

WERBUNG

Juni 2020

Prof. Dr. Anne Riechert

Rechtsgrundlage:

Artikel 6 Absatz 1 a) und f) sowie Erwägungsgrund 47 Datenschutzgrundverordnung und § 7 UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)

Bei Werbemaßnahmen sind die Regelungen der Datenschutzgrundverordnung sowie des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in die Zulässigkeitsprüfung einzubeziehen.

Unter dem folgenden Punkt A. werden Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Werbemaßnahme unter besonderer Berücksichtigung der Auffassung der Aufsichtsbehörden dargestellt (siehe Datenschutzkonferenz, Kurzpapier Werbung - https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_3.pdf). Unter B. erfolgt eine Zusammenfassung; weiterführende Links sind unter Punkt C. aufgelistet. Ergänzende Hinweise zu Werbemaßnahmen von elektronischen Kommunikationsdiensten bzw. auf Online-Plattformen und unter Berücksichtigung der geplanten ePrivacy-Verordnung sind unter Punkt D. zu finden.

A. Voraussetzungen

Werbung ist zulässig, wenn die betroffene Person eingewilligt hat, Artikel 6 Absatz 1 a DSGVO.

Interessenabwägung

Gleichberechtigt neben der Einwilligungsregelung steht die Interessenabwägung gemäß Artikel 6 Absatz 1 f DSGVO. Die Aufsichtsbehörden verweisen zudem darauf, dass stets die Grundsätze des Artikels 5 DSGVO einzuhalten sind, insbesondere eine faire Verfahrensweise, die dem Verarbeitungszweck angemessen und für die betroffene Person nachvollziehbar ist (etwa die Benennung der Datenquelle).

Folgendes ist im Einzelnen zu berücksichtigen:

- die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine dem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden (Erwägungsgrund 47)
- die betroffenen Personen müssen Direktwerbung vernünftigerweise erwarten können
- Telefon- und Faxwerbung ist nur mit Einwilligung erlaubt (§ 7 Absatz 2 UWG)
- E-Mailwerbung ist nur mit Einwilligung erlaubt, es sei denn es werden Bestandskunden angeschrieben, um eigene ähnliche Produkte zu bewerben und dem Kunden wird ein Widerspruchsrecht eingeräumt (§ 7 Absatz 3 UWG).

Im Hinblick auf die „vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person“ wird seitens der Aufsichtsbehörden angemerkt, dass diese Voraussetzungen derzeit noch nicht abschließend geklärt sind. Mit Blick auf die vernünftigen Erwartungen sollen jedoch die Informationen nach Artikel 13, 14 DSGVO maßgebend sein, wobei im Übrigen zu berücksichtigen sei, ob bereits eine Geschäftsbeziehung bestehe („ob die betroffene Person bereits Kunde des Verantwortlichen ist oder dessen Dienste nutzt“). In diesem Sinne geht auch § 7 Absatz 3 UWG davon aus, dass eine E-Mail an Bestandskunden für eigene Produkte zulässig sein kann.

Insgesamt kommt es beim Abwägungsprozess auf die Ausgewogenheit der Interessen an. Nach Ansicht der Aufsichtsbehörden können komplexe Profilbildungen zu persönlichen Besonderheiten und Vorlieben von Kunden einen massiven Eingriff in die Privatsphäre des Kunden darstellen. So sollen die Grundsätze einer fairen, dem Verarbeitungszweck angemessenen und einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Verfahrensweise dagegen sprechen, Profile zur werblichen Ansprache (Werbescores) zu erstellen, die z. B. Informationen aus sozialen Netzwerken berücksichtigen. Eingriffsintensivere Maßnahmen wie Profilbildung würden außerdem dafür sprechen, dass ein Interesse der betroffenen Person am Ausschluss der Datenverarbeitung überwiegt (siehe - wie eingangs bereits dargestellt - die Auffassung der Datenschutzkonferenz, Kurzpapier Werbung -https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_3.pdf).

Besondere Kategorien personenbezogener Daten

Werden besondere Kategorien personenbezogener Daten für Werbezwecke verarbeitet, ist Artikel 9 DSGVO zu berücksichtigen. Diese Regelung verlangt in Bezug auf die Verarbeitung von sensiblen Daten für Zwecke der Werbung die ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person. Werbemaßnahmen von Unternehmen aus der Gesundheitsbranche (z.B. Optiker) sind damit unter den einschränkenden Voraussetzungen des Artikels 9 DSGVO zu betrachten.

