

Nils Christian Haag

Direktmarketing mit Kundendaten aus Bonusprogrammen

GABLER RESEARCH

Nils Christian Haag

Direktmarketing mit Kundendaten aus Bonusprogrammen

Datenschutzrechtliche Einwilligung
als Nutzungslizenz?

Mit einem Geleitwort von Prof. Dr. Wolfgang Kilian



RESEARCH

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<<http://dnb.d-nb.de>> abrufbar.

Dissertation Leibniz Universität Hannover, 2009

1. Auflage 2010

Alle Rechte vorbehalten
© Gabler Verlag | Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2010

Lektorat: Ute Wrasmann | Jutta Hinrichsen

Gabler Verlag ist eine Marke von Springer Fachmedien.
Springer Fachmedien ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media.
www.gabler.de



Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Umschlaggestaltung: KünkelLopka Medienentwicklung, Heidelberg
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier
Printed in Germany

ISBN 978-3-8349-2281-6

Geleitwort

Nils Christian Haag setzt sich in seiner Dissertation mit den rechtlichen Rahmenbedingungen sogenannter „Bonusprogramme“ auseinander. „Bonusprogramme“ sind nach Abschaffung des deutschen Gesetzes über Preisnachlässe (Rabattgesetz) – das fast siebenzig Jahre bis zum Jahr 2001 galt und das die Preisnachlässe auf drei Prozent des ausgewiesenen Verkaufspreises beschränkte – in fast allen größeren deutschen Unternehmen gegenüber Verbrauchern üblich geworden. Diese meist elektronisch durchgeführten Bonusprogramme sind untereinander verflochten, so dass eine wechselseitige Verrechnung der Boni auf einer Metaebene stattfinden kann. Verbraucher, die durch ihre Beteiligung an solchen Bonusprogrammen geldwerte Vorteile erzielen wollen, müssen zahlreiche personenbezogene Daten liefern, die für Verwaltungs- und Marketingzwecke verwendet werden.

Aus ökonomischer Sicht besteht das Ziel solcher Bonusprogramme darin, eine enge Kundenbindung herbeizuführen, um anhand der Auswertung der Daten über die Kaufgewohnheiten der Kunden das Marketing zu effektivieren. Aus juristischer Sicht steht der Schutz der Verbraucher vor unzulässiger Verwendung seiner Daten im Mittelpunkt des Interesses.

Haag beschreibt ausführlich die in Deutschland üblichen Bonusprogramme, die inzwischen auch auf andere Staaten (z.B. Polen) erstreckt worden sind, untersucht die speziellen allgemeinen Geschäftsbedingungen und widmet sich vor allem dem Datenschutzrecht. Die komplizierten neuen datenschutzrechtlichen Vorschriften für die Werbung aus dem Jahre 2009 werden einbezogen.

In Kenntnis der praktischen Handhabung der Bonusprogramme stellt Haag rechtstheoretische Überlegungen über den geldwerten Charakter personenbezogener Daten an und macht zugleich sinnvolle Vorschläge für eine effektive rechtskonforme Durchführung solcher Programme.

Die Arbeit verbindet Praxis und Theorie in einem marktwirtschaftlich interessanten Feld und wurde mit dem Wissenschaftspreis der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherung e.V. (GDD) ausgezeichnet.

Prof. em. Dr. Wolfgang Kilian

Vorwort

Zur Verbesserung der Lesbarkeit sind alle im Anhang befindlichen Dokumente mit dem Passwort „B0nu5“ im Internet einsehbar unter: „<http://www.gabler.de/Buch/978-3-8349-2281-6/>“.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Prof. em. Dr. Wolfgang Kilian. Seine Ideen bei der Themenfindung und Vorschläge zur Lösung einzelner Probleme der Arbeit waren eine große Hilfe. Nicht viele Doktoranden können eine stets schnelle und kurzfristig erreichbare Unterstützung wie bei Herrn Kilian genießen. Ebenso möchte ich Prof. Dr. Nikolaus Forgó für die Zweitkorrektur der Arbeit und seine wertvollen Anregungen herzlich danken.

Darüber hinaus möchte ich mich bei allen anderen Mitarbeitern des Instituts für Rechtsinformatik der Leibniz Universität Hannover für jegliche Unterstützung und die schöne Zeit bedanken. Die morgendlichen Kaffeerunden, insbesondere mit Fabian Schmieder, werden mir immer in bester Erinnerung bleiben und haben auch ihren Anteil an der Entstehung dieses Buches. Ebenso möchte ich mich bei Dr. Gregor Scheja für die vielen weiterführenden fachlichen Diskussionen und dafür bedanken, dass er für mich auch über die Zeit am Institut hinaus stets ein großer Förderer war.

