
HÄRTING

DAS ERSTE JAHR MIT DER DSGVO

RA Daniel Schätzle | HÄRTING Rechtsanwälte | @DSchaetzle

Webinar, 24.5.2019

INHALTSÜBERSICHT

- Behördenäußerungen
- Gemeinsame Verantwortlichkeiten
- Direktwerbung
- Targeting & Co.
- Auskunftfeien
- Profiling
- Datenschutzfolgenabschätzungen
- Google Marketing Dienst
- Gefällt mir
- Gerichtsentscheidungen



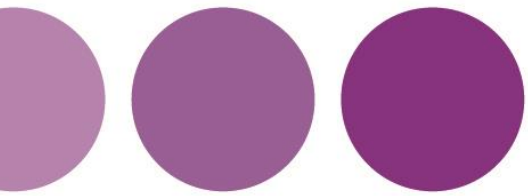
Behördenäußerungen

DATENSCHUTZKONFERENZ

- Was ist die Datenschutzkonferenz („DSK“)
 - *Die DSK besteht aus den unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder*
 - *Ihr obliegt die Aufgabe eine einheitliche Anwendung des europäischen und nationalen Datenschutzrechts zu erreichen*
- Stellungnahmen der DSK werden untereinander abgestimmt
 - *Äußerungen der Aufsichtsbehörden sind Behördenmeinungen, die zutreffen können, aber nicht richtig sein müssen*
 - *Äußerungen sind nicht rechtsverbindlich und entfalten keine Vertrauenswirkung*

VERÖFFENTLICHUNGEN

- Die DSK veröffentlicht Ihre Kurzpapiere und Stellungnahmen zu verschiedenen datenschutzrechtlichen Themen auf Ihrer Webseite:
 - *Datenschutzkonferenz-online.de*
- Zusätzliche Veröffentlichung einzelner Behörden
 - *LfdI BW*
 - *BayLDA*
 - *Aber gerade nicht untereinander abgestimmt*
- Europäischer Datenschutzaustausch
 - *Ehemals Art.29-Gruppe*
 - *edpb.europa.eu*
- Stiftung Datenschutz
 - *stiftungdatenschutz.org*



Gemeinsame Verantwortung

TREND ZUM JCA, ART. 26 DSGVO

- In D eine der wesentlichen Änderungen ggü. BDSG (alt)
- Fanpage-Entscheidung des EuGH (5.6.2018, C-210/16)
 - *Gemeinsame Verantwortung für FB-Fanpages*
 - *Kriterien aus der Entscheidung für andere SV nutzbar*
 - *Ungleichwertige Verantwortung denkbar*
- Bestätigt durch „Zeugen Jehovas“ (EuGH v. 10.7.2018, C-25/17)
 - *Zugang zu den Früchten einer Verarbeitung nicht erforderlich*
- Auftragsverarbeitung (Art. 28 DSGVO) vs. Gemeinsame Verantwortung
- Tendenz zu mehr Joint Controllership

INHALT DER VEREINBARUNG

- DSGVO gibt wenig ausdrücklich vor
 - *Betroffenenrechte, Art. 15 ff. DSGVO*
 - *Informationspflichten, Art. 13 f. DSGVO*
 - *Anlaufstelle kann angegeben werden*
- Inhaltliche Ausgestaltung bleibt offen
 - *Tatsächliche Funktionen und Beziehung müssen gebührend wiedergespiegelt werden*
- Sinnvoll: Haftungsverteilung im Innenverhältnis
 - *Art. 82 Abs. 4 DSGVO sieht gesamtschuldnerische Haftung vor*
- JCA ist kein Nachteil gegenüber Auftragsverarbeitung
 - *Letztlich lassen sich die Inhalte an Art. 28 DSGVO orientieren*

BEHÖRDEN

- Keine abgestimmte Hilfestellung
- Teilweise wird gespannt auf die Kreativität der Wirtschaft gewartet
- Muster des LfDI BW
- Wichtig: Information „Das Wesentliche der Vereinbarung“ nicht vergessen, Art. 26 Abs. 2 DSGVO
 - *Dann muss es aber auch eine Vereinbarung geben*
- „Konzertierte Aktion“ von 5 bis 6 Aufsichtsbehörden gegen jeweils mind. 3 Fanpagebetreiber geplant
 - *LDA Bayern auf Jahreskonferenz d. Wettbewerbszentralen*
 - *www.lebensmittelzeitung.net, Datenschützer wollen gegen Fanpages vorgehen, v. 16.5.2019*



