

M4.1 Rechtliche Aspekte/Datenschutz

Dr. iur. Lorenz Franck

Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD e.V.)

Vorlesungsmaterialien: <https://lorenzfranck.de/thkoeln-mum.html>

Vorschriften (Textbestandteile)

Artikel/Paragraphen

Absätze

Sätze

Halbsätze

Nummern/Ziffern

Buchstaben

„Spiegelstriche“

Alternativen

Varianten

Datenschutzgrundregeln

Art. 5 Abs. 1 litt. a-f DS-GVO

- Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz
- Zweckbindung
- Datenminimierung
- Richtigkeit
- Speicherbegrenzung
- Integrität und Vertraulichkeit

Einwilligung

Definition

Art. 4 Nr. 11 DS-GVO: „jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“

Rechtmäßigkeit der Verarbeitung

Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO

Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO (besondere Kategorien pbDaten)

Bedingungen der Einwilligung

Art. 7 DS-GVO

Besondere Schutzvorschriften

Art. 8 DS-GVO (Einwilligung von Kindern online)

§ 26 Abs. 2 BDSG (Arbeitnehmer)

Betroffenenrechte

Informationelle Selbstbestimmung

Permission	Intervention	Information	Petition	Kompensation
Einwilligung Einwilligung von Kindern Werbe-einwilligung Schweigepflicht-entbindung Erlass Löschwider-spruch	Widerruf der Einwilligung Widerspruch Unterlassungs-an-spruch Gegen-darstellung Löschung Vergessen-werden Einschränkung Berichtigung	Transparenz-pflichten bei Direkterhebung Transparenz-pflichten außerhalb der Direkterhebung Datenpannen Auskunfts- und Einsichtsrechte Datenübertrag-barkeit	Datenschutz-beauftragter Betriebsrat Datenschutz-aufsicht Vertretung Staats-anwaltschaft Standesrecht-liche Gremien	Art. 82 DSGVO §§ 280 ff. BGB §§ 823 ff. BGB

Recht der Datenschutzbeauftragten

Kernvorschriften: Artt. 37-39 DS-GVO, §§ 5-7, 38 BDSG

Aufgabe: Art. 39 Abs. 1 litt. a-e DS-GVO

- *Unterrichtung*
- *Beratung*
- *Überprüfung*
- *Zusammenarbeit & Kontakt mit der Aufsichtsbehörde*

Voraussetzungen:

- Berufliche Qualifikation/Fachkunde (Art. 37 Abs. 5 DS-GVO)
- Keine Interessenkonflikte! (Art. 38 Abs. 6 DS-GVO)

Recht der Datenschutzbeauftragten

Bestellungspflicht (Art. 37 Abs. 1 litt. a-c DS-GVO, § 38 BDSG):

- Öffentliche Stellen
- Kerntätigkeit = umfangreiche regelmäßige und systematische Überwachung von betroffenen Personen
- Kerntätigkeit = umfangreiche Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten im Sinne von Artt. 9 oder 10 DS-GVO
- Datenverarbeitung durch mindestens zehn Personen
- Datenverarbeitung mit Pflicht zur Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DS-GVO
- Geschäftsmäßige Datenverarbeitung zum Zweck der Übermittlung, der anonymisierten Übermittlung
- Geschäftsmäßige Verarbeitung für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung

Recht der Datenschutzbeauftragten

Besondere Rechte:

- Kontrollrechte (Art. 38 Abs. 1 & 2 DS-GVO)
- Berichtet unmittelbar der Leitung (Art. 38 Abs 3 Satz 3 DS-GVO)
- Anspruch auf Unterstützung (Art. 38 Abs. 2 DS-GVO)
- Fort- und Weiterbildungsanspruch (Art. 38 Abs. 2 DS-GVO)
- Unentgeltliche Beratung durch Aufsichtsbehörden (Art. 57 Abs. 3 DS-GVO, § 40 Abs. 6 Satz 1 BDSG)
- Weisungsfreiheit (Art. 38 Abs. 3 Satz 1 DS-GVO)
- Benachteiligungsschutz (Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO)
- Abberufungsschutz (Art. 38 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO)
- Kündigungsschutz (§ 6 Abs. 4, § 38 Abs. 2 BDSG)

