gespeichert, verarbeitet und genutzt werden.“

Diese Formulierung deutet darauf hin, dass sowohl der Systembetreiber X als auch sämtliche Partnerunternehmen sämtliche Kundendaten speichern und zu Werbezwecken nutzen. In den Hinweisen zum Datenschutz deutet sich dagegen an, dass nur der Systembetreiber Kundendaten speichert und die Partnerunternehmen diese lediglich nutzen können. Dort heißt es:

„Wenn Sie in die Nutzung der ... Daten zu Beratung, Information (Werbung) und Marketing eingewilligt haben, werden diese bei den Partnerunternehmen erhobenen Daten von X treuhänderisch für diese gespeichert und auch von den Partnerunternehmen ... ausgewertet und genutzt.“

Ob tatsächlich sämtliche Kundendaten allen Partnerunternehmen zugänglich sind, bleibt auch nach dieser Erklärung zweifelhaft. Es wird nicht deutlich, ob Partnerunternehmen nur Daten ihrer eigenen Kunden verwenden können - oder ggf. auch selbst speichern, was ebenfalls unklar ist - oder ob diese auch Daten über Teilnehmer erhalten, die nicht eigene Kunden des Partnerunternehmens sind.

Vorbildlich ist in dieser Hinsicht die Beschreibung in den Hinweisen zum Datenschutz eines anderen Bonusprogramms. Dort wird das Verhältnis zwischen Systembetreiber und Partnerunternehmen im Hinblick auf den Austausch von Kundendaten wie folgt beschrieben:

„Die Basisdaten, freiwilligen Angaben und ggf. deren Änderungen übermittelt X an das Partnerunternehmen, über welches Sie Ihre Karte erhalten haben. Sollten Sie Ihre Karte direkt von X erhalten haben, erfolgt eine solche Übermittlung nicht. Eine Übermittlung an die übrigen Partnerunternehmen oder außerhalb des Programms stehende Dritte ist in jedem Fall ausgeschlossen.“

Setzen Sie Ihre Karte bei einem Partnerunternehmen ein, so meldet dieses die Rabattdaten (...) an X zur Gutschrift usw.. Eine Übermittlung von Rabattdaten an die übrigen Partnerunternehmen sowie an außerhalb des Programms stehende Dritte ist ausgeschlossen.“

Es wird auf diese Weise verständlich dargestellt, über welche Datenbestände die jeweiligen Partnerunternehmen verfügen.

Zum bemängeln ist weiterhin, dass der Kunde in einigen Einwilligungserklärungen nicht mit hinreichender Deutlichkeit auf die **Freiwilligkeit** seiner Erklärung hingewiesen wird. Noch seltener findet sich eine Darstellung der Folgen einer Verweigerung für die Teilnahme am Programm. Ein Hinweis auf das Widerrufsrecht des Kunden erfolgt dagegen in allen der untersuchten Programme, häufig wird darauf bereits in der Einwilligungserklärung hingewiesen.

Die **Zwecke der Datenverarbeitung** werden in den meisten Fällen in ausreichender Weise beschrieben. Nur selten wird zur Beschreibung von Werbemaßnahmen auf irreführende und beschönigende Formulierungen wie „Beratung“ oder „Information“ zurückgegriffen. Nicht ausreichend sind die in der Praxis vertretenen Zweckbeschreibungen jedoch für Maßnahmen, die über eine reine Werbeansprache oder eine Marktanalyse ohne Kunden hinausgehen, d.h. die Bildung und die Auswertung von **personenbezogenen Kundenprofilen**. In einigen

Programmen werden diese Zielrichtungen zumindest angedeutet. Formulierungen wie „individuelle Beratung“, „individuelle Angebote“ lassen erkennen, dass das Konsumverhalten der Kunden erfasst und als Grundlage für eine gezielte Werbeansprache herangezogen wird. Ausreichend sind diese Formulierungen jedoch nicht; erforderlich ist vielmehr ein ausdrücklicher Hinweis darauf, dass die Kundendaten zur Bildung von Kundenprofilen verarbeitet werden. Nur ein einziges der untersuchten Kundenbindungssysteme verwendet hierfür eine ausreichende Zweckbestimmung. In den Datenschutzhinweisen heißt es dazu:

„ ... speichern, verarbeiten und nutzen x oder beauftragte Dienstleister Ihre sämtlichen gemäß vorstehenden Ziffern erhobenen Daten außerdem, um für interne Marktforschungszwecke von X Ihr Kaufverhalten auszuwerten und Kundenprofile zu erstellen, damit X ihr Angebot künftig Ihren Bedürfnissen entsprechend gestalten kann“.

2. Kundenkarten im Zwei-Parteien-Verhältnis

Eine Fülle weiterer Kundenkarten werden in fast allen Branchen angeboten. Die Verarbeitung von Kundendaten, die über Name und Adresse hinausgehen, ist im Rahmen dieser Programme nur mit einer Einwilligung des Kunden zulässig. Da bei dem Betrieb eines kartenbasierten Kundenbindungssystems regelmäßig auch die Programmdaten erfasst und gespeichert werden, ist eine Einwilligung stets erforderlich. In der Praxis sind verschiedene Lösungen zu finden, mit denen eine entsprechende Einwilligung des Kunden eingeholt wird.

2.1 Erklärung der Einwilligung durch „Opt-In“

Einige Anbieter von Kundenkarten sehen in den Antragsformularen eine Erklärung des Kunden in Form eines „Opt-In“ vor. Der Kunde muss bei einer solchen Lösung eine **Erklärung** entweder **ankreuzen** oder **gesondert unterschreiben**. Die so ausgestalteten Einwilligungserklärungen sind verbraucherfreundlich, weil hier oftmals eine relativ umfangreiche Information des Kunden erfolgt und diesem die erforderliche Wahlfreiheit eingeräumt wird.

Eine in der Praxis verwendete Einwilligungserklärung lautet **beispielsweise** wie folgt:

„o Ich willige in die Nutzung meiner nachfolgenden Daten sowie der Bonusdaten (Waren, Preis, Ort und Datum des Warenerwerbs) zu Werbe- und Marktforschungszwecken durch X und Dritte gemäß und entsprechend den anwendbaren datenschutzrechtlichen Vorschriften ein (auch ohne eine solche Einwilligung kann die Mitgliedschaft gewährt werden).“

Diese Einwilligungserklärung enthält zwar Mängel, aber andererseits auch positive Elemente. Zu bemängeln ist der Hinweis auf eine Verarbeitung der Daten gemäß datenschutzrechtlichen Vorschriften sowie der fehlende Hinweis auf die Identität der Dritten, die Kundendaten nutzen. Außerdem fehlt ein Hinweis auf die Widerrufbarkeit der Einwilligung. Positiv ist dagegen die Bezeichnung der genutzten Daten und der Hinweis auf die Freiwilligkeit der Erklärung hervorzuheben. Letzteres wird durch die Form der Einwilligungserklärung unterstrichen. Da auf diese Weise die Freiwilligkeit deutlich unterstrichen wird, wiegt der fehlende Hinweis auf die Widerrufbarkeit der Einwilligung weniger schwer als in Fällen, in denen bereits der Hinweis auf die Freiwilligkeit der Erklärung fehlt.

2.2 Erklärung unter Verwendung der Streichlösung

Häufiger anzufinden ist eine Erklärung des Kunden, die gemeinsam mit der Unterschrift unter den Antrag abgegeben wird und die dem Kunden die **Streichung nicht gewünschter Passagen** bzw. der gesamten Klausel freistellt. Auch bei dieser Variante wird der Kunde über die Freiwilligkeit seiner Erklärung belehrt, wenngleich auch nicht in so auffälliger Weise wie bei einer echten „Opt-In-Lösung“. Gleichfalls erfolgt i.d.R. eine recht umfangreiche Information des Kunden.

Ein in der Praxis verwendetes Beispiel ist die folgende Einwilligungserklärung:

„Ja, ich möchte die Vorteile der X Kundenkarte in Zukunft nutzen. Daher bin ich einverstanden (falls nicht zutreffend, bitte streichen):

- dass mir Informationen und Werbung an meine o.g. E-Mail-Adresse zugesandt werden.
- **dass meine persönlichen Daten sowie Datum und Betrag meiner Käufe von X zu Zwecken der Marktforschung und Werbung (keine Telefonwerbung) gespeichert und genutzt werden können.**

Mir ist bekannt, dass die Erteilung meiner vorstehenden Einwilligungen freiwillig ist und ich diese jederzeit gegenüber der X, Anschrift widerrufen kann. Wenn ich die Einwilligungen nicht erteile oder sie widerrufe, hat dies keine Auswirkungen auf meine Teilnahme am Kundenkartenprogramm.“

Zu kritisieren ist diese Einwilligungserklärung einzig wegen der dort verwandten Streichlösung. Die Aufklärung des Kunden über die Freiwilligkeit seiner Angaben, Widerruf und Verweigerungsfolgen erfolgt dagegen umfassend und eindeutig.

2.3 Vorformulierte Erklärung auf dem Antragsformular ohne Verweigerungsmöglichkeit

Einige Antragsformulare drucken eine Einwilligungserklärung ab, die der Kunde mit Unterzeichnung des Formulars anerkennt, geben dem Kunden jedoch keine Möglichkeit, die Erklärung der **Einwilligung zu versagen**. Solche Erklärungen sind darüber hinaus zumeist sehr kurz gefasst und somit wenig informativ.

Ein **Beispiel** für diese Variante ist die folgende Einwilligungserklärung:

„Ja, ich möchte gerne ... werden und die Kundenkarte bekommen. Deshalb sage ich Ihnen auch, wer ich bisher war: *

* Ich bin damit einverstanden, dass diese Daten elektronisch gespeichert werden. Sie werden von X nicht an Dritte weitergegeben.“

Diese Erklärung genügt weder den Anforderungen an Transparenz und Information noch an die Gewährleistung der Wahlfreiheit des Kunden. Es ist davon auszugehen, dass die verarbeiteten Datenkategorien nicht vollständig aufgeführt werden, da das Unternehmen offensichtlich auch Daten über den Einsatz der Kundenkarte erhebt und speichert, was jedoch in der Einwilligungserklärung keine Erwähnung findet. Außerdem fehlt jeglicher Hinweis auf die Zwecke, zu denen die Daten gespeichert und genutzt werden.

Darüber hinaus wird der Kunde in keiner Weise darüber aufgeklärt, ob er die Einwilligung auf **freiwilliger Basis** erklärt oder ob die Erklärung Bedingung für seine Teilnahme ist. Da die Möglichkeit der Verweigerung oder des Widerrufs in keiner Weise eröffnet wird, ist nach dem Grundsatz der kundenunfreundlichsten Auslegung davon auszugehen, dass die Erklärung der Einwilligung eine Bedingung für die Teilnahme darstellt, was gegen das Kopplungsverbot verstoßen würde. Stellt die Erklärung keine Bedingung für die Teilnahme dar, dann wäre die Einwilligungserklärung ebenfalls unwirksam, und zwar in diesem Fall wegen fehlender Aufklärung des Kunden über die Freiwilligkeit.

Ein weiteres Beispiel liefert die folgende Erklärung:

„ICH BIN EINVERSTANDEN.

Ja, ich möchte zukünftig über aktuelle Entwicklungen, Produkte und Leistungen von X informiert werden und bin damit einverstanden, dass meine oben angegebenen Daten zu Zwecken der Vertrags- und Kundenbetreuung sowie -information und Werbezwecken von der X sowie von Y und allen angeschlossenen Vertragsunternehmen verarbeitet und genutzt werden. Meine Daten werden nicht an sonstige Dritte weitergegeben. Die Mitgliedschaft kann jederzeit beidseitig gekündigt werden.“

In dieser Erklärung fehlt jeglicher Hinweis auf die Freiwilligkeit der Einwilligung. Zwar suggerieren die Formulierungen „Ich bin einverstanden“ und „Ja, ich möchte ...“ zunächst einen entsprechenden freien Willen des Kunden, doch ist dem Formular nicht zu entnehmen, ob und in welcher Weise bzw. mit welchen Folgen ein Kunde diese Erklärung verweigern kann. Mit gleicher Begründung wie für die vorige Kundenkarte ist daher diese Einwilligung als unwirksam anzusehen.

Auch die Information des Kunden ist in dieser Erklärung nicht hinreichend präzise und umfänglich. Es bleibt z.B. unklar, um welche angeschlossenen Vertragsunternehmen es sich handelt und ob diese selbständig oder im Auftrag von X tätig werden. Eine entsprechende Information ist gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 3 BDSG erforderlich.

2.4 Einwilligung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Schließlich gibt es Einwilligungen, die gemeinsam mit den Allgemeinen Geschäfts- oder Teilnahmebedingungen erklärt werden. Im Antragsformular findet sich in solchen Fällen nur ein Hinweis auf die umseitig oder an anderer Stelle einsehbaren Geschäftsbedingungen. In diesen Bedingungen wird u.a. auch die Verarbeitung der Daten im Rahmen des Kundenbindungssystems beschrieben. Die Unterzeichnung des Antrags drückt gleichzeitig die **Anerkennung der Bedingungen** aus.