Fortgeltung von Einwilligungen

Nach Auffassung der Aufsichtsbehörden gelten bereits eingeholte Einwilligungen zwar fort. Dennoch ist zu beachten, ob diese den Anforderungen der Datenschutzgrundverordnung entsprechen, wobei insbesondere das Merkmal der Freiwilligkeit zu prüfen ist. In der Praxis hängt mit der Frage der Freiwilligkeit oftmals ein unzulässiges Kopplungsverbot zusammen(siehe hierzu den nachfolgenden Punkt).

Kopplungsverbot und „kostenlose“ Dienstleistungen

Die Aufsichtsbehörden verweisen im Hinblick auf die Beurteilung der Freiwilligkeit einer Einwilligung darauf, dass der Frage in größtmöglichem Umfange Rechnung zu tragen sei, ob die Erfüllung eines Vertrages von der Einwilligung zu einer Datenverarbeitung abhängig gemacht wird, die für die Vertragserfüllung nicht erforderlich ist.

Dienstleistungsangebote, bei denen die Nutzer mit ihren Daten bezahlen (z.B. die Einrichtung eines kostenlosen E-Mail-Accounts durch einen kommerziellen Anbieter unter der Voraussetzung, in den Erhalt eines regelmäßigen Newsletters einzuwilligen), sollen jedoch unter der Voraussetzung zulässig sein, dass diese Gegenleistung des Nutzers bei Vertragsschluss klar und verständlich dargestellt wird (siehe Datenschutzkonferenz: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_3.pdf).

B. In Kürze

Insgesamt gilt:

- Direktwerbung kann zulässig sein (Erwägungsgrund 47).
- Die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Personen und damit die Zulässigkeit der Direktwerbung werden im Wesentlichen durch die Informationen (Artikel 13, 14 DSGVO) bestimmt. Dabei kann ebenso zu berücksichtigen sein, ob bereits eine Geschäftsbeziehung zwischen den Beteiligten besteht („ob die betroffene Person bereits Kunde des Verantwortlichen ist oder dessen Dienste nutzt“).
- Nach der Datenschutzgrundverordnung muss stets ein ausdrücklicher, verständlicher und von anderen Informationen getrennter Hinweis auf das jederzeitige Widerspruchsrecht im Rahmen von Werbemaßnahmen erfolgen (Artikel 21 DSGVO).
- Erfolgt die Direktwerbung per E-Mail (oder mittels Fax, Telefon, SMS, etc.) sind die Regelungen des UWG zu beachten. Bei E-Mail-Werbung dürfen ohne Einwilligung des Kunden nur eigene ähnliche Produkte beworben werden, sofern der Verantwortliche dessen E-Mail-Adresse im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung erhalten und zudem deutlich auf das Widerspruchsrecht hingewiesen hat (§ 7 Absatz 3 UWG).
- Dienstleistungsangebote, bei denen Nutzer mit ihren Daten bezahlen, können trotz Kopplungsverbot unter der Voraussetzung zulässig sein, dass diese Gegenleistung des Nutzers bei Vertragsschluss klar und verständlich dargestellt wird (z.B. die Einrichtung eines kostenlosen E-Mail-Accounts durch einen kommerziellen Anbieter unter der Voraussetzung, in den Erhalt eines regelmäßigen Newsletters einzuwilligen).

C. Links und Materialien

Datenschutzkonferenz

Die Datenschutzkonferenz hat ein Kurzpapier zur Zulässigkeit von Werbung veröffentlicht - https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_3.pdf (Kurzpapier Werbung).

Außerdem hat die Datenschutzkonferenz eine Orientierungshilfe für Zwecke der Direktwerbung veröffentlicht, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20181107_oh_werbung.pdf

Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht

Das bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht stellt unter https://www.lida.bayern.de/de/thema_werbung.html vielfältige Informationen zum Thema „Werbung“ bereit. Die Behörde weist darauf hin, dass gerade die werbliche Verwendung der Kontaktdaten von Verbraucherinnen und Verbrauchern zu vielen Anfragen und Beschwerden bei den Datenschutzaufsichtsbehörden führt, wobei häufig die fehlende Kenntnis der datenschutz- und verbraucherenschutzrechtlichen Regelungen bei den Verantwortlichen oder bei den Verbraucherinnen und Verbrauchern der Anlass sei.