Direktwerbung

DSK-PAPIER

- Orientierungshilfe zur Verarbeitung von pb Daten für Zwecke der Direktwerbung, v. 7.11.2018
- Direktwerbung ist mögliches berechtigtes Interesse im Rahmen der Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO
- Abwägung im konkreten Einzelfall notwendig, maßgeblich sind
 - *vernünftige (subjektiven) Erwartungen des Betroffenen*
 - *was objektiv vernünftigerweise erwartet werden kann und darf*
 - *ob die Verarbeitung personenbezogener Daten für die Direktwerbung in bestimmten Bereichen der Sozialsphäre typischerweise akzeptiert oder abgelehnt wird*
- transparente Information kann vernünftige Erwartungen der Betroffenen formen
- Grenze ist der objektive Maßstab der Vernunft

VERHÄLTNIS UWG UND DSGVO

- UWG-Regelungen sind bei der Auslegung der DSGVO zu berücksichtigen
- Untersagt das UWG einen bestimmten Kontaktweg, kann Interessenabwägung nicht zu Gunsten der Zulässigkeit der Datennutzung zu Werbezwecken ausfallen
- Verwendung von E-Mail-Adresse zu Werbezwecken ohne Opt-in ist Datenschutzverstoß
- Ausnahme: Bestandskundenwerbung
 - *§ 7 Abs. 3 UWG (vier Voraussetzungen)*
 - *jedenfalls bei Einhaltung dieser Voraussetzungen auch DSGVO-konform*

FOLGEN FÜR POST/TELEFON

- Die Nutzung von Adressdaten von Kunden für die Zusendung eigener oder fremder Werbung per Brief ist zulässig, solange kein Werbewiderspruch vorliegt
- Verwendung von Telefonnummern zu Werbezwecken gegenüber Privatkunden ist Datenschutzverstoß, wenn keine Einwilligung vorliegt
- Verwendung von (personenbezogenen) Telefonnummern gegenüber Geschäftskunden ist nur dann datenschutzrechtlich zulässig, wenn eine mutmaßliche Einwilligung vorliegt.

VERFALL VON EINWILLIGUNGEN

- Verweis auf LG München, v. 8.4.2010 – 17 HK O 138/10
 - *Eine einmal erteilte Einwilligung kann verfallen*
 - *17 Monate ohne genutzte Einwilligung zur E-Mail-Werbung*
- DSK überträgt Zeitraum auf Nutzungsmöglichkeit von Kontaktdaten für werbliche Zwecke der Reaktivierung, Rückgewinnung etc.
 - *Zeitlicher Maßstab, wonach im Rahmen einer Interessenabwägung keine vernünftigen Erwartungen mehr bestehen, Kontaktdaten nach einer „Werbepause“ zu nutzen*
- Kritik
 - *DSK ignoriert andere Entscheidungen mit anderen Zeiträumen*
 - *Warum nicht 16 oder 18 Monate?*
 - *Den Entscheidungen fehlt in der Regel eine nachvollziehbare rechtliche Begründung*



Targeting & Co.

ERSTE POSITIONIERUNG

- Positionsbestimmung zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen ab dem 25. Mai 2018, v. 26.4.2018
 - *Tracking-Verfahren/Erstellung von Nutzerprofilen bedarf stets der informierten Einwilligung*
 - *Insbesondere bevor Cookies eingesetzt werden*
 - *Gilt nicht für unbedingt erforderliche Maßnahmen*
 - Bspw. Sessions-Cookies für Warenkorbfunktion
- Vielfach kritisiert
- Maßgeblich ist die DSGVO und damit auch eine Rechtfertigung mittels berechtigter Interessen

DSK: ORIENTIERUNGSHILFE FÜR TELEMEDIIEN

- Neuauflage der Positionsbestimmung, v. 3.4.2019
- Keine Anwendung des TMG, insbesondere § 15 Abs. 3 TMG
 - *Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen*
 - *Maßgebliche Norm für Tracking, Targeting, Cookies*
- Keine Umsetzung der Cookie-RL
 - *„alte“ Diskussion*
 - *Bestätigung durch Generalanwalt in Sachen Planet49*
- Keine generelle Einwilligungspflicht beim Einsatz von Tracking mittels Cookie
- Damit Widerspruch zu Stellungnahme des EDSA zum Verhältnis ePrivacy-RL & DSGVO
- Kriterien für die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO
 - *Beispiel für Tracking-Pixel zugunsten Einwilligung*

COOKIES

- Hinweise zu Cookies und Consent-Tools in der Orientierungshilfe
 - *Problem Vorauswahl*
 - *Problem Freiwilligkeit*
- Hinweise zum Einsatz von Cookie-Banner
- ePrivacy-VO?

