

Dezember 2003

Kundenbindungssysteme und Datenschutz

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

KURZ-ZUSAMMENFASSUNG

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.

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*?“.