Unter https://www.lida.bayern.de/media/veroeffentlichungen/Info-Blatt_Verantwortliche_Datenverwendung_Werbung_DS-GVO_4-2019.pdf ist ein Praxisratgeber für Verantwortliche und unter https://www.lida.bayern.de/media/veroeffentlichungen/Info-Blatt_Verbraucher_Datenverwendung_f%C3%BCr_Werbung_%204-2019.pdf ein Merkblatt für Verbraucher abrufbar.

Die bayerische Behörde stellt außerdem unter <https://www.lida.bayern.de/media/muster/Widerspruch%20Verarbeitung%20Interessenabwaegung.docx> ein Musterformular zum Widerspruch gegen die Datenverarbeitung auf der Basis berechtigter Interessen zur Verfügung.

Darüber hinaus verweist sie zum Thema Phishing auf die Internetseite des Landeskriminalamts Niedersachsen (<https://www.polizei-praevention.de/themen-und-tipps/phishing.html>).

Artikel-29-Datenschutzgruppe:

Die Artikel-29-Datenschutzgruppe hat bereits im Jahre 2014 Leitlinien zur Auslegung von „berechtigten Interessen des Verantwortlichen“ sowie „Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Personen“ im Rahmen der EU-Richtlinie 95/46/EG veröffentlicht. Der Europäische Datenschutzausschuss bekräftigt die dort vertretenen Standpunkte (siehe unter https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/201903_edpb_statement_privacyregulation_de_0.pdf). Diese Empfehlungen der Artikel-29-Datenschutzgruppe können derzeit als Auslegungshilfe herangezogen werden, auch wenn sie sich nicht ausschließlich mit Werbemaßnahmen befassen, sondern allgemein die Datenverarbeitung aufgrund berechtigter Interessen definieren. So verweist die Artikel-29-Datenschutzgruppe etwa auf mögliche Schutzmaßnahmen, um die Grundfreiheiten und Grundrechte der betroffenen Personen im Rahmen der Datenverarbeitung sicherzustellen. Es kommt dabei stets auf die Ausgewogenheit der Interessen an. Die Artikel-29-Datenschutzgruppe verweist in diesem Zusammenhang beispielhaft auf komplexe Profilbildungen zu persönlichen Besonderheiten und Vorlieben von Kunden (WP 217, S. 33), die einen massiven Eingriff in die Privatsphäre des Kunden darstellen können.

Wenn es um berechnete Interessen geht, sind nach Auffassung der Artikel-29-Datenschutzgruppe in den Abwägungsprozess einerseits die Folgen für die betroffenen Personen einzubeziehen, andererseits jedoch ebenso mögliche Maßnahmen, die zu ihrem Schutz getroffen werden. Solche Schutzmaßnahmen können technische und organisatorische Maßnahmen umfassen (wie die verstärkte Nutzung von Anonymisierungstechniken oder die Aggregation von Daten) zur Sicherstellung dessen, dass die Daten nicht benutzt werden können, um Entscheidungen oder andere Maßnahmen im Zusammenhang mit einzelnen Personen zu treffen („funktionelle Trennung“), (WP 217, S. 53) - http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_en.pdf (WP 217 vom 09.04.2014).

Deutsche Fassung: https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Dokumente/Art29Gruppe_EDSA/Stellungnahmen/WP217_Opinion62014LegitimateInterest.pdf;jsessionid=DEA1EDB1F2D3C3321326D430470CC927.2_cid354?blob=publicationFile&v=1

IHK Saarland

Die IHK Saarland hat auf ihrer Webseite Informationen über die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Werbezwecken veröffentlicht (<https://www.saarland.ihk.de/ihk-saarland/Integrale?SID=CRAWLER&MODULE=Frontend.Media&ACTION=ViewMediaObject&Media.PK=7434&Media.Object.ObjectType=full>)

ZAW (Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft)

Der Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft hat eine Analyse des Positionspapiers der Datenschutzkonferenz vorgenommen (<http://zaw.de/zaw/aktuelles/meldungen/Anlagen/Analyse-ZAW-DSK.pdf>).

Europaweite Links

ICO: Britische Datenschutzbehörde (Information Commissioner's Office)

Die britische Datenschutzbehörde stellt eine Übersicht zum Direktmarketing bereit: <https://ico.org.uk/media/1555/direct-marketing-guidance.pdf>

D. Ergänzende Hinweise zu Werbemaßnahmen von elektronischen Kommunikationsdiensten:

Überblick

Zukünftig sollen die Regelungen der Datenschutzgrundverordnung durch die so genannte ePrivacy-Verordnung ergänzt und präzisiert werden, wenn es sich um elektronische Kommunikationsdaten handelt. Damit wären diese Regelungen auch für Trackingmaßnahmen sowie darauf basierenden Werbemaßnahmen relevant.