Ein Beispiel hierfür ist die folgende Erklärung:

„Ich habe die Nutzungs- und Geschäftsbedingungen gelesen, verstanden und akzeptiert.“

In den Geschäftsbedingungen findet sich unter Nr. 10 folgender Hinweis zum Datenschutz:

„Die im Rahmen des Bonusprogramms gesammelten persönlichen Daten und umsatzbezogenen Daten werden elektronisch gespeichert. Es werden keine Adressen zu Werbezwecken an Adresshändler weiterverkauft. Es findet keine Weitergabe der Daten an Kooperationspartner statt.“

Diese Variante stellt von den aufgeführten Lösungen die **am wenigsten verbraucherfreundliche Lösung** dar. Der Kunde wird hier nicht einmal darauf hingewiesen, dass er mit der Anerkennung der Geschäftsbedingungen eine datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung erteilt. Ein Kunde, der mit der Datenverarbeitung nicht einverstanden ist, hat lediglich die Möglichkeit, die entsprechende Klausel in den AGB durchzustreichen.

Die Initiative hierzu wird aber ausschließlich dem Kunden auferlegt. Im Übrigen genügt die Erklärung in den Geschäftsbedingungen nicht den Anforderungen an die Information des Kunden. Abgesehen davon, dass sie nicht hervorgehoben ist, enthält sie nur unzureichende Angaben über die Art der verarbeiteten Datenkategorien sowie die Verarbeitungszwecke.

2.5 Fehlende Einwilligung

Einige Kundenkartensysteme sehen keine gesonderte Einwilligung des Teilnehmers in die Verarbeitung seiner Daten vor.

In der Praxis werden Formulare verwendet, die keine Erklärung des Kunden zur Datenverarbeitung bzw. zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten. Auf dem Antragsformular für eine auf dem Markt angebotene Kundenkarte findet sich lediglich der folgende Hinweis:

„Datenschutz

Alle personenbezogenen Daten werden nur für interne Zwecke verwendet und für Direct Mailings in Bezug auf Produkte der X. Sie werden nur an Dritte weitergegeben, soweit es zur Verwaltung des X Systems notwendig ist.“

Ein solcher Hinweis genügt weder dem Informationsbedürfnis des Kunden noch den Anforderungen an die Entscheidungsbefugnis des Kunden über die Verarbeitung seiner Daten.

3. Apothekenkarten

Kundenkarten sind auch im Bereich der Apotheken weit verbreitet. Eine Vielzahl von Apotheken bieten ihren Kunden eine Kundenkarte an, die mit **diversen Serviceleistungen** verbunden ist.

Im Rahmen dieser Kundenprogramme speichern die Apotheken regelmäßig Angaben zur Person des Teilnehmers sowie sämtliche vom Teilnehmer erworbenen **Medikamente**. Auf Grundlage dieser Daten bietet die Apotheke zum einen eine jährliche Aufstellung sämtlicher Aufwendungen des Kunden zum Nachweis beim Finanzamt sowie eine Auflistung der Zuzahlungen als Nachweis für die Krankenkasse an. Darüber hinaus prüft die Apotheke die Verträglichkeiten der verordneten oder selbst erworbenen Medikamente untereinander und gibt den Kunden bei Bedarf Auskunft über in der Vergangenheit bezogene Medikamente, Wirkstärken oder Ähnliches. Schließlich gewähren die Apotheken ihren Kartenkunden gewöhnlich einen Rabatt, meist in Höhe von 3%, auf alle Artikel, die nicht der Preisbindung unterliegen.

3.1 Zulässigkeit der Erhebung der Daten

3.1.1 Stammdaten der Kunden

Um eine Apotheken-Kundenkarte zu bekommen, muss ein Kunde i.d.R. bei der Apotheke einen entsprechenden **Antrag** stellen. Bei dieser Gelegenheit werden meist Name und Anschrift des Kunden, häufig auch weitere Daten wie etwa Geburtsdatum, Telefonnummer, Angaben zur Krankenversicherung erhoben.

Die Zulässigkeit der Erhebung dieser Daten richtet sich nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG. Es handelt sich bei den erfragten **Stammdaten** des Kunden um gewöhnliche personenbezogene Daten, die nicht zu den in § 3 Abs. 9 BDSG genannten besonders sensiblen Daten gehören.

Hinsichtlich Name und Anschrift ist die Erforderlichkeit der Kenntnis zum Zweck der Kartenabwicklung offensichtlich. Zweifel ergeben sich jedoch im Hinblick auf die Erforderlichkeit der weiteren Angaben wie Geburtsdatum oder auch Angaben zur Krankenkasse. Einige Apotheken verlangen in ihrem Antragsformular ausdrücklich nur die Angabe von **Name und Adresse**, einleitend zur Abfrage weiterer Daten (Geburtsdatum, Telefonnummer, Krankenkasse, Rezeptgebührenbefreiung) wird der Kunde darauf hingewiesen, dass diese Angaben freiwillig und für den Erhalt der Kundenkarte nicht erforderlich seien. Für die Erfüllung der Zwecke der Kundenkarte, d.h. die Vornahme der angebotenen Serviceleistungen, ist es ausreichend, wenn der Kunde durch Name und Anschrift sowie ggf. zusätzlicher Angaben wie z.B. Geburtsjahr identifiziert werden kann. Da die Karte nur zur Beratung und Information des Kunden genutzt wird, ist die Kenntnis von weiteren Daten, etwa Krankenkassendaten, die zu Abrechnungszwecken benötigt würden, nicht erforderlich.

3.1.2 Arzneimitteldaten

Daten über den Erwerb von Arzneimitteln erhebt die Apotheke auf zweierlei Art und Weise.

Erwirbt der Kunde ein Arzneimittel auf Grund ärztlicher Verordnung, so erhebt die Apotheke durch Entgegennahme des Rezepts die darauf enthaltenen Daten. Die Erhebung dieser Daten ist gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 der Verordnung über **verschreibungspflichtige Arzneimittel** zulässig, um eine ordnungsgemäße Rezeptabwicklung und die eindeutige Identifikation des Kunden zu ermöglichen. Auch zum Zweck der Abrechnung nach § 300 SGB V ist die patientenbezogene Erhebung der Daten zulässig.

Die Erhebung der Arzneimitteldaten ist zum Zweck der Vertragserfüllung gegenüber dem Kunden auch zulässig, wenn der Kunde Medikamente ohne eine Verordnung des Arztes erwirbt.

3.2 Zulässigkeit der Speicherung und Nutzung

3.2.1 Stammdaten

Die Zulässigkeit der Speicherung und Nutzung der Stammdaten beurteilt sich ebenfalls nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG, d.h. die Speicherung ist zulässig, soweit die Daten zulässig erhoben wurden.

3.2.2 Arzneimitteldaten

Arzneimitteldaten gehören zu den in § 3 Abs. 9 BDSG genannten **Gesundheitsdaten**, deren Erhebung, Verarbeitung und Nutzung nur nach den Voraussetzungen des § 28 Abs. 6-9 BDSG oder bereichsspezifischer Vorschriften zulässig ist.

Als gesetzliche Befugnis zur Speicherung und Nutzung der Arzneimitteldaten kommt § 28 Abs. 7 Satz 2 BDSG in Betracht. Danach ist die Verarbeitung und Nutzung von Daten zum **Zweck der Gesundheitsvorsorge**, der medizinischen Diagnostik, der Gesundheitsversorgung oder Behandlung oder für die Verwaltung von Gesundheitsdiensten zulässig, soweit dies die Geheimhaltungspflichten der Daten verarbeitenden Personen zulassen.

Die Speicherung von Arzneimitteln, die auf Grund ärztlicher Verordnung bezogen wurden, ist bei gesetzlich Krankenversicherten zum Zweck der **Abrechnung** gemäß § 300 SGB V erforderlich. Zum Zweck der ordnungsgemäßen **Rezeptabwicklung** und der eindeutigen Identifikation des Kunden ist eine Speicherung der Daten nur dann zulässig, wenn die Kenntnis der Daten hierfür noch erforderlich ist. Dagegen kann eine Erforderlichkeit für die kundenbezogene Speicherung der Daten über den Erwerb nicht verordneter Medikamente grundsätzlich nicht erkannt werden. Für die Durchführung des Vertrags mit dem Kunden ist eine Speicherung dann nicht erforderlich, wenn dieser sofort vollständig abgewickelt wird, was i.d.R. der Fall ist.

Für weitere Zwecke, insbesondere für die **Beratung der Kunden**, ist eine Speicherung der Daten dagegen nicht zulässig. Sämtliche bereichsspezifischen Regelungen über die Erhebung von Patientendaten mittels Rezepten wie etwa § 2 Abs. 1 Nr. 3 der Verordnung über

verschreibungspflichtige Arzneimittel oder § 9 Abs. 1 Nr. 1 der BtM-Verschreibungsverordnung sehen zwar vor, dass auf Verordnungsblättern Name, Vorname, Geburtsdatum und Anschrift des Patienten enthalten sein sollen. Diesem Erfordernis liegt jedoch immer nur die Zweckbestimmung der Rezeptabwicklung und Identifizierung des Patienten, nicht aber dessen Beratung durch die Apotheke zu Grunde. Noch deutlicher wird dies in § 17 Abs. 6a Nr. 5 der Apothekenbetriebsordnung, der für die Aufzeichnung von Name, Vorname, Geburtsdatum und Adresse des Patienten beim Erwerb von Blutzubereitungen und Ähnlichem ausdrücklich den Verwendungszweck der Rückverfolgung der Charge vorsieht.

Auch die Voraussetzungen des § 28 Abs. 7 BDSG sind für die Zweckrichtung der Beratung des Kunden nicht erfüllt. Zur **Verbesserung der medizinischen Versorgung** der Kunden ist die Speicherung der Arzneimitteldaten zwar hilfreich, da so eine von den Apotheken auch angebotene Überprüfung von Unverträglichkeiten verschiedener bezogener Medikamente vorgenommen werden kann. Erforderlich zum Zweck der Gesundheitsvorsorge ist diese Leistung jedoch nicht. Es obliegt grundsätzlich den Sorgfalts- und Aufklärungspflichten der verordnenden Ärzte und der Apotheker, auf Unverträglichkeiten und Wechselwirkungen von Medikamenten zu achten und sich bei Verordnung oder Herausgabe einer Arznei zu vergewissern, dass andere Medikamente, die die Wirkung negativ beeinflussen, nicht eingenommen werden. Die Kundenkarte ist ein Mittel, um dieses Verfahren zu unterstützen und zu optimieren, zwingend erforderlich hierfür ist sie jedoch nicht.

Eine Speicherung der Arzneydaten ist daher nicht durch § 28 Abs. 7 BDSG legitimiert.

Auch § 28 Abs. 8 Satz 1 BDSG kommt als Rechtsgrundlage für die Nutzung der Arzneimitteldaten im Rahmen der Kundenkarte nicht in Betracht. Nach dieser Vorschrift dürfen die besonderen Arten personenbezogener Daten, also auch Gesundheitsdaten, unter den Voraussetzungen des Absatzes 6 Nr. 1-4 oder des Absatzes 7 Satz 1 auch **für einen anderen Zweck** übermittelt oder genutzt werden. Die Speicherung von Gesundheitsdaten erlaubt diese Vorschrift dagegen nicht. Im Falle des Arzneimittelbezugs auf Grund ärztlicher Verordnung ist die Speicherung der Rezeptdaten - also auch der Arzneimitteldaten - zwar zu Abrechnungszwecken zulässig, so dass hier § 28 Abs. 8 Satz 1 BDSG für die Nutzung der gespeicherten Daten zu einem anderen Zweck in Betracht käme. Der andere Zweck im Sinne des § 28 Abs. 8 BDSG muss sich jedoch ebenfalls im Rahmen der Zweckbestimmungen der Absätze 6 und 7 halten, auf die Absatz 8 verweist. Anderenfalls würde die durch detaillierte Zweckbestimmungen vorgenommene Einschränkung der Verarbeitung sensibler Daten in den Absätzen 6 und 7 vollständig aufgehoben und damit gegenstandslos¹⁴¹.

Da somit eine gesetzliche Speicherungs- und Nutzungsbefugnis zu den mit der Kundenkarte verfolgten Zwecken nicht besteht, ist die Verarbeitung und Nutzung der Arzneimitteldaten nur mit **Einwilligung** des Kunden zulässig¹⁴².

In der Praxis betreiben viele Apotheken Kundenkarten, ohne dass der Kunde eine Einwilligung in die Verarbeitung seiner Daten erteilt. Die Verarbeitung der Arzneimitteldaten des Kunden sowie der Stammdaten, die nicht im Sinne des § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG zur Abwicklung der Kartenfunktionen erforderlich sind, ist **unzulässig**.

3.3 Offenbarung der Daten an Dritte

¹⁴¹ Dazu eingehend *Simitis* in: *Simitis*, BDSG, § 28 Rn 345 f.

¹⁴² So im Ergebnis auch LfD Niedersachsen unter: www.lfd.niedersachsen.de. „Datenschutz in Apotheken“.