Von ganzem Herzen bedanke ich mich bei meinen Eltern Ursula und Christian sowie meinem Großvater Dr. Werner Haag für die stets interessierte und mitfühlende Begleitung der Entstehung dieser Arbeit und die große Unterstützung dabei.

Ein besonders lieber Dank geht an meine Verlobte Tina. Unser Zusammensein ist schon lange die unverzichtbare Basis und war es auch für das Schreiben dieser Arbeit.

Nils Christian Haag

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort	V
Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Abbildungsverzeichnis	XIX
Tabellenverzeichnis	XXI
Einleitung	1
A. Wirtschaftswissenschaftlicher Hintergrund eines Bonusprogramms	7
I. Der Wandel vom Massenmarketing zum Beziehungsmarketing .	7
1. Customized Marketing	7
2. Relationship Marketing	9
3. Direktmarketing	10
II. Customer Relationship Management (CRM)	11
1. Begriff des CRM	11
2. Ziele des CRM	12
a) Gebundenheit	13
b) Verbundenheit	14
aa) Kundennähe	14
bb) Kundenzufriedenheit	14
cc) Kausalzusammenhang zwischen Kundennähe, -zufriedenheit und -bindung	15
c) Zwischenergebnis	16
3. Komponenten eines CRM-Systems	16
a) Operatives CRM	16
b) Kollaboratives CRM	17
c) Analytisches CRM	17
aa) Data Warehouse	17
bb) OLAP	18

	cc) Data Mining	18
	4. Zwischenergebnis	19
III.	Umsetzung einer CRM-Strategie durch Kundenbindungssysteme	19
	1. Rabattsysteme und Couponing	19
	2. Kundenkarten	20
	3. Kundenclubs	21
	4. Bonusprogramme	23
	a) Begriff	23
	b) Bedeutung als CRM-Instrument	24
	aa) Wirkung im Vergleich zum Kundenclub	24
	bb) Wirkung im Vergleich zu Rabattsystemen	25
	cc) Folgen des Wegfalls des Rabattgesetzes	25
	5. Zwischenergebnis	26
B.	Unternehmensübergreifende Bonusprogramme	
	in Deutschland	29
I.	Die größten Anbieter	30
	1. BSW BonusClub	30
	2. Miles & More	31
	3. Payback	31
	4. HappyDigits	34
	5. Webmiles	36
	6. DeutschlandCard	37
II.	Vertragsbeziehungen	39
	1. Vertragsbeziehungen zwischen den Unternehmen	39
	a) Rechte und Pflichten zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks	39
	b) Keine speziellere Gesellschaftsform	41
	c) Zwischenergebnis	42
	2. Vertragsbeziehungen zwischen Kunde und Unternehmen	43
	a) Erwerb von Waren oder Dienstleistungen	43
	b) Prämienvertrag	44
	aa) Vertragspartner auf Unternehmensseite	44
	bb) Tauschvertrag, § 480 BGB	48
	cc) Typengemischter Vertrag	50
	(1) Geschäftsbesorgungselement, § 675 BGB	50
	(2) Kaufelement, § 433 BGB	50
	(3) Datenüberlassungselement	51
	(4) Vertrag zugunsten Dritter, § 328 BGB	53

3.	Zwischenergebnis	54
III.	Verwendungen von Kundendaten	55
1.	Anmeldung eines neuen Teilnehmers	55
2.	Registrierung der Einkäufe	56
3.	Zusammenführung beim Systembetreiber	57
4.	Verwendung und Anreicherung durch den Systembetreiber	57
a)	Potentialdaten	58
aa)	OLAP	59
bb)	Data Mining	60
(1)	Assoziationsanalysen	61
(2)	Diskriminanzanalysen	63
(a)	Klassifizierung nach Kundenpo- tential (mittels Scoring)	63
(b)	Klassifizierung nach vermuteten Kaufinteressen	64
(3)	Clusteranalysen	65
b)	Eingekaufte Daten	66
c)	Aktions- und Reaktionsdaten	67
5.	Weitergabe der Daten an die Partnerunternehmen	68
6.	Zwischenergebnis	68
C.	Normative Rahmenbedingungen	71
I.	Datenschutzrechtliche Anforderungen	71
1.	Grundlagen des Datenschutzrechts	71
a)	Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesver- fassungsgerichts und in der Literatur	71
b)	Entwicklung in der Gesetzgebung	75
2.	Die Einwilligung als Rechtfertigungselement	77
a)	Rechtsdogmatische Grundlagen der Einwilligung	77
b)	Anforderungen an eine wirksame datenschutzrecht- liche Einwilligung	81
c)	Einwilligungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	82
aa)	Intensiver Grundrechtseingriff	85
bb)	Mangelnde inhaltliche Transparenz	86
cc)	Versteckte Klauseln	87
dd)	Psychologische Beeinflussung	88
3.	Zwischenergebnis	89
4.	Prüfungsschema für Einwilligungen in AGB	91
II.	Belästigungsverbot des § 7 UWG	92