Datenschutz-Management

- Accountability & Dokumentation (Art. 5 Abs. 2 DS-GVO)
 - Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten (Art. 30 DS-GVO)
 - Schutzverletzungen (Art. 33 Abs. 5 DS-GVO)
 - Dokumentierte Weisungen in der Auftragsverarbeitung (AV) (Art. 28 Abs. 3 lit. a DS-GVO)
- Bestellung eines Datenschutzbeauftragten (Art. 37 DS-GVO)
- Gewährleistung von Betroffenenrechten (Art. 12 ff. DS-GVO)
- Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 35 DS-GVO)
- Sicherheit der Verarbeitung (Art. 32 DS-GVO)
 - privacy by design/privacy by default (Art. 25 DS-GVO)

Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten (VVT)

Nach Erwägungsgrund 82 soll der Verantwortliche „zum Nachweis der Einhaltung dieser VO“ das VVT führen. Daher kann die zuständige Aufsichtsbehörde die Vorlage verlangen, um die betreffenden Stellen hoheitlich zu kontrollieren.

- Verarbeitungstätigkeit?
prozessorientierte Übersicht der Verarbeitungen. Früher „Verfahren“-sbegriff als „Bündel von Verarbeitungsschritten“ (vormals Art. 18 Abs. 1 RL 95/46/EG)
- Verpflichtete
grds. sämtliche Verantwortliche (Ausnahme in Art. 30 Abs. 5 DS-GVO weitgehend wertlos)
- Inhalte
Liste in Art. 30 Abs. 1 litt. a-g DS-GVO
- Lesehinweise:
 - Bitkom, <https://www.bitkom.org/NP-Themen/NP-Vertrauen-Sicherheit/Datenschutz/FirstSpirit-1496129138918170529-LF-Verarbeitungsverzeichnis-online.pdf>
 - GDD, https://www.gdd.de/downloads/praxishilfen/GDD-Praxishilfe_DS-GVO_5.pdf

Datenschutz-Folgenabschätzung

- umfassende Risikobewertung von Datenverarbeitungsvorgängen
- Verpflichtete: sämtliche Verantwortliche
- Anwendungsbereich: Art. 35 Abs. 3 litt. a-c DS-GVO
- Inhalt: Art. 35 Abs. 7 DS-GVO
 - systematische Beschreibung der geplanten Verarbeitungsvorgänge; Zwecke der Verarbeitung; berechnete Interessen;
 - Bewertung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Verarbeitungsvorgänge in Bezug auf den Zweck;
 - Bewertung der Risiken für die Rechte und Freiheiten;
 - geplante Abhilfemaßnahmen.

Pflicht zur DSFA

- Ist die Verarbeitung „gewhitelistet“ gem. Art. 35 Abs. 5 DS-GVO? Wenn ja: keine DSFA notwendig, Prüfung beendet.
- Liegt bereits eine vorweggenommene Folgenabschätzung im Sinne des Art. 35 Abs. 10 DS-GVO vor und hat der Mitgliedsstaat keine darüber hinausgehende DSFA angeordnet? Wenn ja: keine DSFA notwendig,
- Liegt bereits eine DSFA für einen ähnlichen Verarbeitungsvorgang mit ähnlich hohem Risiko im Sinne von Art. 35 Abs. 1 Satz 2 DS-GVO vor? Wenn ja: keine DSFA notwendig,
- Ist die Verarbeitung „geblacklistet“ gem. Art. 35 Abs. 4 DS-GVO? Wenn ja: DSFA notwendig.
- Besteht ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen?
Wenn ja: DSFA notwendig
 - Ist eine der Fallgruppen des Art. 35 Abs. 3 litt. a bis c DS-GVO erfüllt?
 - Ist ein sonstiges hohes Risiko im Sinne des Art. 35 Abs. 1 DS-GVO erkennbar?
(Mögliche Anknüpfungspunkte: eigene Checkliste des DSB, eigene Checkliste des Fachbereichs, Checkliste nach WP 248 der Artikel-29-Gruppe)