Eine Weitergabe der Kundendaten an Dritte ist gewöhnlich nicht vorgesehen, meist wird der Kunde darauf hingewiesen, dass eine solche nicht erfolgt. Bei Apothekenkarten ist zu beachten, dass sich die Zulässigkeit einer Weitergabe bzw. Offenbarung der Kundendaten an Dritte nicht ausschließlich nach den Vorschriften des BDSG richtet, sondern dass daneben auch die - teilweise restriktivere - **berufliche Schweigepflicht** gemäß § 203 StGB zu beachten ist. Diese strafrechtliche Norm verbietet jegliche unbefugte Offenbarung von Kundendaten durch Apotheker an Dritte. Anders als im BDSG erfolgt eine Offenbarung auch dann, wenn ein **Auftragnehmer** mit der Verarbeitung von Daten betraut wird und in diesem Zusammenhang Kenntnis von den Daten erlangt. Hier liegt zwar keine Übermittlung im Sinne des BDSG, wohl aber eine Offenbarung im Sinne des § 203 StGB vor, die einer Befugnis - i.d.R. einer Einwilligung des Kunden - bedarf.

3.4 Einwilligung

Neben den allgemeinen Anforderungen des § 4a Abs. 1 BDSG ist bei der Einwilligung in die Datenverwendung im Rahmen der Apotheken-Kundenkarten zusätzlich § 4a Abs. 3 BDSG zu beachten. Soweit **besondere Arten personenbezogener Daten** im Sinne des § 3 Abs. 9 BDSG erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, verlangt diese Vorschrift, dass sich die Einwilligung ausdrücklich auf diese Daten beziehen muss.

Die in der Praxis verwandten Einwilligungserklärungen weisen **häufig zahlreiche Mängel** auf. Dies beginnt häufig bereits damit, dass die im Rahmen der Kundenkarte verarbeiteten Daten, insbesondere die Arzneimitteldaten, nicht genannt werden. Auch die Zwecke der Verarbeitung werden selten beschrieben. So wird insbesondere nicht deutlich, ob die Daten auch für Zwecke der Werbung oder Marktforschung genutzt werden. Formulierungen in den Antragsformularen wie „Verbesserung Ihrer Beratung“ deuten auf eine Nutzung zu Werbezwecken hin. Des weiteren fehlt oftmals eine Belehrung über das Widerrufsrecht des Kunden.

In manchen Fällen finden sich in den Einwilligungserklärungen auch gänzlich **unverständliche Hinweise** darauf, dass die Verarbeitung der Daten entsprechend § 3 BDSG vorgenommen wird, z.B. mit folgender Formulierung:

„Ich bin damit einverstanden, dass meine persönlichen Daten entsprechend § 3 des Bundesdatenschutzgesetzes gespeichert werden.“

Ein solcher Hinweis ist in gleich zweifacher Hinsicht irreführend. Zum einen enthält § 3 BDSG keine Befugnis zur Verarbeitung von Daten, sondern in seinem Absatz 9 lediglich eine Beschreibung derjenigen Daten, die als besonders sensibel gelten und somit besonderen o.g. Bestimmungen der Verarbeitung unterliegen. Zum anderen ruft der Hinweis auf eine Verarbeitung der Daten entsprechend gesetzlicher Vorschriften die Fehlvorstellung hervor, die Verarbeitung würde sich im zulässigen Rahmen dieser Vorschriften halten, was jedoch unzutreffend ist, da die Einwilligung gerade eine Datenverarbeitung über den gesetzlichen Rahmen hinaus legitimiert (siehe dazu oben, Pkt. 1.2.3.3 „keine irreführenden Formulierungen“).

Unklar ist schließlich, ob das Einverständnis des Kunden zur Speicherung und Nutzung seiner Arzneimitteldaten eine Bedingung für die Teilnahme an dem Kundenkartensystem der Apotheke darstellt. Der Bezug der Kundenkarte unter Beschränkung auf die Inanspruchnahme

des Rabatts für die nicht preisgebundenen Waren wäre nämlich möglich, ohne dass hierfür Arzneimitteldaten gespeichert werden müssen. Eine solche Möglichkeit wird dem Kunden in keinem der untersuchten Programme eingeräumt, so dass nach dem Grundsatz der kundenunfreundlichsten Auslegung davon auszugehen ist, dass die Erklärung der Einwilligung zwingende Voraussetzung für den Erhalt der Kundenkarte ist. Hier wird eine **Kopplung** vorgenommen, die zumindest für die Rabattkomponente der Kundenkarte nicht erforderlich und damit nicht zulässig ist.

Unterstützung findet diese Annahme in der üblicherweise gewählten Gestaltungsform solcher Erklärungen. I.d.R. fehlt jeglicher Hinweis auf die Freiwilligkeit dieser Erklärung, es wird dem Kunden gewöhnlich nicht einmal anheim gestellt, die Einwilligungserklärung vollständig oder in Teilen zu streichen.

4. Klassifizierende Zusammenfassung der in der Praxis auftretenden datenschutzrechtlichen Verstöße

Im Folgenden werden die in diesem Kapitel beschriebenen datenschutzrechtlichen Verstöße, die in der Praxis zu beobachten sind, nach bestimmten Kriterien klassifiziert und bewertet. Kriterien der Klassifizierung sind:

Kategorie 1: Klare Gesetzesverstöße

Kategorie 2: Gesetzesverstöße bei verbraucherfreundlicher Auslegung des Gesetzes

Kategorie 3: Für den Verbraucher nachteilhafte Regelungen

Wie die folgende Darstellung zeigen wird, gehört der überwiegende Teil der Datenschutzverstöße der Kategorie 2 an. Grund für dieses Ergebnis sind die für die Bewertung der Datenverarbeitung bei Kundenbindungssystemen einschlägigen Regelungen des BDSG. Beim BDSG handelt es sich um ein allgemeines Gesetz, welches viele Generalklauseln enthält, die den Anwendern weite **Entscheidungsspielräume** eröffnen. Die oft fehlenden eindeutigen gesetzlichen Vorgaben und die zahlreichen Tatbestände mit Wertungsmöglichkeit führen zu mehreren möglichen und tatsächlich praktizierten Auslegungs- und Anwendungsvarianten, so dass es häufig an einer einheitlich praktizierten Lösung fehlt. Hinzu kommt, dass das Datenschutzrecht - anders als andere Rechtsgebiete wie etwa das AGB-Recht - vergleichsweise wenig durch Richterrecht, insbesondere durch höchstrichterliche Rechtsprechung, präzisiert ist. Im Folgenden werden diejenigen Verstöße, bei denen auf der wertungsfreien Tatbestandsebene die Voraussetzungen der Norm erfüllt sind, der Kategorie 1 zugeordnet. Wertungsmöglichkeiten ergeben sich hier bei der Subsumtion des Sachverhalts unter die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm. Rechtsverstöße, deren Annahme auf einer wertenden Auslegung von Rechtsvorschriften beruht, werden der Kategorie 2 zugeordnet.

Um die Handhabbarkeit des BDSG als allgemeines Gesetz zu gewährleisten, ist die generalklauselartige Fassung in weiten Teilen notwendig und sinnvoll. In einigen Bereichen, insbesondere hinsichtlich der Anforderungen an eine wirksame Einwilligung, ist jedoch eine weitere **Präzisierung der gesetzlichen Regelung** möglich und aus Gründen der Rechtssicherheit auch erforderlich. Wie eine solche Lösung im Einzelnen gestaltet werden kann, wird in Teil 4 dargestellt.

4.1 Verstöße der Kategorie 1

Bei den folgenden Mängeln handelt es sich um Verstöße gegen eindeutige datenschutzrechtliche Regelungen. Unterschiedliche Ergebnisse bei der Subsumtion des Sachverhalts unter die jeweilige Norm sind jedoch nicht ausgeschlossen.

Im Hinblick auf die Verarbeitung der Kundendaten zum Zweck der Programmabwicklung stellt die Erhebung, Speicherung und Übermittlung des vollständigen Geburtsdatums, einer dritten oder weiteren Kontaktmöglichkeit sowie der Waren- oder Dienstleistungen ohne Einwilligung des Betroffenen einen Verstoß gegen § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG dar.

Werden Kundendaten durch den Systembetreiber zu Werbe- und Marktforschungszwecken ohne Einwilligung des Kunden verarbeitet, so liegt hierin ein Verstoß gegen § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG. Bezüglich des Partnerunternehmens ist ein Verstoß gegen § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG anzunehmen, wenn dieser weitere Daten als Name, Anschrift und Geburtsjahr ohne Einwilligung des Kunden verarbeitet.

Mängel der Einwilligungserklärung, die nach den Kriterien der Kategorie 1 zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen, sind folgende:

- Fehlende Schriftform
- Fehlende Information über die verantwortliche Stelle, die verarbeiteten Datenkategorien, die Phasen und Zwecke der Datenverarbeitung sowie die Freiwilligkeit der Einwilligung
- Fehlende Hervorhebung der Einwilligungserklärung bei Abgabe mit anderen Erklärungen
- Unbestimmte Formulierung der Einwilligungserklärung
- Irreführende Formulierungen (vgl. die Entscheidung des LG München I, DuD 2001, 292 (293)).

4.2 Verstöße der Kategorie 2

Verstöße der Kategorie 2 liegen im Bereich der Einwilligung des Kunden vor. Hierzu zählen¹⁴³:

- Fehlende gesonderte Erklärung im Sinne eines echten „Opt-In“
- Verstoß gegen das Kopplungsverbot
- Fehlender Hinweis auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung
- Fehlender Hinweis auf die Widerrufbarkeit der Einwilligung.

4.3 Verstöße der Kategorie 3

Hierzu zählen die fehlende Information des Kunden über seine Betroffenenrechte nach §§ 33 ff. BDSG sowie über die Löschung seiner personenbezogenen Daten.

¹⁴³ Die im Folgenden aufgeführten Anforderungen leiten sich nach der hier vertretenen Ansicht aus einer entsprechenden Auslegung des BDSG ab. Dagegen wird von Einigen die Ansicht vertreten, diese Anforderungen fänden im BDSG keine Stütze bzw. der Wortlaut des § 4a BDSG stehe einer solchen Auslegung sogar entgegen (so vertreten für die „Opt-In-Lösung“ und die Aufklärung über die Folgen des Widerrufs). Folgt man dieser Ansicht, ist hierfür die Kategorie 3 anzuwenden. Es handelt sich dann nicht mehr um Gebote, die auf einer verbraucherfreundlichen Anwendung des Gesetzes beruhen, sondern um verbraucherfeindliche Regelungen, die entsprechende Gebote nicht enthalten.

5. Übersicht

über die Ausgestaltung einer Auswahl der wichtigsten derzeitigen Kundenbindungssysteme auf dem deutschen Markt*

Nr.	Bezeichnung des Programms	Verantwortliche Stelle / Systembetreiber	Benennung der verantwortlichen Stelle im Antragsformular	Teilnahmebedingungen / Hinweise zum Datenschutz bekannt	Pflichtdaten	Erhebung von weiteren Daten	Hinweis auf Pflicht- bzw. freiwillige Angaben	Programmdaten
1.	Payback	Loyalty Partner GmbH	Bezeichnungen „Payback“ und Loyalty Partner GmbH	•	Name Anschrift Geburtsdatum Tel.-Nr.	•	•	Waren / Dienstleist. Preis Rabattbetr. Ort / Datum d. Vorgangs
2.	Payback Online-Anmeldung	s.o.	s.o.	•	Name Anschrift Geb.-D. E-Mail	•	•	s.o.
3.	Happy Digits	Customer Advantage Program GmbH (CAP)	•	Nein ¹	Name Anschrift Geburtsdatum	•	•	- Teiln.-Nr. - Anz Digits - Waren / Dienstleist. - Datum Einkauf - Kennung PU
4.	Happy Digits Online-Anmeldung	CAP	•	•	s.o.	•	•	s.o.

* Die Übersicht beruht in Teilen auf den Angaben der Unternehmen, denen an dieser Stelle erneut für ihre Mitwirkung zu danken ist.

¹ Die Allgemeinen Teilnahmebedingungen und die Datenschutzerklärung werden erst mit Versendung der

Kundenkarte zugeschickt.

Vorgänge der Datenverarbeitung, insbesondere Datenübermittlungen									
Nr.	Partner- unterneh- men (PU) an Systembe- treiber (SB)	SB an PU bzgl. eigener Kunden	SB an weitere PU	an Dritte	Daten- verarbeit- ung durch externe Dienst- leister	Verarbeit- ung zu weiteren Zwecken (Werbun- g)	Mit Einwillig- ung der Kunden	Wann werden Daten gelöscht?	Aus- kunft über gespei- cherte Daten
1.	•	•	Nein	Nein	•	•	•	handels- rechtl. Fristen	•
2.	•	•	Nein	Nein	•	•	•	s.o.	•
3.	•	unklar	unklar	Nein	keine Angabe	•	•	handels- rechtl. Fristen	•
4.	•	s.o.	s.o.	Nein	keine Angabe	•	•	s.o.	•

Inhalt der Einwilligungserklärung									
Nr.	Bezeichnung des Programms	Einwilligung in AGB	Freiwill. Einwilligung. Hinweis auf Verweigerungsfolgen	Opt-In	Aufklärung über verantwortl. Stelle	Aufklärung über zu verarb. Daten	Aufklärung über teilnehmende PU	Aufklärung über Datenübermittlungen und Empfäng.	Aufklärung über Zwecke der Datenverarbeitung
1.	Payback	•	• • ²	Nein	• ³	Nein ²	•	• ²	•
2.	Payback Online		• • ²	Nein ⁴	• ³	Nein ²	• ⁶	• ²	•
3.	Happy Digits	•	• •	Nein	•	•	• ⁵	unverständlich	•
4.	Happy Digits Online		• •	•	•	•	• ⁶	s.o.	•

² Die Aufklärung hierüber erfolgt in den Hinweisen zum Datenschutz, nicht in der Einwilligungserklärung selbst.

