

Dossier X: Werbung

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 mit einzubeziehen.

Unter dem folgenden Punkt A. werden mögliche Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Werbemaßnahme unter besonderer Berücksichtigung der Auffassung der Aufsichtsbehörden dargestellt (siehe Datenschutzkonferenz, Kurzpapier Werbung - https://www.lda.bayern.de/media/dsk_kpnr_3_werbung.pdf). Unter B. erfolgt eine Zusammenfassung; weiterführende Links sind unter Punkt C. aufgelistet.

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 seien. 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.lda.bayern.de/media/dsk_kpnr_3_werbung.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 sie 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 Umfang 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.lda.bayern.de/media/dsk_kpnr_3_werbung.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).

Es werden europaweit geltende Verhaltensregeln angestrebt und Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses erwartet.

C. Links und Materialien

- **Datenschutzkonferenz**

Die Datenschutzkonferenz hat ein Kurzpapier zur Zulässigkeit von Werbung veröffentlicht - https://www.lida.bayern.de/media/dsk_kpnr_3_werbung.pdf (Kurzpapier Werbung). Dieses Papier hat das Kurzpapier des Bayerischen Landesamtes für Datenschutzaufsicht abgelöst (https://www.lida.bayern.de/media/baylda_ds-gvo_12_advertising.pdf).

Die Datenschutzkonferenz hat außerdem ein Positionspapier zur Anwendbarkeit des Telemediengesetzes für nicht-öffentliche Stellen erstellt (https://www.lidi.nrw.de/mainmenu_Datenschutz/submenu_Technik/Inhalt/TechnikundOrganisation/Inhalt/Zur-Anwendbarkeit-des-TMG-fuer-nicht-oeffentliche-Stellen-ab-dem-25.-Mai-2018/Positionsbestimmung-TMG.pdf). Darin führt die Datenschutzkonferenz auf, 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.

Das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht hat zudem einen Vergleich der Fassungen der ePrivacy-Verordnung von EU-Kommission und EU-Parlament veröffentlicht (https://www.lida.bayern.de/media/eprivacy_synopse.pdf).

Ergänzender Hinweis: Die ePrivacy-Verordnung wird zukünftig unter anderem für die Handhabung von Cookies und damit auch für Werbezwecke relevant.

- **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. Diese Empfehlungen 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 zum Schutz der betroffenen Personen 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: http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_de.pdf

- **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>).

- **Hoeren, Universität Münster**

Prof. Dr. Thomas Hoeren hat einen wissenschaftlichen Aufsatz zur Frage des Direktmarketings verfasst. Dort vertritt er die Auffassung, dass E-Mail-Werbung künftig ohne Einwilligung des Kunden zulässig sein wird, solange ein Widerspruchsrecht eingeräumt wird (<https://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/itm/wp-content/uploads/Direktmarketing-und-Datenschutz.pdf> - Direktmarketing und Datenschutz).

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>)