FACEBOOK CUSTOMAUDIENCES

- VGH Bayern, v. 26.9.2018
 - *Beschluss zu Facebook CustomAudiences*
 - *Facebook ist gegenüber den Unternehmen, die FCA einsetzen, kein Auftragsverarbeiter, sondern Dritter*
 - *Der Einsatz von FCA bedarf der vorherigen Einwilligung des Nutzers*
 - *Das berechtigte Interesse des Nutzers überwiegt hier das Interesse des Unternehmens an zielgerichteter Werbung*



Auskunfteien

SCHUFA-KLAUSELN

- Keine SCHUFA-Einwilligung
- In Zusammenarbeit mit der Dt. Kreditwirtschaft und Billigung des Düsseldorfer Kreises (heute DSK)
 - *SCHUFA-Hinweis*
 - *SCHUFA-Informationsblatt*
 - *Textbausteinen sind zu übernehmen*
- Rechtfertigung der Datenverarbeitung
 - *Vertragserfüllung, Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO*
 - *Berechtigten Interessen, Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO*
- Berlin & Hessen
 - *Einwilligung untauglich wg. Kopplungsverbot*

ANFORDERUNGEN NACH BDSG

- § 31 BDSG als zusätzlich nationale Norm für den Umgang mit Wahrscheinlichkeitswerten (Scoring)
 - *die zur Berechnung des Wahrscheinlichkeitswerts genutzten Daten müssen unter Zugrundelegung eines wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Verfahrens nachweisbar für die Berechnung der Wahrscheinlichkeit des bestimmten Verhaltens erheblich sind (§ 31 Abs. 1 Nr. 2 BDSG)*
 - *Anforderungen an die Berücksichtigung von Negativdaten (§ 31 Abs. 2 BDSG)*
 - *Orientiert sich an früheren Regelungen (§§ 28, 29 BDSG alt)*
- Europarechtswidrig?



Profiling

MAßSTAB FÜR DIE ZULÄSSIGKEITSPRÜFUNG

- Scoring ist Profiling (Art. 4 Nr. 4 DSGVO)
- Automatisierte Entscheidung im Einzelfall einschließlich Profiling, Art. 22 DSGVO
 - *Ausdrückliche Einwilligung ist nicht stets erforderlich*
 - *Nur bei Entscheidungen, die auf automatisierte Verarbeitungen beruhen*
 - Online-Kredit
 - Online-Bewerbung
- Zulässigkeit richtet sich ansonsten nach Art. 6 DSGVO
- Leitlinien des Datenschutzausschusses (EDSA)?
 - *Bestätigte Leitlinie der Art.29-Gruppe, WP 251rev.01*

ZULÄSSIGES SCORING

- Tätigkeitsbericht aus Hessen
 - *Danach entsprechen die derzeit üblichen Scoring-Verfahren den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 lit. b und f DSGVO, sofern und soweit nur risikorelevante Merkmale eingesetzt werden.*
 - *Eine Auswertung von personenbezogenen Daten aus Social-Media Netzwerken ist nach Ansicht der Aufsichtsbehörde gem. Art. 6 Abs. 1 lit. b und f DSGVO nicht rechtmäßig.*
 - *Denn „alleine aus der möglicherweise freien Zugänglichkeit dieser Daten ergibt sich eine Rechtmäßigkeit ihrer Verwendung im Profiling nicht“*



DS-Folgenabschätzung

KOMMT DA WAS?

- Kurzpapier der DSK, v. 17.12.2018
- Positivlisten einzelner Behörden
- Bisher keine Negativlisten
- Abgestimmte „Muss-Liste“ der DSK
 - *Profilbildung Bewegung/Kaufverhalten*
 - *Kundensupport mittels KI*
 - *Big-Data-Analyse von Kundendaten*
 - *Fraud-Prevention-Systeme*
 - *Scoring*
 - *u.a.*



Google Marketing Dienste

VERANTWORTLICHE?