³ Wegen der Angabe mehrerer Stellen im Antragsformular und in den Teilnahmebedingungen, nämlich „Payback Rabattverein e.V.“, „Payback“ sowie „Loyalty Partner GmbH“, bleibt unklar, welche dieser Stellen verantwortlich für die Datenverarbeitung im Sinne des BDSG ist.

⁴ Die entsprechenden Felder sind im elektronischen Antragsformular als Voreinstellung bereits angekreuzt.

⁵ Die teilnehmenden Partnerunternehmen sind aus dem Werbeteil der Antragsbroschüre ersichtlich.

⁶ Den Webseiten der Betreiber können auch die Partnerunternehmen entnommen werden, der Anmeldeteil gibt

darüber jedoch keine Auskunft.

Inhalt der Einwilligungserklärung						
Nr.	Hinweis auf Widerrufbarkeit Angabe Ansprechpartner	Hinweis auf Folgen des Widerrufs für die Teilnahme	Darstellung der Folgen des Widerrufs für die Datenverarbeitung	Hinweis auf Auskunftsrecht Angabe Ansprechpartner	Hinweis auf Löschung der Daten	Drucktechnische Hervorhebung der Erklärung
1.	•	• ⁷	teilweise ⁷	• ⁷	Nein	•
2.	•	• ⁷	teilweise ⁷	• ⁷	Nein	
3.	•	Nein	Nein	Nein ⁸	Nein ⁸	Nein
4.	•	Nein	Nein	•	•	

⁷ Die Aufklärung hierüber erfolgt nur in den Hinweisen zum Datenschutz, nicht in der Einwilligungserklärung selbst.

⁸ Dieser Hinweis erfolgt nur in der Datenschutzerklärung, die erst nach Bearbeitung des Antrags zugesandt wird.

Nr.	Bezeichnung des Programms	Verantwortliche Stelle / Systembetreiber	Benennung der verantwortlichen Stelle im Antragsformular	Teilnahmebedingungen / Hinweise zum Datenschutz bekannt	Pflichtdaten	Erhebung von weiteren Daten	Hinweis auf Pflicht- bzw. freiwillige Angaben	Programmdaten
5.	Lufthansa Miles & More	Deutsche Lufthansa AG	●	●	Name Anschrift Tel.-Nr. Fax Geb.-Datum	●		- Flug-Nr. - Reisedatum - Beförderungsklasse - Abflug- / Zielflughafen - bzw. Aktivität Höhe d. Reise- gutschrift
6.	Miles & More Online-Anmeldung	s.o.	●	●	Name Anschrift E-Mail-Adresse	●	●	s.o.
7.	Webmiles	Webmiles GmbH	Nein ⁹	●	Name Anschrift Geb.-D. E-Mail	● Werben- der Teilneh- mer	●	Username Anzahl Webmiles getätigter Umsatz Datum Kennzeich- nung PU

⁹ Ein entsprechender Hinweis erfolgt nur in den Teilnahmebedingungen.

Vorgänge der Datenverarbeitung, insbesondere Datenübermittlungen									
Nr.	Partner- unterneh- men (PU) an Systembe- treiber (SB)	SB an PU bzgl. eigener Kunden	SB an weitere PU	an Dritte	Daten- verarbeit- ung durch externe Dienst- leister	Verarbeit- ung zu weiteren Zwecken (Werbun- g)	Mit Einwillig- ung der Kunden	Wann werden Daten gelöscht?	Aus- kunft über gespei- cherte Daten
5.	•	• an Partner- airlines	•	Nein	keine Angabe	•	•	handels- rechtl. Fristen	•
6.	•	s.o.	s.o.	Nein	keine Angabe	•	•	s.o.	•
7.	•	•	Nein	Nein ¹⁰	•	•	•	3 Monate nach Ende der Teil- nahme	•

¹⁰ Ziffer 12.1 Abs. 4 und 12.2 Abs. 3 der Teilnahmebedingungen legt zwar einen anderen Schluss nahe, nach Angaben des Betreibers werden Daten jedoch nur im Rahmen von Auftragsdatenverarbeitung an andere Stellen weitergegeben.

Inhalt der Einwilligungserklärung									
Nr.	Bezeichnung des Programms	Einwilligung in AGB	Freiwill. Einwill. Hinweis auf Verweigerungs-folgen	Opt-In	Aufklärung über verantwortl. Stelle	Aufklärung über zu verarb. Daten	Aufklärung über teilnehmende PU	Aufklärung über Datenübermittlungen und Empfäng.	Aufklärung über Zwecke der Datenverarbeitung
5.	Miles & More	•	• Nein	Nein	•	•	•	ungenau	•
6.	Miles & More Online-Anmeldung		• Nein	•	•	•	teilweise ¹¹	ungenau	•
7.	Webmiles	durch Akzeptanz der DS-Erklärung	• •	Nein	•	• ¹²	• ¹³	• ¹²	• ¹³

¹¹ Diejenigen Partnerunternehmen, die Fluggesellschaften sind, werden in der Einwilligungserklärung aufgeführt. Andere Partnerunternehmen sind aus dem Anmeldeteil der Webseiten nicht ersichtlich.

¹² Die Aufklärung hierüber erfolgt in den Teilnahmebedingungen, in deren Bestätigung eine Einwilligung des Kunden gesehen wird.

¹³ Der Anmeldeteil der Webseiten gibt keinen Aufschluss über die angeschlossenen Partnerunternehmen.

Inhalt der Einwilligungserklärung						
Nr.	Hinweis auf Widerrufbarkeit Angabe Ansprechpartner	Hinweis auf Folgen des Widerrufs für die Teilnahme	Darstellung der Folgen des Widerrufs für die Datenverarbeitung	Hinweis auf Auskunftsrecht Angabe Ansprechpartner	Hinweis auf Löschung der Daten	Drucktechnische Hervorhebung der Erklärung
5.	•	Nein	Nein	• Nein	Nein	Nur bzgl. SMS- u. E-Mail-Newsletter
6.	•	Nein	Nein	•	Nein	
7.	•	•	Nein ¹⁴	Nein	•	

¹⁴ Dies kann aber mittelbar aus den Folgen einer Verweigerung der Einwilligung geschlossen werden.

Nr.	Bezeichnung des Programms	Verantwortliche Stelle / Systembetreiber	Benennung der verantwortlichen Stelle im Antragsformular	Teilnahmebedingungen / Hinweise zum Datenschutz bekannt	Pflichtdaten	Erhebung von weiteren Daten	Hinweis auf Pflicht- bzw. freiwillige Angaben	Programmdaten
8.	Vodafone Stars	Vodafone D2 GmbH	•	•		Nein		Verbindungsdaten
9.	Sparda-Bank Hamburg Bonusprogramm	Sparda Bank Hamburg eG	kein Antrag - automatische Teilnahme					zusätzlich zu Daten über das Geschäft: - Sparda-Kunden-Nr. - Sparda Vermittler-Nr.
10.	S-Points	S Points Servicegesellschaft für Kundenbindung mbH	Nein ¹⁵	• Nein bei der Online-Anmeldung	Sparkasse Name Anschrift Geb.-D. Konto-Nr.	•	•	Anzahl Bonuspunkte Art u. Anzahl der genutzten Finanzdienstleistungen. sonst. Transaktionen

¹⁵ Ein ausdrücklicher Hinweis erfolgt in den Teilnahmebedingungen, nicht aber im Antragsformular.

Vorgänge der Datenverarbeitung, insbesondere Datenübermittlungen									
Nr.	Partner- unterneh- men (PU) an Systembe- treiber (SB)	SB an PU bzgl. eigener Kunden	SB an weitere PU	an Dritte	Daten- verarbeit- ung durch externe Dienst- leister	Verarbeit- ung zu weiteren Zwecken (Werbun- g)	Mit Einwillig- ung der Kunden	Wann werden Daten gelöscht?	Aus- kunft über gespei- cherte Daten
8.	•	Nein	Nein	Nein	keine Angabe	•	•	Verbin- dungsda- ten nach gesetzl. Fristen	keine Angabe
9.	•	Nein	Nein	Nein	keine Angabe	Nein	Nein	zukünft. nach handels- rechtl. Fristen	keine Angabe
10.	•	•	•	Nur mit ausdrückl. Zustim- mung des Kunden	in AGB vorgesehe- n	•	•	keine Angabe	•

Inhalt der Einwilligungserklärung									
Nr.	Bezeichnung des Programms	Einwilligung in AGB	Freiwill. Einwill. Hinweis auf Verweigerungs-folgen	Opt-In	Aufklärung über verantwortl. Stelle	Aufklärung über zu verarb. Daten	Aufklärung über teilnehmende PU	Aufklärung über Datenübermittlungen und Empfäng.	Aufklärung über Zwecke der Datenverarbeitung
8.	Vodafone Stars	•	Nein	Nein	•	Nein	Nein		•
9.	Sparda-Bank				•	Nein	Nein ¹⁶	Nein	Nein
10.	S-Points	•	Nein • (ohne Einwilligung ist Teilnahme nicht möglich)	Nein	Nein ¹⁷	unzureichend	• Hinweis auf Webseiten, Sparkassen u. Hotline	•	• aber teilw. irreführend

¹⁶ Auf den Webseiten ist eine Liste der Partnerunternehmen abrufbar. Die AGB weisen hierauf jedoch nicht hin.

¹⁷ Ein ausdrücklicher Hinweis auf die verantwortliche Stelle findet sich nur in den Teilnahmebedingungen.

Inhalt der Einwilligungserklärung						
Nr.	Hinweis auf Widerrufbarkeit Angabe Ansprechpartner	Hinweis auf Folgen des Widerrufs für die Teilnahme	Darstellung der Folgen des Widerrufs für die Datenverarbeitung	Hinweis auf Auskunftsrecht Angabe Ansprechpartner	Hinweis auf Löschung der Daten	Drucktechnische Hervorhebung der Erklärung
8.	Nein	•	•	Nein	Nein	•
9.						
10.	•	• ¹⁸	Nein	•	Nein	Nein

¹⁸ Der Widerruf der Einwilligung führt automatisch zur Beendigung der Teilnahme am Bonusprogramm.

Nr.	Bezeichnung des Programms	Verantwortliche Stelle / Systembetreiber	Benennung der verantwortlichen Stelle im Antragsformular	Teilnahmebedingungen / Hinweise zum Datenschutz bekannt	Pflichtdaten	Erhebung von weiteren Daten	Hinweis auf Pflicht- bzw. freiwillige Angaben	Programmdaten
11.	Eutin City Card	danova GmbH	•	•	Name Anschrift	•	•	„den Bonuspunkten zu Grunde liegende Geschäfte“
12.	Pforzheim Card	danova GmbH	•	•	Name Anschrift	•	•	wie oben
13.	Dürens große Kundenkarte	Stadtwerke Düren evivoCard Rabattverein e.V.	•	•	Name Anschrift Geb.-Datum	•	•	Preis Rabattbetr. Ort und Datum des Kaufs
14.	evivo Card (Dortmund)	DEW (Dortmunder Energie und Wasser) evivoCard-Rabattverein e.V.	nur DEW	•	Name Anschrift	•	•	keine Angabe

Vorgänge der Datenverarbeitung, insbesondere Datenübermittlungen									
Nr.	Partner- unterneh- men (PU) an Systembe- treiber (SB)	SB an PU bzgl. eigener Kunden	SB an weitere PU	an Dritte	Daten- verarbeit- ung durch externe Dienst- leister	Verarbeit- ung zu weiteren Zwecken (Werbun- g)	Mit Einwillig- ung der Kunden	Wann werden Daten gelöscht?	Aus- kunft über gespei- cherte Daten
11.	•	keine Angabe	keine Angabe	keine Angabe	keine Angabe	•	•	keine Angabe	•
12.	•	keine Angabe	keine Angabe	keine Angabe	keine Angabe	•	•	keine Angabe	•
13.	•	Nein ¹⁹	Nein	Nein	•	•	•	keine Angabe	keine Angabe
14.	keine Angabe	keine Angabe	keine Angabe	keine Angabe	•	•	•	keine Angabe	keine Angabe

¹⁹ Die Programmdateien werden zu Abrechnungszwecken in anonymisierter Form an die Partnerunternehmen übermittelt. Stammdaten des Kunden werden nicht an Partnerunternehmen übermittelt.