Pflicht zur DSFA in Markt-, Meinungs- und Sozialforschung

- Art. 35 Abs. 3 lit. b DS-GVO? umfangreiche Verarbeitung besonderer Kategorien von personenbezogenen Daten
 - politische Meinungen?
 - religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen?
 - Gesundheitsdaten/Sexualität?
- Ist die Verarbeitung „geblacklistet“ gem. Art. 35 Abs. 4 DS-GVO?
 - Noch existieren keine Listen, aber:
 - Indizien: Heute und zukünftig verbindliche DSB-Bestellung, heute Meldepflicht ggü. Aufsichtsbehörde § 4d Abs. 4 Nr. 3 BDSG a.F.

Sicherheit der Verarbeitung

- Pseudonymisierung und Verschlüsselung (Art. 32 Abs 1 lit. a DS-GVO)
- Vertraulichkeit, Integrität, Verfügbarkeit, Belastbarkeit (Art. 32 Abs 1 lit. b DS-GVO)
- Verfügbarkeit und Zugang rasch wiederherstellen (Art. 32 Abs 1 lit. c DS-GVO)
- Verfahren zur regelmäßigen Überprüfung, Bewertung und Evaluierung der Wirksamkeit der technischen und organisatorischen Maßnahmen (TOMs) (Art. 32 Abs 1 lit. d DS-GVO)

Risiken berücksichtigen, die mit der Verarbeitung verbunden sind, insbesondere Vernichtung, Verlust, Veränderung, unbefugte Offenlegung, unbefugter Zugang.

Werbung

Definition: *Jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern (Art. 2 lit. a Richtlinie 2006/114/EG)*

Vereinfacht: „Jede Äußerung zum Zwecke der Absatzsteigerung“

Werbung

Rechtmäßigkeit der Verarbeitung:

- Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit. a)
- Interessenabwägung (Art. 6 Abs. 1 lit. f)
Erwägungsgrund 47 Satz 7: *Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung **kann** als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden.*
- Vorvertragliche Maßnahmen? (Art. 6 Abs. 1 lit. b)

Werbung

Widerspruchsrecht (Art. 21 Abs. 2):

- jederzeit
- keine Gegenrechte des Verantwortlichen
- keine Begründungspflicht
- auch gegen entsprechendes Profiling

eMail-Werbung (§ 7 II Nr. 3, III UWG)

- Einwilligung
- oder kumulativ:
 - Nur, wenn Adresse im Zusammenhang mit Verkauf von Waren oder Dienstleistungen erhalten
 - Nur für eigene **ähnliche** Waren oder Dienstleistungen
 - Nur ohne Werbewiderspruch
 - Nur mit Widerspruchsmöglichkeit

Geltungsdauer der Werbeeinwilligung

- Jedenfalls weniger als 10 Jahre, LG Hamburg, Urteil vom 17.2.2004 – 312 O 645/02
- Jedenfalls weniger als 4 Jahre, AG Bonn, Urteil vom 10.05.2016, Az. 104 C 227/15
- Jedenfalls weniger als 2 Jahre, LG Berlin (Urteil vom 2.7.2004 – Az. 15 O 653/03
- Jedenfalls weniger als 17 Monate, LG München I, Urteil vom 8.4.2010 – Az. 17 HK O 138/10
- Kein Erlöschen, wenn regelmäßige Verwendung, AG Hamburg, Urteil vom 24.08.2016 – Az. 9 C 106/16

Marktforschung

„Marktforschung ist die systematische Sammlung, Aufbereitung, Analyse und Interpretation von Daten über Märkte und Marktbeeinflussungsmöglichkeiten zum Zweck der Informationsgewinnung für Marketing-Entscheidungen.“ (Böhler)