- Google unterscheidet zwischen
 - *Verantwortlichendiensten*
 - Bspw. AdSense, Google Ads
 - Rechtfertigung für den Austausch von Nutzerdaten?
 - *Auftragsverarbeitungsdiensten*
 - Bspw. Google Analytics, Google Tag Manager
 - Abschluss der Google Auftragsverarbeitungsvereinbarung online
- Neue Google-Nutzungsbedingungen
 - *Dienste werden von der Google Ireland Limited bereit gestellt*
 - *Gilt nicht für Dienste, die sich an Unternehmen richten*
 - *Google LLC bleibt Anbieter*



Gefällt mir

FASHION ID

- Unterlassungsklage der Verbraucherzentrale NRW gegen Einsatz des „Like-Button“ von Facebook
- Übermittlung der IP-Adresse automatisch bei Seitenaufruf
- Vorlage an den EuGH
- Generalanwalt am EuGH, v. 19.12.2018
 - *Seitenbetreiber ist mitverantwortlich*
 - *Bloße Einbindung ausreichend*
 - *Beschränkt auf die Phasen der Erhebung und Übermittlung*
- Auswirkungen für jegliche Einbindung von Dritt-Diensten

LÖSUNGSANSÄTZE

- 2-Klick/Shariff
 - *Datenübermittlung erst bei Aktivwerden des Nutzers*
 - *Transparenz und Informationspflichten bleiben als Problem*
- Open-Source-Projekt „Embetty“ von heise online
 - *Hilft nicht, wenn Generalanwalt sich durchsetzt*
- ToDo's
 - *Datenschutzhinweise*
 - *Lösungsansätze umsetzen*
 - *Abwarten*



Gerichtsscheidungen

VON BOCHUM BIS WIESBADEN

- Abmahnwelle ist ausgeblieben
- Widersprechende Entscheidungen zu Abmahnungen von Mitbewerbern
 - *LG Bochum, v. 7.8.2018 – I-12 O 85/18 (-)*
 - *LG Würzburg, v. 13.9.2018 – 11 O 1741/18 (+)*
 - *OLG Hamburg, v. 25.10.2018 – 3 U 66/17 (+/-)*
 - *LG Wiesbaden, v. 5.11.2018 – 5 O 214/18 (-)*
 - *LG Magdeburg, v. 18.1.2019 – 36 O 48/18 (-)*
- Gesetzesinitiativen gg. missbräuchliche Abmahnungen
- § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG – Abmahnmöglichkeit f. Verbraucherschutzverbände

RUBRIK „SONSTIGES“

- BGH, v. 1.2.2018 – III ZR 196/17
 - *Kein Widerspruch zum UWG, wenn sich die Einwilligung des Verbrauchers auf mehrere Werbekanäle bezieht*
 - *Offen, ob unter der DSGVO andere Entscheidung zu treffen ist.*
- OLG Köln, v. 18.6.2018 – I-15 W 27/18
 - *Gültigkeit des Kunsturhebergesetzes unter der DSGVO*

WIDERSPRUCH?

- Polen: ca. 200.000 Euro
 - *Verletzung der Informationspflichten nach Art. 14 DSGVO*
- Frankreich: 50 Mio. Euro
 - *Fehlende wirksame Einwilligungen*
 - *Unzureichende Informationen*
- Norwegen: ca. 170.000 Euro
 - *Unzureichende Schutzmaßnahmen der Stadtverwaltung Bergen bei der Verarbeitung von Schülerdaten*
- Portugal: 400.000 Euro
 - *Kein funktionierendes Zugriffs- und Berechtigungskonzept*
- Deutschland:
 - *20.000 Euro: Fehlender Schutz von Passwörtern*
 - *80.000 Euro: Veröffentlichung von Gesundheitsdaten im Internet*
 - *50.000 Euro: Schwarze Liste mit Ex-Kunden*



— Fragen?

HÄRTING

TREUEPUNKTE, HERZEN UND REWARDS:
WAS BEI KUNDENBINDUNGSPROGRAMMEN RECHTLICH ZU BEACHTEN IST

RA Dr. Martin Schirmbacher | RA Cornelia Wehner

HÄRTING Rechtsanwälte

Webinar, 14.06.2019

HÄRTING

Daniel Schätzle
Rechtsanwalt

@DSchaetzle

HÄRTING Rechtsanwälte | www.haerting.de

Chausseestraße 13, 10115 Berlin | Tel. +49 30 28 30 57 40 | Fax. +49 30 28 30 57 44