Inhalt der Einwilligungserklärung									
Nr.	Bezeichnung des Programms	Einwilligung in AGB	Freiwill. Einwill. Hinweis auf Verweigerungs-folgen	Opt-In	Aufklärung über verantwortl. Stelle	Aufklärung über zu verarb. Daten	Aufklärung über teilnehmende PU	Aufklärung über Datenübermittlungen und Empfäng.	Aufklärung über Zwecke der Datenverarbeitung
11.	Eutin City Card	•	• Nein	Nein	•	unzureichend ²⁰	•	unzureichend	•
12.	Pforzheim Card	•	• Nein	Nein	•	unzureichend ²⁰	•	unzureichend	•
13.	Dürens große Kundenkarte	•	• • ²¹	Nein	unklar	unzureichend ²²	•	•	unzureichend
14.	evivo Card (Dortmund)	•	• Nein	•	unzureichend	unzureichend ²³	• ²⁴	unzureichend	unzureichend

²⁰ Es fehlt in der Einwilligungserklärung und in den AGB eine Beschreibung der Programmdaten.

²¹ Ein ausdrücklicher Hinweis hierauf findet sich nur in den Teilnahmebedingungen bzw. Hinweisen zum Datenschutz, nicht aber in der Einwilligungserklärung.

²² Vollständig ergeben sich die Informationen über die zu verarbeitenden Daten erst aus den Hinweisen zum Datenschutz.

²³ Es fehlt in der Einwilligungserklärung und in den Teilnahmebedingungen eine Beschreibung der Programmdaten.

²⁴ In den Teilnahmebedingungen wird darauf hingewiesen, wo eine Übersicht über die teilnehmenden Partnerunternehmen erhältlich ist.

Inhalt der Einwilligungserklärung						
Nr.	Hinweis auf Widerrufbarkeit Angabe Ansprechpartner	Hinweis auf Folgen des Widerrufs für die Teilnahme	Darstellung der Folgen des Widerrufs für die Datenverarbeitung	Hinweis auf Auskunftsrecht Angabe Ansprechpartner	Hinweis auf Löschung der Daten	Drucktechnische Hervorhebung der Erklärung
11.	•	•	Nein	• ²⁵	Nein	Nein
12.	•	•	Nein	• ²⁵	Nein	•
13.	•	• ²⁵	• ²⁵	Nein	Nein	•
14.	•	Nein	Nein	Nein	Nein	Nein

²⁵ Hinweis in den Teilnahmebedingungen bzw. den Hinweisen zum Datenschutz.

Nr.	Bezeichnung des Programms	Verantwortliche Stelle / Systembetreiber	Benennung der verantwortlichen Stelle im Antragsformular	Teilnahmebedingungen / Hinweise zum Datenschutz bekannt	Pflichtdaten	Erhebung von weiteren Daten	Hinweis auf Pflicht- bzw. freiwillige Angaben	Programmdaten
14.	SÜCard (Coburg)	SÜC Energie und H ₂ O GmbH	•	•	Name Anschrift	•	•	keine Angabe
15.	GIESSEN-CARD	Giessencard Betriebsgesellschaft mbH	•	•	Name Anschrift Geb. Datum Telefon-Nr. E-Mail-Adresse Familienst.		Nein	keine Angabe
16.	Shell CLUBSMAR T	Shell & DEA Oil GmbH	•	•	Name Anschrift Geb. Datum Telefon-Nr.	•	•	Art und Umfang der bezogenen Waren / Dienstleist.

Vorgänge der Datenverarbeitung, insbesondere Datenübermittlungen									
Nr.	Partner- unterneh- men (PU) an Systembe- treiber (SB)	SB an PU bzgl. eigener Kunden	SB an weitere PU	an Dritte	Daten- verarbeit- ung durch externe Dienst- leister	Verarbeit- ung zu weiteren Zwecken (Werbun- g)	Mit Einwillig- ung der Kunden	Wann werden Daten gelöscht?	Aus- kunft über gespei- cherte Daten
14.	•	keine Angabe	keine Angabe	keine Angabe	keine Angabe	•	•	keine Angabe	keine Angabe
15.	keine Angabe	keine Angabe	keine Angabe	keine Angabe	keine Angabe	•	•	keine Angabe	keine Angabe
16.				•	•	•	•	keine Angabe	•

Inhalt der Einwilligungserklärung									
Nr.	Bezeichnung des Programms	Einwilligung in AGB	Freiwill. Einwill. Hinweis auf Verweigerungs-folgen	Opt-In	Aufklärung über verantwortl. Stelle	Aufklärung über zu verarb. Daten	Aufklärung über teilnehmende PU	Aufklärung über Datenübermittlungen und Empfäng.	Aufklärung über Zwecke der Datenverarbeitung
14.	SÜCard (Coburg)	•	• Nein	•	•	unzureichend	• ²⁴	•	•
15.	GIESSEN CARD	•	• Nein	•	•	unzureichend ²⁵	• ²⁴	•	•
16.	Shell CLUB-SMART	•	• Nein ²⁶	Nein	•	unzureichend ²⁵		•	•

²⁴ In den Teilnahmebedingungen wird darauf hingewiesen, wo eine Übersicht über die teilnehmenden Partnerunternehmen erhältlich ist.

²⁵ Es fehlt in der Einwilligungserklärung und in den Teilnahmebedingungen eine genaue Beschreibung der Programmdateien.

²⁶ Eine vollständige Information hierüber ergibt sich erst durch die Teilnahmebedingungen bzw. Hinweise zum Datenschutz.

Inhalt der Einwilligungserklärung						
Nr.	Hinweis auf Widerrufbarkeit Angabe Ansprechpartner	Hinweis auf Folgen des Widerrufs für die Teilnahme	Darstellung der Folgen des Widerrufs für die Datenverarbeitung	Hinweis auf Auskunftsrecht Angabe Ansprechpartner	Hinweis auf Löschung der Daten	Drucktechnische Hervorhebung der Erklärung
14.	•	Nein	Nein	Nein	Nein	
15.	• Nein	•	Nein	Nein	Nein	
16.	•	•	•	•	Nein	•

Teil 4: Handlungsmöglichkeiten für Verbraucher, Verbraucherverbände, Datenschutzbehörden

Nachdem die rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten untersucht wurden, sollen zum Abschluss unterschiedliche Handlungsmöglichkeiten zur Durchsetzung eines optimierten Datenschutzstandards im Angebot der Kundenkarten aufgezeigt werden.

1. Rechtliche Möglichkeiten

Gegen Bonussysteme, die datenschutzrechtliche Mängel aufweisen, kann zunächst auf rechtlichem Wege, entweder gerichtlich oder behördlich, vorgegangen werden. Betroffene Kunden können sich zur **Durchsetzung ihrer Datenschutzrechte** an Verbraucherschutzverbände wenden, die u.a. auf gerichtlichem Wege gegen Benachteiligungen der Verbraucher - auch datenschutzrechtlicher Art - vorgehen können. Daneben ist die Anrufung der zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörde gemäß § 38 Abs. 1 BDSG möglich, die mit dem ihr zur Verfügung stehenden Instrumentarium gegen Datenschutzverstöße vorgehen kann.

1.1 Möglichkeiten der Verbraucherverbände

Verbraucherverbände können nicht nur einzelne Verbraucher in gerichtlichen Rechtsschutzverfahren unterstützen, sondern haben nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) auch eine **eigene Klagebefugnis**. Gemäß § 1 UKlaG kann derjenige, der in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen verwendet, die nach §§ 307 bis 309 BGB unwirksam sind, auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch steht nach §§ 3, 4 UKlaG u.a. den mit öffentlichen Mitteln geförderten Verbraucherverbänden und anderen Verbraucherverbänden zu¹⁴⁴.

Materiell ist die Generalklausel des § 307 BGB die Grundlage für die Überprüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter Gesichtspunkten des Datenschutzrechts.¹⁴⁵

1.2 Möglichkeiten der Datenschutzaufsichtsbehörden

Die Kontrolle der Anbieter von Kundenbindungssystemen im Hinblick auf die Einhaltung von datenschutzrechtlichen Vorschriften obliegt gemäß § 38 Abs. 1 BDSG der Datenschutzaufsichtsbehörde. **Zuständige Behörden** sind hier jeweils die Landesbehörden desjenigen Bundeslandes bzw. Bezirks eines Bundeslandes, in dem das Unternehmen oder die Betriebsstätte betrieben wird¹⁴⁶. Die Aufsichtsbehörden der Länder sind zuständig für die im jeweiligen Bundesland ansässigen Unternehmen. Verfügt ein Unternehmen über eine Zentrale und eine oder mehrere – selbständige oder unselbständige – Zweigniederlassungen oder Zweigstellen in unterschiedlichen Bundesländern, sind die Aufsichtsbehörden der jeweils betroffenen Bundesländer selbstständig für die in ihrem Gebiet erfolgende Datenverarbeitung zuständig. Zweigniederlassungen und Zweigstellen sind also selbständig kontrollfähig. Es

¹⁴⁴ Zum Anspruch nach dem UKlaG ausführlich *Heidemann-Peuser*, DuD 2002, 389.

¹⁴⁵ Dazu ebenfalls ausführlich *Heidemann-Peuser*, DuD 2002, 389 ff. mit zahlreichen Praxisbeispielen.

¹⁴⁶ *Walz* in: *Simitis*, BDSG, § 38 Rn 8.

besteht keine Exklusivzuständigkeit der für den Sitz der Unternehmensleitung zuständigen Aufsichtsbehörde¹⁴⁷.

Welche Behörde mit der Aufgabe der Datenschutzaufsicht betraut wird, obliegt gemäß § 38 Abs. 6 BDSG der Entscheidung der Länder. Die Aufsicht über den **Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich** ist in den Bundesländern unterschiedlich geregelt. In einigen Bundesländern ist diese Aufgabe den Landesbeauftragten für Datenschutz zugewiesen, in anderen Bundesländern sind hierfür die Bezirksregierungen oder die Innenministerien zuständig¹⁴⁸.

Gemäß § 38 Abs. 1 Satz 7 i.V.m. § 21 BDSG kann sich jeder Betroffene an die zuständige Aufsichtsbehörde wenden, wenn er der Ansicht ist, bei der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung einer personenbezogenen Daten in seinen Rechten verletzt worden zu sein. Er hat einen Anspruch darauf, dass seine **Eingabe** erledigt, d.h. entgegengenommen, sachlich geprüft und beschieden wird¹⁴⁹.

Neben der Bearbeitung von Eingaben Betroffener wird die Aufsichtsbehörde aber auch **anlassfrei von Amts wegen** als Kontrollbehörde tätig¹⁵⁰. Sie hat daher die Möglichkeit und den gesetzgeberischen Auftrag, von sich aus die Einhaltung des Datenschutzrechts bei nicht-öffentlichen Stellen zu kontrollieren. Angesichts der meist unzureichenden Ausstattung und Kapazitäten der Aufsichtsbehörden sind diese jedoch leider oft nicht in der Lage, diesem Auftrag umfassend nachzukommen bzw. die ihnen vom Gesetzgeber eingeräumten Möglichkeiten auszuschöpfen.

Das **Eingriffs-Instrumentarium**, das das BDSG den Aufsichtsbehörden zur Verfügung stellt, ist gegenüber der weitgehenden Kontrollkompetenz eher unscheinbar. Die Aufsichtsbehörde hat die Möglichkeit, datenschutzwidriges Verhalten förmlich gegenüber der Daten verarbeitenden Stelle zu beanstanden. Ordnungswidrigkeiten kann sie mit einem Bußgeld nach § 43 BDSG ahnden; für strafrechtlich relevante Verstöße hat die Aufsichtsbehörde ein Strafantragsrecht (§ 44 BDSG). In der Praxis zeigen jedoch die ordnungsrechtlichen Mittel nur mäßigen Erfolg¹⁵¹.

1.3 Betriebliche Datenschutzbeauftragte

Ansprechpartner für die betroffenen Kunden ist neben diesen Organisationen auch der **betriebliche Datenschutzbeauftragte der Kundenkartenanbieter**, den diese gemäß § 4f BDSG bestellen müssen. Dieser wird bei vielen Anbietern in den entsprechenden Datenschutzhinweisen als Ansprechpartner für den Kunden ausdrücklich benannt. Für einzelne datenschutzrechtliche Fragen bei der Abwicklung des Bonussystems sollte dieser als erste Anlaufstelle in Anspruch genommen werden, da er wegen seiner direkten Anbindung an

¹⁴⁷ Dazu Walz in: Simitis, BDSG; Hillenbrand-Beck in: Roßnagel, Kap. 5.4 Rn 105.

¹⁴⁸ Eine Übersicht über alle Datenschutzaufsichtsbehörden der Bundesrepublik findet sich unter www.datenschutz-berlin.de/sonstige/behoerde/aufsicht.htm.

¹⁴⁹ Dammann in: Simitis, BDSG, § 21 Rn 18.

¹⁵⁰ Mit der Novellierung des BDSG im Jahr 2001 ist das vormals geltende Erfordernis einer Anlasskontrolle entfallen. Nach alter Rechtslage konnte die Aufsichtsbehörde nur im Einzelfall kontrollierend tätig werden, wenn ihr hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass datenschutzrechtliche Vorschriften durch nicht-öffentliche Stellen verletzt werden, insbesondere wenn es der Betroffene selbst begründet darlegt hat.