Die ePrivacy-Verordnung ist jedoch bislang nicht verabschiedet worden, was in der Praxis zu der unsicheren Rechtslage sowie Frage führte, inwieweit die ePrivacy-Richtlinie bzw. "Cookie-Richtlinie" neben der Datenschutzgrundverordnung weiterhin anwendbar ist (der Text der ePrivacy-Richtlinie ist abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32009L0136>).

In diesem Kontext hat der **Europäische Gerichtshof** (EuGH) am 01.10.2019 ein wichtiges Urteil gefällt (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=BD56B50E26B2706COAFAEB53CF30279?text=&docid=218462&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10385480>); die Pressemitteilung ist abrufbar unter <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-10/cp190125de.pdf>): Nach Auffassung des EuGH liegt keine wirksame Einwilligung vor, wenn die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät des Nutzers einer Website gespeichert sind, mittels Cookies durch ein voreingestelltes Ankreuzkästchen erlaubt wird, das der Nutzer zur Verweigerung seiner Einwilligung abwählen muss. Zudem müssen Angaben zur Funktionsdauer der Cookies und dazu, ob Dritte Zugriff auf die Cookies erhalten können, zu den Informationen zählen, die der Diensteanbieter dem Nutzer einer Website zu geben hat.

Dieses Urteil des Europäischen Gerichtshofs basiert auf einem Vorabentscheidungsverfahren, welches der Bundesgerichtshof eingeleitet und in welchem er um die Auslegung des Unionsrechts über den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation ersucht hatte. Aufgrund dieses Urteils entschied der **Bundesgerichtshof** am 28.05.2020, dass ein Diensteanbieter Cookies zur Erstellung von Nutzungsprofilen für Zwecke der Werbung oder Marktforschung nur mit Einwilligung des Nutzers einsetzen darf. Eine elektronisch zu erklärende Einwilligung des Nutzers, die den Abruf von auf seinem Endgerät gespeicherten Informationen mithilfe von Cookies im Wege eines voreingestellten Ankreuzkästchens gestattet, genügt diesem Einwilligungserfordernis nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nicht. Daher sind auch Cookie-Banner, die nur weggeklickt werden können, unzulässig (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=107623&pos=0&anz=1>); siehe auch die Pressemitteilung unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&nr=106314&linked=pm>).

In diesem Sinne hat die **Datenschutzkonferenz** bereits vor diesen beiden Urteilen darauf verwiesen, dass es einer vorherigen Einwilligung bei der Erstellung von Nutzerprofilen sowie beim Einsatz von Tracking-Mechanismen bedürfe, die das Verhalten von betroffenen Personen im Internet nachvollziehbar machen. Dies bedeutet, dass eine informierte Einwilligung i. S. d. DSGVO vor der Datenverarbeitung eingeholt werden muss, beispielsweise bevor Cookies platziert bzw. auf dem Endgerät des Nutzers gespeicherte Informationen gesammelt werden (siehe das Positionspapier zur Anwendbarkeit des Telemediengesetzes, das auf der ePrivacy-Richtlinie beruht, für nicht-öffentliche Stellen veröffentlicht, abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/ah/201804_ah_positionsbestimmung_tmg.pdf). Außerdem hat die Datenschutzkonferenz im März 2019 eine Orientierungshilfe für Anbieter von Telemedien veröffentlicht, abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tmg.pdf).

Auch der **Europäische Datenschutzausschuss** vertritt - entsprechend der Position der Datenschutzkonferenz - die Auffassung, dass die Einwilligung der Nutzer „systematisch in einer technisch realisierbaren und durchsetzbaren Weise eingeholt werden sollte, bevor elektronische Kommunikationsdaten verarbeitet oder bevor die Speicher- oder Verarbeitungsfunktionen der Endgeräte eines Nutzers verwendet werden.“ (https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_on_eprivacy_de.pdf). Der Europäische Datenschutzausschuss betont zudem, dass die ePrivacy-Verordnung unter keinen Umständen das Schutzniveau der derzeitigen ePrivacy-Richtlinie 2002/58/EG senken dürfe und die Datenschutz-Grundverordnung durch zusätzliche solide Garantien für alle Arten der elektronischen Kommunikation ergänzen müsse (siehe unter https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/201903_edpb_statement_eprivacyregulation_de_0.pdf).