„Marktforschung ist die Sammlung, Verarbeitung und Analyse von Informationen über gegenstände, die für das Marketing relevant sind.“ (Lehmann/Gupta/Steckel)

„Marktforschung ist die systematische Sammlung, Aufzeichnung und Analyse von Daten über Probleme, die in Beziehung stehen zum Marketing von Gütern und Dienstleistungen.“ (American Marketing Association)

„Empirische Sozialforschung ist eine Gesamtheit von Methoden, Techniken und Instrumenten zur wissenschaftlich korrekten Durchführung von Untersuchungen des menschlichen Verhaltens und weiterer sozialer Phänomene.“ (Häder)

Definition im Rechtssinne fehlt.

Untersuchungsablauf

1. Definition des Problems
2. Festlegung des Untersuchungsziels
3. Festlegung des Untersuchungsdesigns
4. Entwicklung der Meßinstrumente
5. Datensammlung
6. Datenanalyse
7. Bericht

Phasen nach Kuß/Kleinaltenkamp, Marketing-Einführung 2013, S. 97

Marktforschung und Werbung

ICC/ESOMAR-Kodex (Bundesgebiet):

„Wissenschaftliche Untersuchungen der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung müssen [...] klar erkennbar gegenüber anderen Tätigkeiten abgegrenzt sein [...], insbesondere gegenüber allen Tätigkeiten des Direktmarketings, der Werbung und der Verkaufsförderung.“

PROBLEM: Wissenschaftlichkeit alleine genügt nicht zur Abgrenzung

Marktforschung und Werbung

Indizien zur Abgrenzung:

- **Fragestellung** (abstrakt/konkret; Ergebnis nur für beauftragendes Unternehmen verwertbar oder für die wissenschaftliche Community/Branche insgesamt?)
- **Stichprobe** (Allgemeinheit oder Bestandskunden?)
- **Produkte** und Dienstleistungen (werden allein Produkte des beauftragenden Unternehmens abgefragt?)
- **Rückkanal** (stehen am Ende personenbezogene Ergebnisse oder werden rein statistische bzw anonymisierte Ergebnisse erzeugt; erkennt der Betroffene, wer das beauftragende Unternehmen ist?)
- **Absatzförderung** (unmittelbar oder mittelbar; wie viele Umsetzungsschritte liegen zwischen dem Studienergebnis und der Steigerung des Absatzes?)
- **Incentive** (wird ein Anreiz für die Mitwirkung geboten; handelt es sich um mehr als eine bloße Aufwandsentschädigung?)

Forschung in der DS-GVO

Weiterverarbeitung für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke (Art. 5 Abs. 1 lit. b)

Längere Speicherung (Art. 5 Abs. 1 lit. e)

Ausnahme von Transparenz (Art. 14 Abs. 5 lit. b)

Ausnahme von Löschpflicht (Art. 17 Abs. 3 lit. d)

Widerspruchsrecht (Art. 21 Abs. 6)

Datenminimierung & Pseudonymisierung (Art. 89 Abs. 1)

Ausnahmen von Betroffenenrechten (Art. 89 Abs. 2)

Forschung im neuen BDSG

Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten ohne Einwilligung (§ 27 Abs. 1 BDSG)

Einschränkung bestimmter Betroffenenrechte, wenn sie vss die Verwirklichung der Zwecke unmöglich machen oder ernsthaft beeinträchtigen (§ 27 Abs. 2 BDSG)

Anonymisierung (§ 27 Abs. 3 BDSG)

Veröffentlichung (§ 27 Abs. 4 BDSG)

Literatur

- Hornung/Hofmann, Die Auswirkungen der europäischen Datenschutzreform auf die Markt- und Meinungsforschung, ZD-Beilage 4/2017.
- Golla/Hofmann/Bäcker, Connecting the dots – Sozialwissenschaftliche Forschung in Sozialen Medien im Lichte von DS-GVO und BDSG-neu, DuD 2018, 89 ff.