¹⁵¹ Dazu Weichert, DuD 2001, 264 (265).

das Unternehmen zum einen über Kenntnisse des Bonussystems und zum anderen über Einflussmöglichkeiten auf das Unternehmen verfügt. Aber auch über Einzelfragen hinaus kann der betriebliche Datenschutzbeauftragte wegen seiner organisatorischen Anbindung beim Unternehmen einerseits und seiner Unabhängigkeit andererseits als Vermittler zwischen Verbraucher- und Unternehmensinteressen fungieren¹⁵².

2. Möglichkeiten des Gesetzgebers

Wie oben dargelegt, ist bei entsprechender Auslegung des Bundesdatenschutzgesetzes eine datenschutzgerechte und verbraucherfreundliche Gestaltung von Kundenbindungssystemen zu erreichen. Das Gesetz enthält aber an vielen Stellen keine eindeutigen Forderungen, diese werden häufig erst durch Auslegung erzielt¹⁵³. Datenschutzrechtliche Anforderungen an Kundenbindungssysteme bleiben in mancher Hinsicht unklar. In diesen Punkten könnten **neue klare gesetzliche Regelungen** die nötige Verbindlichkeit und Rechtssicherheit schaffen.

Dabei gilt es, Folgendes zu beachten:

Kundenbindungssysteme stellen nur eines von vielen durch nicht öffentliche oder öffentliche Stellen praktizierten oder möglichen Verfahren zur Verarbeitung personenbezogener Daten dar. Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit dieses Verfahrens beurteilt sich nach den allgemeinen Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes.

Eine **Sonderregelung** für die Verarbeitung personenbezogener Daten in Kundenbindungssystemen ist nicht sinnvoll, da sich die Datenverarbeitung im Rahmen von Kundenbindungssystemen ihrem Wesen nach nicht von anderen dem BDSG unterfallenden Verfahren unterscheidet. Es liegen bei den Kundenbindungssystemen keine spezifischen Besonderheiten vor - dies könnte etwa die Verarbeitung von besonderen Datenarten sein, z.B. sensible Daten wie Gesundheits- oder Sozialdaten -, die eine Sonderregelung erfordern. Bei Kundenbindungssystemen werden Kundendaten im Rahmen von Kunden- und Geschäftsbeziehungen verarbeitet, was einen typischen Anwendungsfall des BDSG darstellt. Die Besonderheit gegenüber anderen Datenverarbeitungsverfahren innerhalb von Kunden- und Geschäftsbeziehungen besteht - zumindest bei den Systemen im Drei-Parteien-Verhältnis - hauptsächlich in der Komplexität dieser Systeme, die aus der Beteiligung mehrerer Partner mit unterschiedlichen Funktionen resultiert. Zerlegt in die einzelnen Rechtsbeziehungen fügen sich auch die unternehmensübergreifenden Kundenbindungssysteme problemlos in die Systematik des BDSG ein.

Forderungen nach einer Verbesserung der gesetzlichen Regelungen zur Optimierung des Datenschutzniveaus bei Kundenbindungssystemen beziehen sich folglich auf das **Bundesdatenschutzgesetz**. Wenn im Folgenden Verbesserungen des BDSG vorgeschlagen werden, so ist zu berücksichtigen, dass diese Änderungsvorschläge vor dem Hintergrund der Datenverarbeitung bei Kundenbindungssystemen gemacht werden. Es werden somit

¹⁵² Dazu Weichert, DuD 2001, 264 (269); ders. DuD 2003, 161 (167).

¹⁵³ Als Beispiele hierfür lassen sich insbesondere die Forderungen nach einer Einwilligung des Kunden für die Verwendung seiner personenbezogenen Daten zum Zweck der Werbung und Marktforschung oder die Erklärung der Einwilligung mittels eines Opt-In anführen.

ausgehend von einem einzelnen Datenverarbeitungsverfahren Vorschläge zur Änderung eines allgemeinen Gesetzes erarbeitet. Auswirkungen auf andere nach dem BDSG zu beurteilende Datenverarbeitungsverfahren, insbesondere im öffentlichen Bereich, sind dabei nicht abschließend berücksichtigt. Die folgenden Vorschläge orientieren sich an denen von Roßnagel, Pfitzmann und Garstka, die im Auftrag des Bundesinnenministeriums ein Gutachten zur Modernisierung des Datenschutzrechts¹⁵⁴ erstellt haben, dass sämtliche Fragen des BDSG behandelt.

Das **BDSG** ist im Jahr 2001 **novelliert** worden. Die Neuerungen, die im Zuge dieser Novellierung in das BDSG eingeführt wurden, waren durch die Europäische Datenschutzrichtlinie aus dem Jahr 1995¹⁵⁵ notwendig geworden. Der Gesetzgeber erkannte den Bedarf einer grundlegenden Modernisierung des BDSG, beschloss aber angesichts der kurzen Umsetzungsfrist der Europäischen Datenschutzrichtlinie von 3 Jahren, die Modernisierung in zwei Stufen durchzuführen. Die Stufe 1, die mit der Novellierung des BDSG im Jahr 2001 beendet wurde, setzt die Anforderungen der Europäischen Datenschutzrichtlinie um, während eine darüber hinaus gehende grundlegende Modernisierung einer zweiten Stufe vorbehalten wurde. Als Grundlage für die zweite Modernisierungsstufe soll das erwähnte Gutachten von Roßnagel, Pfitzmann und Garstka dienen, das im Jahr 2001 dem Bundesministerium des Innern übergeben wurde. In welchem Zeitraum die angekündigte zweite Modernisierung des BDSG erfolgen wird, ist derzeit nicht absehbar.

Für die **zukünftige Entwicklung** des Datenschutzrechts gibt es im Hinblick auf Kundenbindungssysteme drei zentrale Punkte, die durch gesetzliche Regelungen auszubauen sind. Dieses sind die Stärkung der Selbstbestimmung der Betroffenen, die Schaffung von Transparenz und die Vermeidung des Personenbezugs.

2.1 Stärkung der Selbstbestimmung der Betroffenen

Das **Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung** schützt die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden¹⁵⁶. Es gewährt damit jedem Einzelnen die Befugnis, selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen¹⁵⁷. Das Recht muss sich vielfach darauf beschränken, durch Rahmensetzungen diese Autonomie auch tatsächlich zu gewährleisten.

2.1.1 Anwendungsbereich der Einwilligung

Die Bedeutung der Einwilligung des Betroffenen in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten sollte daher im Gesetz ausgebaut werden. Das Gutachten zur Modernisierung des Datenschutzrechts fordert an dieser Stelle, in einem neuen Datenschutzgesetz die gesetzlichen Erlaubnistatbestände und die individuelle Einwilligung nicht mehr auf eine Stufe zu stellen, sondern den eindeutigen **Vorrang der Einwilligung**

¹⁵⁴ *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, 2001.

¹⁵⁵ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995, Abl. EG Nr. L 281/31.

¹⁵⁶ BVerfGE 65, 1 (41 f.).

¹⁵⁷ BVerfGE 65, 1 (43).

vorzusehen¹⁵⁸. Für die Datenverarbeitung im nicht öffentlichen Bereich sollte stets die Einwilligung des Betroffenen die Grundlage bilden¹⁵⁹. Daneben muss es weiterhin möglich sein, personenbezogene Daten des Betroffenen auch ohne Einwilligung zu verarbeiten, wenn die Datenverarbeitung zur Erfüllung eines Vertrages erforderlich ist.

Anderere **gesetzliche Zulässigkeitstatbestände** als die Erfüllung eines Vertrages oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses sollten zurückgedrängt werden. Dies gilt insbesondere für die Datenverarbeitung im Rahmen eines berechtigten Interesses der verantwortlichen Stelle, die gegenwärtig durch die Regelung in S 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG ermöglicht wird. Der Begriff der „berechtigten Interessen“ ermöglicht nahezu jede von der verantwortlichen Stelle gewünschte Datenverarbeitung. Er widerspricht damit dem Konzept der Entscheidungsprärogative der betroffenen Person. Dieses wird auch nicht dadurch erfüllt, dass die verantwortliche Stelle ihre berechtigten Interessen in einer offenen Abwägung ohne näheren Abwägungsmaßstab gegen die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person abwägt. Die weitere Verwendung dieses Begriffs würde eine grundsätzlich Opt-In-Lösung ad absurdum führen.¹⁶⁰ Die ohne Einwilligung der betroffenen Person zulässige Datenverarbeitung sollte auf bestimmte, eng umgrenzte **Ausnahmefälle** beschränkt werden.

Eine entsprechende gesetzliche Regelung für den nicht öffentlichen Bereich könnte wie folgt formuliert werden:

Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten sind nur zulässig, wenn der Betroffene eingewilligt hat oder wenn es der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen dient.

Auch ohne Einwilligung der betroffenen Person ist die Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig, wenn dies erforderlich ist, um

- 1. eigene Rechte der verantwortlichen Stelle oder Rechte Dritter zu schützen oder zu verfolgen,*
- 2. Verpflichtungen, die durch Rechtsvorschrift der verantwortlichen Stelle auferlegt wurden, zu erfüllen oder*
- 3. eine Gefahr für Leben, Gesundheit oder sonstige bedeutende Rechtsgüter der betroffenen Person abzuwehren, für die diese ihre Einwilligung nicht erteilen kann, weil es ihr tatsächlich oder rechtlich nicht möglich ist¹⁶¹.*

Eine solche Regelung trägt wesentlich dazu bei, die Selbstbestimmung der Betroffenen zu stärken. Durch die Ersetzung unbestimmter gesetzlicher Regelungen mit weitem Beurteilungsspielraum durch eine Einwilligung des Betroffenen können abweichende Interpretationen der gesetzlichen Zulässigkeitstatbestände vermieden und damit für alle Betroffenen Rechtssicherheit geschaffen werden. Auf diese Weise kann auch eine Harmonisierung der allgemeinen Regeln der Datenverarbeitung mit den Vorschriften über die Datenverarbeitung im Bereich des Telekommunikations- und Medienrechts erreicht werden, die für die Verwendung zu Zwecken der Werbung und Marktforschung die Einwilligung des

¹⁵⁸ Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Teil 3 Kap. 3.1.1, S. 72.

¹⁵⁹ Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Teil 3 Kap. 3.1.2, S. 73; Kap. 3.1.4, S. 77.

¹⁶⁰ Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Teil 3 Kap. 3.1.4, S. 78.

¹⁶¹ Vgl. den Vorschlag von Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Teil 3 Kap. 3.1.4, S. 78.

Betroffenen voraussetzen¹⁶².

2.1.2 Ausgestaltung der Einwilligung

Die formale Einräumung der Entscheidungskompetenz genügt jedoch nicht, um die Selbstbestimmung des Betroffenen tatsächlich zu gewährleisten. Denn hier verbirgt sich auch eine Gefahr für den Betroffenen, der durch die Erklärung seiner Einwilligung nahezu unbeschränkt die Verarbeitung seiner Daten legitimieren kann. Die Einwilligung ist vielfach der Schlüssel zu einem nahezu unbegrenzten, von allen ansonsten zu beachtenden gesetzlichen Schranken befreitem Zugang zu den jeweils gewünschten Angaben und Verarbeitungsformen¹⁶³. Es ist zwar interessengerecht, dass es grundsätzlich der freien Einschätzung des Betroffenen überlassen wird, Entscheidungen - ggf. auch mit negativen Folgen - zu treffen. Von einer wirklichen Selbstbestimmung des Betroffenen kann aber nur solange ausgegangen werden, wie der Betroffene über die Folgen seiner Erklärung **vollständig aufgeklärt** ist und er die Möglichkeit hat, selbst darüber zu befinden, ob und unter welchen Bedingungen seine personenbezogenen Daten verwendet werden dürfen¹⁶⁴.

In Übereinstimmung mit dem Gutachten zur Modernisierung des Datenschutzrechts sind daher folgende Anforderungen an die Einwilligung zu stellen:

- **Unterrichtung des Betroffenen**

Um eine höhere Rechtsverbindlichkeit herzustellen, sollten folgende Unterrichtungspflichten der verantwortlichen Stelle in das BDSG aufgenommen werden (vgl. dazu oben, Pkt. 1.2.3.3):

Vor Erklärung der Einwilligung ist der Betroffene durch die verantwortliche Stelle zu unterrichten über

- *Umfang, Form und Zweck der Datenverarbeitung,*
- *Mögliche Verknüpfungen mit anderen Datenbeständen und potenzielle Empfänger der Daten, insbesondere wenn diese in einem Staat außerhalb der Europäischen Union sitzen,*
- *die Freiwilligkeit der Einwilligung, die Möglichkeit einer Verweigerung und deren Folgen,*
- *die Entkopplung von Einwilligung und beantragter Vertrags- oder Verwaltungsleistungen und*
- *die Widerruflichkeit der Einwilligung.*¹⁶⁵

- **Kopplungsverbot**

¹⁶² § 89 Abs. 7 Satz 1 TKG; § 5 Abs. 2 TDDSG; § 14 Abs. 2 MDSStV.

¹⁶³ Dazu *Simitis* in: *Simitis*, BDSG, § 4a Rn 2 ff.

¹⁶⁴ Dazu *Simitis* in: *Simitis*, BDSG, § 4a Rn 2; *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Teil 3 Kap. 3.3, S. 91.

¹⁶⁵ Formulierung aus *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Teil 3 Kap. 3.3.1, S. 91 f..