Darüber hinaus hat der **Europäische Datenschutzausschuss** Leitlinien zur Verarbeitung personenbezogener Daten auf der Basis von Artikel 6 Absatz 1 b) DSGVO und im Zusammenhang mit Online-Services erstellt (https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf). Darin stellt er klar, dass eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten seitens eines Anbieters eines Online-Marktplatzes nicht für vertragliche Zwecke erforderlich ist, wenn der Anbieter personalisierte Produktempfehlungen auf der Grundlage zuvor angeschauter Artikel platzieren möchte. Er betont, dass verhaltensbasierte Werbung, die auf Cookies beruht, einer vorherigen Einwilligung des Nutzers bedarf (S. 15).

In diesem Zusammenhang soll ergänzend ebenso ein Gutachten erwähnt werden, dass das **Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz** in Auftrag gegeben hat und in welchem die Umsetzung der Datenschutzgrundverordnung durch Online-Dienste untersucht wird (https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/112919_DSGVO_Studie.pdf?__blob=publicationFile&v=2). So wird anhand von konkreten praktischen Beispielen unter anderem die Transparenz von Tracking-Maßnahmen, beispielsweise von Amazon (S. 80 ff.), dargestellt. In dem Gutachten wird beschrieben, dass die einschlägigen Rechtsgrundlagen zur Verarbeitung personenbezogener Daten von Amazon nicht explizit genannt werden. Inhaltlich werde gleichwohl der Katalog von Art. 6 Abs. 1 DSGVO abgedeckt, wobei der Schwerpunkt auf Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO liege.

Stand der ePrivacy-Verordnung

Mittlerweile liegen mehrere überarbeitete Entwürfe zur ePrivacy-Verordnung seit ihrer ersten Fassung vom 10.01.2017 vor. Diese Vorschläge wurden von den EU-Mitgliedsstaaten unterbreitet, die in dieser Zeit jeweils die EU-Ratspräsidentschaft innehatten und im Rahmen dieser Funktion die Arbeit des Rates vorbereiten und leiten sollten. Die Ratspräsidentschaft wechselt unter den Mitgliedsstaaten der EU alle sechs Monate im Rotationsprinzip.

Ein Überblick zum bisherigen Verlauf und aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens ist unter <https://www.datenschutz-bayern.de/0/eprivacyVO.html> abrufbar. Sämtliche Dokumente des Verfahrens sowie die Vorschläge der jeweiligen Ratspräsidentschaft sind außerdem auf der Webseite der Republik Österreich zusammengestellt (<https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/DIR/index.shtml?FART=INT&TYP=COD&FZAHL=0003&JAHR=2017>). Das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht hat zudem einen Vergleich der Fassungen der ePrivacy-Verordnung von EU-Kommission vom 10.01.2017 und dem Entwurf einer legislativen Entschließung des EU-Parlaments vom 23.10.2017 veröffentlicht (https://www.lda.bayern.de/media/eprivacy_synopse.pdf).

Zu den einzelnen Entwürfen siehe außerdem:

- Entwurf der Europäischen Kommission vom 10.01.2017 (COM(2017) final 2017/0003 (COD), abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0010>.
- Entwurf zur ePrivacy-Verordnung der bulgarischen Ratspräsidentschaft vom 04.05.2018, abrufbar unter <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8537-2018-INIT/en/pdf>
- Entwurf zur ePrivacy-Verordnung der österreichischen Ratspräsidentschaft vom 10.07.2018, abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXVI/EU/03/00/EU_30006/imfname_10827644.pdf
- Entwurf zur ePrivacy-Verordnung der rumänischen Ratspräsidentschaft vom 15.02.2019, abrufbar unter <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6467-2019-INIT/en/pdf>
- Entwurf zur ePrivacy-Verordnung der finnischen Ratspräsidentschaft vom 18.09.2019, abrufbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12293-2019-INIT/en/pdf>
- Entwurf zur ePrivacy-Verordnung der kroatischen Ratspräsidentschaft vom 06.03.2020, abrufbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6543-2020-INIT/en/pdf>
- Entwurf zur ePrivacy-Verordnung der deutschen Ratspräsidentschaft vom 06.07.2020, abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXVII/EU/02/60/EU_26063/imfname_10991219.pdf