D.	Datenschutzrechtliche Zulässigkeit	93
I.	Anwendbarkeit des BDSG	93
1.	Personenbezogene Daten	93
a)	Anmelde- und Konsumdaten	93
b)	Aktions- und Reaktionsdaten	94
c)	Potentialdaten	94
aa)	Assoziationsanalysen	95
bb)	Diskriminanzanalysen	95
	(1) Klassifizierung nach Kundenpotential (mittels Scoring)	95
	(2) Klassifizierung nach vermuteten Kaufin- teressen	97
cc)	Clusteranalysen	97
d)	Zwischenergebnis	98
2.	Erhebung, Verarbeitung und Nutzung	98
a)	Erhebungen	98
b)	Verarbeitungen	99
aa)	Speicherungen	100
bb)	Übermittlungen	100
cc)	Veränderungen	102
c)	Nutzungen	102
d)	Zwischenergebnis	102
3.	Keine speziellere Regelung	103
a)	Telekommunikationsgesetz (TKG)	103
b)	Telemediengesetz (TMG)	104
4.	Anwendbarkeit des deutschen Datenschutzrechts	105
5.	Zwischenergebnis	107
II.	Einwilligung in die Datenverwendung zu Zwecken der Rückver- gütung	107
1.	Ausdrückliche Erklärung	107
a)	BSW BonusClub	108
b)	Sonstige Bonusprogramme	109
2.	Konkludente Erklärung	109
3.	Zwischenergebnis	112
III.	Einwilligung in die Datenverwendung für das Direktmarketing	113
1.	Payback	116
a)	Anmeldung in Papierform	116
aa)	§ 28 Abs. 3a S. 2 BDSG	118
bb)	§ 4a Abs. 1 S. 2 BDSG	118

	cc)	§ 28 Abs. 3 und 3b BDSG	120
	dd)	AGB-Kontrolle	120
		(1) Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB	120
		(2) Überraschende Klausel, § 305c Abs. 1 BGB	123
		(3) Unangemessene Benachteiligung, § 307 BGB	123
		(a) Beeinträchtigung des kognitiven Elements der Einwilligung	125
		(aa) Bestimmtheit	125
		(bb) Erkennbarkeit der Einwilli- gungsklausel	126
		(cc) Zwischenergebnis	126
		(b) Beeinträchtigung des voluntativen Elements der Einwilligung	126
		(c) Reichweite der Einwilligung	127
		(d) Gesamtbewertung	128
		(4) Zwischenergebnis	129
	b)	Online-Anmeldung	129
		aa) § 13 Abs. 2 und 3 TMG	130
		bb) Unangemessene Benachteiligung, § 307 BGB	131
2.		HappyDigits	131
	a)	Anmeldung in Papierform	131
		aa) § 28 Abs. 3a S. 2 BDSG	134
		bb) § 4a Abs. 1 S. 2 BDSG	134
		cc) § 28 Abs. 3 und 3b BDSG	134
		dd) Unangemessene Benachteiligung, § 307 BGB	135
		(1) Kognitives Element der Einwilligung	135
		(2) Voluntatives Element der Einwilligung	136
		(3) Reichweite der Einwilligung	138
		(4) Gesamtbewertung	138
		ee) Zwischenergebnis	138
	b)	Online-Anmeldung	138
3.		DeutschlandCard	139
	a)	Anmeldung in Papierform	139
		aa) § 28 Abs. 3a S. 2 BDSG	141
		bb) § 4a Abs. 1 S. 2 BDSG	141
		cc) § 28 Abs. 3 und 3b BDSG	141
		dd) Unangemessene Benachteiligung, § 307 BGB	141