Das Gutachten zur Modernisierung des Datenschutzrechts enthält zur Frage des Kopplungsverbots folgende Aussagen, denen sich das vorliegende Gutachten vollumfänglich anschließt:

„Wenn die Einwilligung freiwillig sein soll, muss zwischen ihr und der erstrebten Verwaltungs- und Vertragsleistung ein Kopplungsverbot bestehen. Die für die Verwaltungs- und Vertragsleistung erforderliche Datenverarbeitung wird bereits auf gesetzlicher Grundlage ermöglicht. Die darüber hinaus gehende Datenverarbeitung muss freiwillig sein. Die Einwilligung zur gesetzlich nicht legitimierten darüber hinausgehenden Datenverarbeitung darf nicht mit der **Drohung der Leistungsverweigerung** erzwungen werden. Auch in dieser Frage sollte sich das Datenschutzgesetz am Vorbild des Telekommunikations- und Multimediadatenrechts orientieren und durch die Verallgemeinerung der Regelungen in § 89 Abs. 10 Satz 1 TKG, § 4 Abs. 3 TDDSG und § 12 Abs. 4 MDSStV eine Vereinheitlichung des Datenschutzrechts auf hohem Niveau erreichen.¹⁶⁶“

Das Gutachten zur Modernisierung des Datenschutzrechts beschränkt das Kopplungsverbot auf die Bereiche der (Infrastruktur-) Leistungen der **zivilisatorischen Grundversorgung**, etwa Telekommunikation, Internetzugang, Kranken- und Rentenversicherung, Girokonto, Kreditkarte, medizinische Behandlung. Es ist jedoch generell nicht sachgerecht, Betroffene, die ihre Daten nicht anderen Zwecken als zur Vertragsabwicklung preisgeben wollen, von Leistungen auszuschließen. Im Fall von Leistungen der Grundversorgung sind zwar die Wirkungen des Ausschlusses für die Betroffenen besonders gravierend und in den meisten Fällen nicht hinnehmbar. Doch auch unterhalb dieser Schwelle gibt es eine Vielzahl von Leistungen, an denen Betroffene ein berechtigtes Interesse haben. Wäre für die Inanspruchnahme solcher Leistungen die Preisgabe von personenbezogenen Daten unbedingte Voraussetzung, wären sie gezwungen, personenbezogene Daten zu Zwecken außerhalb des Vertrages preiszugeben, um diese Leistung zu erhalten. Eine solche Entscheidungsmöglichkeit ist dem Betroffenen zwar einzuräumen, jedoch sollte dies nicht über die Möglichkeit der Einwilligung in die Datenverarbeitung geregelt werden, sondern durch frei aushandelbare Verträge.

In Anlehnung an den Vorschlag des Gutachtens zur Modernisierung des Datenschutzrechts könnte eine Formulierung des Kopplungsverbots wie folgt lauten:

Die mangelnde Freiwilligkeit der Einwilligung wird unter anderem vermutet, wenn

- 1. eine Leistung (Anm. Wortlaut des Gutachtens zur Modernisierung des Datenschutzrechts: „der zivilisatorischen Grundversorgung“) von der Einwilligung der betroffenen Person in die Verarbeitung ihrer Daten abhängig gemacht wird,*
- 2. die Einwilligung die Datenverarbeitung in dauerhaften Abhängigkeitsverhältnissen erlauben soll oder*
- 3. in einer von der verantwortlichen Stelle vorformulierten Einwilligungserklärung nicht in sachlich trennbare Eigenschaften der Datenverarbeitung eingewilligt werden kann.*

Die Freiwilligkeit der Einwilligung wird vermutet, wenn sie nicht von einer Gegenleistung abhängig gemacht wird¹⁶⁷.

- Ausdrückliche und formgerechte Erklärung

¹⁶⁶ Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Teil 3, Kap. 3.3.1, S. 92 f.

¹⁶⁷ Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Teil 3, Kap. 3.3.1, S. 93.

Für die Einwilligung im Rahmen von Kundenbindungssystemen wird vorliegend die Gestaltung der Einwilligungserklärung als **bewusste und aktive Handlung** des Betroffenen gefordert, die eine gemeinsame Abgabe mit anderen Erklärungen ausschließt (siehe Pkt. 1.2.3.1). Grundsätzlich eröffnet das BDSG jedoch die Möglichkeit, die datenschutzrechtliche Einwilligungserklärungen gemeinsam mit anderen Erklärungen abzugeben und fordert hierfür eine besondere Hervorhebung der datenschutzrechtlichen Einwilligung.

Für **Formulareinwilligungen** sehen die Autoren des Gutachtens zur Modernisierung des Datenschutzrechts einen Bedarf, diese „einwilligungsfreundlich“ zu gestalten, was nach Vorstellung der Gutachter der Selbstregulierung der Wirtschaft übertragen werden sollte¹⁶⁸. Die **Gestaltung von Einwilligungen in Formularen** sollte angesichts der Bedeutung, die der Einwilligung nach der oben beschriebenen Konzeption zukommt, eine Erklärung in Form eines „echten Opt-In“ vorsehen¹⁶⁹.

Schließlich soll nach dem Vorschlag des Gutachtens zur Modernisierung des Datenschutzrechts zum Schutz des Betroffenen in Ausnahmefällen eine Einwilligung ausgeschlossen sein¹⁷⁰.

2.2 Transparenz

Neben den bereits im Bundesdatenschutzgesetz geregelten Informationspflichten der Daten verarbeitenden Stelle (§ 4 Abs. 3 BDSG) und dem Auskunftsrecht der Betroffenen (§ 34 BDSG) sind auch weitere Aufklärungsmaßnahmen der verantwortlichen Stelle denkbar. Förderlich für die Schaffung von Transparenz (und dadurch auch Vertrauen der Betroffenen) ist der Vorschlag der Autoren des Modernisierungsgutachtens, die Daten verarbeitenden Stellen zur **Veröffentlichung einer Datenschutzerklärung** zu verpflichten. Diese sollte nach dem Vorschlag der Autoren für die automatisierte Datenverarbeitung u.a. Informationen über die Verarbeitung personenbezogener Daten, die Struktur und Funktionsweise der Verfahren und eine Übersicht über die Datenschutz- und Datensicherungsmaßnahmen enthalten¹⁷¹. Im Hinblick auf Kundenbindungssysteme ist eine solche Erklärung insbesondere als Aufklärung der Kunden über die Auswertung ihrer Kundendaten mittels automatisierter Verfahren von Bedeutung, über die gegenwärtig keine ausreichende Transparenz von Seiten der Betreiber hergestellt wird.

Transparenz für den Betroffenen ist auch die wesentliche Forderung, die die Autoren des Modernisierungsgutachtens für eine wirksame Einwilligung in die **Bildung von Profilen** herausstellen. Im Einklang mit der obigen Darstellung im Anforderungsprofil nennt das Gutachten zur Modernisierung des Datenschutzrechts folgende Voraussetzungen für die wirksame Einwilligung in die Profilbildung:

¹⁶⁸ Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Teil 3 Kap. 3.3.3, S. 97; zur Selbstregulierung Teil 3, Kap. 4.

¹⁶⁹ Dem Gutachten von Roßnagel/Pfitzmann/Garstka ist in dieser Frage keine ausdrückliche Festlegung zu entnehmen. Aus der Beschreibung der „einwilligungsfreundlichen“ Formulareinwilligung in Kap. 3.3.3., S. 97 (dort wird beispielhaft ein Kästchen zum Ankreuzen vorgeschlagen) und der durchgängig gezogenen Parallele zum Telekommunikations- und Medienrecht, das eine Opt-In-Lösung vorsieht, lässt sich jedoch eine Tendenz in diese Richtung erkennen.

¹⁷⁰ Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Teil 3 Kap. 3.3.2, S. 95 f.

¹⁷¹ Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Teil 3 Kap. 3.2.3, S. 86.

- vorherige Unterrichtung der betroffenen Person, die sich auf Struktur und Zweck der Profilbildung erstreckt,
- Ausdrückliche Einwilligung, die die Profilbildung und die mit ihr geplanten Auswertungen deckt,
- jederzeitige Möglichkeit, die Einwilligung für die Zukunft zu widerrufen¹⁷².

2.3 Vermeidung des Personenbezugs

Ein weiteres Anliegen der Modernisierung des Datenschutzes, das auch für den Bereich der Kundenbindungssysteme relevant sein kann, ist die Stärkung des Grundsatzes, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten so weit wie möglich zu vermeiden ist. **Anonymität** und anonymitätsnahen Arten von Pseudonymen sollte grundsätzlich der Vorrang gegeben werden. Diese auf das Datensparsamkeitsprinzip zu gründende Forderung ist als eigenständige datenschutzrechtliche Zielsetzung herauszustellen und rechtlich verbindlich zu machen¹⁷³.

Für Kundenbindungssysteme hat die Einführung einer solchen Zielsetzung zur Konsequenz, dass genauer im jeweiligen Einzelfall zu prüfen ist, ob zur Durchführung des Bonusprogramms Klardaten des Kunden tatsächlich benötigt werden oder ob eine **pseudonyme Abwicklung** ausreichend ist. Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Datenverarbeitung können solche gesetzlichen Regelung jedoch immer nur im Rahmen der Datenverarbeitung zur Erfüllung des Vertragszwecks erlangen. Liegt für eine weitergehende Datenverarbeitung eine Einwilligung des Betroffenen in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten vor, so richtet sich der Umfang der zulässigen Datenverarbeitung nach dem in der Einwilligung zum Ausdruck gebrachten Willen des Betroffenen, nicht aber nach den Grenzen des Gesetzes für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten auf gesetzlicher Grundlage.

Die **gesetzliche Verpflichtung** zur Anonymisierung und Pseudonymisierung personenbezogener Daten kann nach den Vorschlägen des Gutachtens zur Modernisierung des Datenschutzrechts durch eine gesetzliche Festschreibung des Erforderlichkeitsprinzips realisiert werden. Dies würde gleichfalls die Frage klären, welche Datenverarbeitung zur Abwicklung von Verträgen bzw. im Rahmen vertragsähnlicher Vertrauensverhältnisse zulässig ist.

Das Modernisierungsgutachten schlägt für die Anforderungen des Erforderlichkeitsprinzips folgende Formulierung vor, auf die hier Bezug genommen wird:

- (1) Die verantwortliche Stelle verarbeitet personenbezogene Daten nur in dem Umfang, in den Formen und Zeiträumen, die für das Erreichen des zulässigen Zwecks erforderlich sind.*
- (2) Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nicht erforderlich, wenn die verantwortliche Stelle für das Erreichen des zulässigen Zwecks*
 - 1. auf die personenbezogenen Daten verzichten kann,*
 - 2. anonyme oder pseudonyme Daten verarbeiten kann,*

¹⁷² Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Teil 3 Kap. 3.5.4, S. 119 f.

¹⁷³ Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Teil 1 Kap. 1.3, S. 37.

3. *die verarbeiteten Daten löschen, anonymisieren oder pseudonymisieren kann.*

(3) *Die Begrenzung der Datenverarbeitung auf das Erforderliche wird soweit möglich durch das genutzte Datenverarbeitungssystem und die Organisation des Verfahrens gewährleistet.¹⁷⁴*

Neben der Festschreibung dieses allgemeinen Vorrangs anonymisierter oder pseudonymisierter Datenverarbeitung schlägt das Modernisierungsgutachten darüber hinaus weitere Forderungen einer anonymisierten oder pseudonymisierten Datenverarbeitung vor. Die Formulierung lautet wie folgt:

(1) *Die verantwortliche Stelle hat ihre Verfahren und Datenverarbeitungssysteme so zu gestalten oder auszuwählen, dass sie*

1. *keine oder so wenig personenbezogene Daten wie möglich verarbeitet,*
2. *soweit dies nicht möglich ist, einen Personenbezug der Daten so weit wie möglich ausschließt, und*
3. *soweit beides nicht möglich ist, die personenbezogenen Daten so bald wie möglich löscht, anonymisiert oder pseudonymisiert.*

(2) *Die verantwortliche Stelle hat die anonyme oder pseudonyme Nutzung und Bezahlung ihrer Angebote und Leistungen zu ermöglichen, soweit dies technisch möglich und verhältnismäßig ist. Sie hat Interessierte über diese Möglichkeit und über geeignete Vorsorgemaßnahmen zu informieren.*

(3) *Der Personenbezug sollte soweit wie möglich*

1. *durch anonyme Daten*
2. *soweit dies nicht möglich ist, durch Pseudonyme mit Aufdeckungsmöglichkeit nur durch die betroffene Person und,*
3. *soweit beides nicht möglich ist, durch Pseudonyme mit Aufdeckungsmöglichkeit durch einen vertrauenswürdigen Dritten*

vermieden werden.¹⁷⁵

3. Selbstregulierung der Wirtschaft, Anreize für datenschutzgerechtes Verhalten

Wie oben gezeigt, sind zwar nach geltender Rechtslage Handlungsmöglichkeiten zur Durchsetzung von Datenschutzvorschriften vorhanden, doch insbesondere im Hinblick auf die Tätigkeit der Datenschutz-Aufsichtsbehörden reichen diese oftmals nicht aus.

Erfolgversprechend könnte es vor diesem Hintergrund sein, den Anbietern von Kundenbindungssystemen nicht nur durch repressive, ordnungsrechtliche oder gerichtliche Maßnahmen ein datenschutzgerechtes Verhalten abzunötigen, sondern durch **geeignete Anreize** eine Selbstverpflichtung der Anbieter zu einem datenschutzgerechten Verhalten zu

¹⁷⁴ Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Teil 3, Kap. 3.4.1, S. 100.

¹⁷⁵ Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Teil 3, Kap. 3.4.3, S. 106.

fördern.

Diesen Ansatz verfolgen **Audits bzw. Gütesiegel**, die mittlerweile auch den Einzug in das Datenschutzrecht gefunden haben. Das BDSG sieht, ebenso wie einige Landesdatenschutzgesetze, in seinem § 9a die Einführung dieser Instrumente vor, macht diese gleichzeitig aber von einem Ausführungsgesetz abhängig, das bislang noch nicht erlassen ist. Tatsächlich angeboten werden solche Instrumente auf gesetzlicher Grundlage nur in Schleswig-Holstein. Daneben gibt es private Anbieter, die Zertifizierungen auf dem Gebiet des Datenschutzes und der Datensicherheit vornehmen.

Ein Gütesiegel, das einem Kundenbindungssystem die Vereinbarkeit mit den Vorschriften des Datenschutzes bescheinigt, würde für den Datenschutz und auch für den Verbraucherschutz eine Vielzahl von **Vorteilen** bringen:

1. Für die **Verbraucher** stellt ein Gütesiegel eine wichtige **Orientierungshilfe** dar. Wer als Verbraucher Wert legt auf die Einhaltung des Datenschutzes, kann das Gütesiegel als Auswahlkriterium für die Wahl eines Kundenbindungssystems zu Grunde legen, ohne die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und evtl. zusätzliche - nicht selten komplizierte - Hinweise zum Datenschutz eingehend prüfen zu müssen. Verbraucher können sich hier auf kompetente und unabhängige Fachleute verlassen, die eine solche Prüfung vorab durchgeführt haben.

2. Das Interesse der Verbraucher an einem rechtmäßigen Umgang mit ihren personenbezogenen Daten unterstellt, bietet das Gütesiegel für die **Anbieter** die Möglichkeit, sich **am Markt zu profilieren** und gegenüber Mitbewerben positiv hervorzuheben. Nach dem Motto „Privacy Sells“ können somit für Unternehmen marktwirtschaftliche Anreize zu einem datenschutzkonformen oder gar überobligatorischen datenschutz- und verbraucherfreundlichen Verhalten geschaffen werden.

3. Datenschutz-Aufsichtsbehörden, Verbraucherverbände und auch Gerichte würden **entlastet**. Die Zertifizierung eines Kundenbindungssystems erfordert zwar eine eingehende Prüfung, die zur Aufrechterhaltung der Aktualität in bestimmten Abständen wiederholt werden müsste. Mit dem Ergebnis der Prüfung sind die datenschutzrechtlichen Fragen des Bonussystems aber umfassend und häufig abschließend geklärt. Aufgrund der Datenschutzkonformität des Bonusprogramms sind Eingaben Betroffener gegenüber Aufsichtsbehörden, Verbraucherverbänden und Gerichten in geringerer Anzahl zu erwarten und können darüber hinaus durch Verweis auf die Zertifizierung und die zu Grunde liegenden Unterlagen ohne großen Aufwand erledigt werden. Werden Datenschutzexperten bereits in die Entwicklung von Kundenbindungssystemen einbezogen, lassen sich nachträgliche behördliche, gerichtliche oder sonstige Nachbesserungsforderungen vermeiden, die für die Unternehmen erhebliche Kosten verursachen können.

Die Vorteile von Gütesiegeln liegen auf der Hand. So ist es nicht verwunderlich, dass in der **Schweiz**, in der die SQS (Schweizerische Vereinigung für Qualitäts- und Management-Systeme) das Datenschutz-Gütesiegel „Good Privacy“ verleiht, der Migros-Konzern für sein Kundenbindungssystem „M-Cumulus“ das erste Unternehmen war, das mit diesem Siegel ausgezeichnet wurde¹⁷⁶.

Wie beispielsweise der Zusammenschluss führender Wirtschaftsunternehmen in einem

¹⁷⁶ www.m-cumulus.ch.

Arbeitskreis „CRM und Kundenbindungssysteme“ zeigt, ist bei den Anbietern durchaus eine grundsätzliche Bereitschaft und ein Interesse erkennbar, ihre Systeme im Hinblick auf den Datenschutz zu optimieren. An diese Bereitschaft kann durch ein Entgegenkommen der Datenschutzbehörden angeknüpft werden, indem diese hierfür entsprechende Anreize bieten.

Denkbar ist weiterhin, dass Vereinigungen der Wirtschaft, wie etwa der Arbeitskreis „CRM und Kundenbindungssysteme“ eigene Regelungen für die datenschutzrechtliche Gestaltung von Kundenbindungssystemen erarbeiten, denen es jedoch an rechtlicher Verbindlichkeit fehlt.

Zwei Voraussetzungen sollten jedoch unbedingt erfüllt sein, um die oben beschriebene Wirkung des Gütesiegels zu erzielen. Zum einen sollte das Gütesiegel durch eine **unabhängige Stelle** verliehen werden, der in der Öffentlichkeit ein hohes Maß an Vertrauen entgegengebracht wird. Zweite Voraussetzung ist, entsprechend der Forderung für die Gestaltung von Kundenbindungssystemen, die **Schaffung von Transparenz**. Das Gütesiegel kann nur auf Akzeptanz durch die Verbraucher treffen, wenn die Gründe, die zur Verleihung geführt haben, den Verbrauchern bekannt sind. Die Zertifizierungsunterlagen sollten daher veröffentlicht werden.

4. Verbraucher

Die größte Einflussmöglichkeit auf die datenschutzgerechte Gestaltung von Bonussystemen haben schließlich immer noch die Verbraucher selbst. Die Steuerung des Angebots funktioniert am einfachsten und effektivsten über die **Nachfrage der Verbraucher**. Dies zeigt sich besonders deutlich im Bereich des E-Commerce, dessen zögerliche Annahme durch die Verbraucher zu einem wesentlichen Teil auf deren Bedenken hinsichtlich Datenschutz und Datensicherheit im Internet zurückzuführen ist.

Dies setzt voraus, dass der Verbraucher nicht nur in Bezug auf die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten sensibilisiert, sondern auch über die wesentlichen Fragen von Kundenbindungssystemen und Datenschutz **informiert** ist. Für beide Punkte sind sowohl die Datenschutzbehörden und -organisationen als auch die Verbraucherverbände und -organisationen gefragt. Dem Informationsbedürfnis kann wie oben dargestellt z.B. durch ein Gütesiegel nachgekommen werden.

Begriffserläuterungen:

- Systembetreiber

Bei Kundenbindungssystemen im Mehr-Parteien-Verhältnis ist dies das Unternehmen, welches das System zentral betreibt, d.h. für alle angeschlossenen Unternehmen die Kundendaten und die Rabattabwicklung verwaltet.

- Partnerunternehmen

Dies sind bei unternehmensübergreifenden Kundenbindungssystemen die angeschlossenen Unternehmen, bei denen Kunden Rabattpunkte sammeln können. Zum Teil ist es auch möglich, die Punkte bei den Partnerunternehmen einzulösen.

- Stammdaten

Dies sind diejenigen personenbezogenen Daten des Kunden, die für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung oder Änderung eines Vertragsverhältnisses erforderlich sind. Vielfach werden sie auch als Basisdaten oder, insbesondere im Telekommunikationsdatenschutzrecht, als Bestandsdaten (vgl. dort die Definition in § 5 TDDSG) bezeichnet. Hierunter fallen meist nur der vollständige Name sowie die Anschrift des Kunden.

- Freiwillige Angaben

Ergänzend zu den Stammdaten werden für die Begründung des Vertragsverhältnisses in der Regel auch weitere, für den Vertragszweck nicht erforderliche Daten des Kunden erhoben. Wegen der fehlenden Erforderlichkeit handelt es sich hierbei um freiwillige Angaben des Kunden. Dies sind z.B. Kontaktdaten wie Telefonnummer, Mobilfunknummer, E-Mail-Adresse, aber oft auch Angaben zur Haushaltsgröße, Einkommen und persönlichen Interessen.

- Programmdaten

Unter diesem Begriff werden diejenigen Daten verstanden, die beim Einsatz der Kundenkarte erhoben werden. Diese Daten werden häufig auch als Rabattdaten bezeichnet. Hierunter fällt in allen Fällen der erzielte Umsatz und eine Kennung des Unternehmens. In den meisten Fällen werden auch Datum, Uhrzeit und Ort des Einkaufs sowie die Art der erworbenen Ware (oft nach Warengruppen) oder in Anspruch genommenen Dienstleistung, erhoben.

- Kundendaten

Dieser Begriff wird als Oberbegriff für die vorgenannten Datenarten verwendet.

Literatur:

- Ayad, Patrick** E-Mail-Werbung - Rechtsgrundlagen und Regelungsbedarf, CR 2001, 533-544.
- Baeriswyl, Bruno** Data Mining und Data Warehousing: Kundendaten als Ware oder geschütztes Gut? RDV 2000, 6-11.
- Bergmann, Lutz/
Möhrle, Roland/
Herb, Armin** Datenschutzrecht, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, Datenschutzgesetze der Länder und Kirchen, Bereichsspezifischer Datenschutz, Stand: November 2002.
- van Bocxlaer, Anja** Noch läuft das Fass nicht über, Card-Forum 04/2003, 24-32.
- Büllesbach, Alfred** Datenschutz bei Data Warehouses und Data Mining, CR 2000, 11-17.
- Bundesverband des
Deutschen Textil-
einzelhandels e.V.** BTE-Fachdokumentation „Kundenkarten im Einzelhandel - Kundenbindung durch Kundenkarten, Citycards und Zahlkarten“, 2. Auflage, Köln 2002.
- Frank, Christina** Wer die Wahl hat, hat die Qual, Card-Forum 06/2002, 16-24.
- Heidemann-Peuser, Helke** Rechtskonforme Gestaltung von Datenschutzklauseln, DuD 2002, 389-394.
- Institut für Angewandte
Verbraucherforschung** Studie „Preisnachlässe und Kundenbindung nach dem Wegfall des Rabattgesetzes“, www.vzbv.de/go/dokumentepositionen/54/5/21.
- Jacob, Joachim/
Jost/Tanja** Marketingnutzung von Kundendaten und Datenschutz - ein Widerspruch? DuD 2003, 621-624.
- von Lewinski, Kai** Persönlichkeitsprofile und Datenschutz bei CRM, RDV 2003, 122 ff.
- Münchener Kommentar** zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, München 2003.
- Palandt** Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Auflage, München 2003.
- Petri, Thomas B./
Kieper, Marcus** Datenbevorratungs- und -analysesysteme in der Privatwirtschaft, DuD 2003, 609-613.
- Philippi, Torsten** Spurensuche auf Datenfriedhöfen, Card-Forum 06/2002, 41-42.
- Ploss, Dirk
Wassel, Patrick** Deutschland - ein Kundenkarten-Entwicklungsland, Card-Forum 04/2002, 44-46.

- Rittweger, Alexander** Der Kampf um einen Platz im Portemonnaie, Card-Forum 06/2002, 26-27.
- Roßnagel, Alexander (Hrsg.)** Handbuch Datenschutzrecht - Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, München 2003.
- ders./Pfitzmann, Andreas Garstka, Hansjürgen** Modernisierung des Datenschutzrechts, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, Berlin 2001.
- Schaffland, Hans-Jürgen/Wiltfang, Noeme** Bundesdatenschutzgesetz, Ergänzbarer Kommentar nebst einschlägigen Rechtsvorschriften, Berlin, Stand: September 2003.
- Simitis, Spiros (Hrsg.)** Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 5. Auflage, Baden-Baden 2003.
- ders.** Auf dem Weg zu einem neuen Datenschutzkonzept - Die zweite Novellierungsstufe des BDSG, DuD 2000, 714-726.
- Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein** 24. Tätigkeitsbericht, Kiel 2002.
- dass.** 21. Tätigkeitsbericht, Kiel 1999.
- Weber, Jürgen/Jacob, Harald/Rieß, Joachim/Ullmann, Alfons** Neue Wege der Kundenbindung aus Datenschutzsicht: Bonuskarten-Systeme, DuD 2003, 614-620.
- Weichert, Thilo** Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NJW 2001, 1463-1469.
- ders.** Datenschutz beim Online-Marketing, www.datenschutzzentrum.de/material/themen/divers/onlmark.htm
- ders.** Datenschutz als Verbraucherschutz, DuD 2001, 264-270.
- ders.** Datenschutz und Payback, DANA 2001, 5-10.
- ders.** Kundenbindungssysteme - Verbraucherschutz oder der gläserne Konsument? DuD 2003, 161-168.
- ders.** Datenschutzrechtliche Anforderungen an Data-Warehouse-Anwendungen bei Finanzdienstleistern, RDV 2003, 113-132.
- Wittig, Petra** Die datenschutzrechtliche Problematik der Anfertigung von Persönlichkeitsprofilen zu Marketingzwecken, RDV 2000, 59-62.