	b)	Online-Anmeldung	142
4.	Miles&More		142
	a)	Anmeldung in Papierform	142
		aa) § 28 Abs. 3a S. 2 BDSG	144
		bb) § 4a Abs. 1 S. 2 BDSG	144
		cc) § 28 Abs. 3 und 3b BDSG	144
		dd) Unangemessene Benachteiligung, § 307 BGB	145
	b)	Online-Anmeldung	145
5.	BSW BonusClub		145
	a)	Anmeldung in Papierform	145
		aa) § 28 Abs. 3a S. 2 BDSG	146
		bb) § 4a Abs. 1 S. 2 BDSG	146
		cc) § 28 Abs. 3 und 3b BDSG	146
		dd) Überraschende Klausel, § 305c Abs. 1 BGB	146
	b)	Online-Anmeldung	147
6.	Webmiles		147
	a)	§ 13 Abs. 2 und 3 TMG	148
	b)	Unangemessene Benachteiligung, § 307 Abs. 1 BGB	148
7.	Zwischenergebnis		149
IV.	Rechtfertigung durch die Erlaubnistatbestände des BDSG		150
	1.	Datenverwendungen zu Zwecken der Rückvergütung	150
		a) Name und Anschrift	152
		b) Telefon, Fax und E-Mail	152
		c) Geburtsdatum	153
		d) Sonstige Anmelde Daten	154
		e) Konsumdaten	155
		f) Sonstige Daten	157
		g) Zwischenergebnis	157
	2.	Datenverwendungen zu Zwecken des Individualmarketings	158
V.	Zwischenergebnis		160
E.	Vereinbarkeit mit § 7 UWG		161
I.	Telefonmarketing		162
II.	Werbung mit automatischen Anrufmaschinen		164
III.	Telefaxwerbung		164
IV.	E-Mail-Werbung		165
	1.	Ausnahme des § 7 Abs. 3 UWG	165
	2.	Einwilligung nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG	168
	3.	Zwischenergebnis	170

V.	SMS-Werbung	170
VI.	Postalische Werbung	171
VII.	Zwischenergebnis	172
F.	Optimierung durch Kommerzialisierung der Einwilligung	173
I.	Vorteile einer Kommerzialisierung der Einwilligung	175
1.	Interessen der Unternehmen an einer Vermarktung	176
2.	Interessen der Betroffenen an einer Vermarktung	177
a)	Finanzielle Interessen	177
b)	Interessen an der Privatsphäre	178
3.	These	182
II.	Rechtliche Anforderungen an eine Kommerzialisierung der Ein- willigung	183
1.	Rechtliche Gestaltung der Verwertung	183
a)	Verpflichtungsgeschäfte	183
b)	Verfügungsgeschäfte	186
aa)	Grundsätzliche Eignung als Verfügungsrecht	186
bb)	Modernisierungsgutachten und Kritik daran	187
cc)	Rechtsprechung	192
dd)	Rechtsdogmatische Konstruktion	194
c)	Zwischenergebnis	197
2.	Verbraucherschutzrechtliche Anforderungen	198
3.	Absolute Grenzen der Vermarktung personenbezogener Daten	202
III.	Praktische Folgen einer Kommerzialisierung der Einwilligung	207
IV.	Endergebnis mit Gestaltungsvorschlag	209

Literaturverzeichnis	213
-----------------------------	------------

Verzeichnis der Online-Quellen	229
---------------------------------------	------------

Abkürzungsverzeichnis

CLV	Customer Lifetime Value
CRM	Customer Relationship Management
KDD	Knowledge Discovery in Databases
OLAP	Online Analytical Processing
RFMR-Methode	recency/frequency/monetary ratio
TÜV	Technischer Überwachungsverein
ULD	Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein
URL	Uniform Resource Locator
VZBV	Bundesverband der Verbraucherzentralen

(Hinsichtlich sonstiger Abkürzungen siehe: **Kirchner, Hildebert:**
Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Auflage, Berlin 2003)

Abbildungsverzeichnis

1	Vertragsbeziehungen zwischen den Unternehmen eines Bonusprogramms	43
2	Payback-Karte, 2006	46
3	Vertragsstruktur eines Bonusprogramms (ohne Berücksichtigung der einzelnen Kauf- und Dienstleistungsverträge zwischen Kunde und Partnerunternehmen, für die die Bonuspunkte gewährt werden)	54
4	Einwilligungsklausel <i>BSW BonusClub</i> (2006)	108
5	Einwilligungsklausel <i>Payback</i> (2007)	117
6	Einwilligungsklausel <i>HappyDigits</i> (2007)	133
7	Einwilligungsklausel <i>DeutschlandCard</i> (2008)	140
8	Einwilligungsklausel <i>Miles&More</i> (2008)	143
9	Einwilligungsklausel <i>Webmiles</i> (2008)	148
10	Abschließender Vorschlag für ein Anmeldeformular	211

Tabellenverzeichnis

1	Partnerunternehmen <i>Payback</i> (Stand: Januar 2010)	33
2	Ehemalige Partnerunternehmen <i>HappyDigits</i> (Stand: Januar 2009)	35
3	Partnerunternehmen <i>DeutschlandCard</i> (Anzahl der teilnehmenden Filialen ist nicht bekannt; Stand: Januar 2010)	38
4	Erfasste Anmeldedaten	56
5	Erfasste Konsumdaten	57
6	Mögliche Ursachen für eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 BGB durch eine Einwilligung in AGB	91