

DATENSCHUTZ – D03

Stand: März 2018

Ihr Ansprechpartner
Ass. iur. Kim Pleines

E-Mail
kim.pleines@saarland.ihk.de

Tel.
(0681) 9520-640

Fax
(0681) 9520-690

Verarbeitung personenbezogener Daten zu Werbezwecken

Ab dem 25. Mai 2018 gilt die **Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)** unmittelbar in Deutschland. Bislang war die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Werbezwecken im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) geregelt. Mit der DSGVO fallen diese Regelungen weg. Spezifische Vorschriften zur Werbung und das bisher bekannte Listenprivileg finden sich in der DSGVO nicht. Trotzdem ist die Verwendung personenbezogener Daten zu Werbezwecken auch im neuen Datenschutzrecht möglich.

Daneben sind auch weiterhin die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu beachten. Das UWG regelt weiterhin die **Werbung über Telefonanrufe, Faxzusendungen, E-Mail, SMS und automatischen Anrufmaschinen**. Unternehmen müssen beide Gesetze beachten, wenn Sie die vorhandenen Kundendaten zu Werbezwecken einsetzen wollen.

→ **W08** „Telefon-, Fax-, E-Mail- und Briefwerbung“, **Kennzahl 66**

Begriff der Werbung

Der Begriff der Werbung in Form der **Direktwerbung** wird in der DSGVO nur an einer Stelle benutzt, nämlich in Art. 21 DSGVO. Dort ist das Widerspruchsrecht geregelt. Der Wortlaut lautet wie folgt:

*„(2) Werden personenbezogene Daten verarbeitet, um **Direktwerbung** zu betreiben, so hat die betroffene Person das Recht, jederzeit Widerspruch gegen die Verarbeitung sie betreffender personenbezogener Daten zum Zwecke derartiger Werbung einzulegen; dies gilt auch für das **Profiling**, soweit es mit solcher Direktwerbung in Verbindung steht.*

*(3) **Widerspricht** die betroffene Person der Verarbeitung für Zwecke der Direktwerbung, so werden die personenbezogenen **Daten nicht mehr für diese Zwecke verarbeitet.**“*

Interessenabwägung zur Werbung

Durch Art. 21 DSGVO wird nicht geregelt, wie die Kundendaten, die für die Werbung gebraucht werden, erhoben und genutzt werden dürfen. Die Rechtsgrundlage ergibt sich aus einem Querverweis auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO. Danach darf eine Werbemaßnahme durchgeführt werden, wenn die **Werbemaßnahme zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen** - das ist das werbende Unternehmen - oder eines Dritten erforderlich ist. Es dürfen die Interessen oder Grundrechte/Grundfreiheiten des beworbenen Kunden nicht überwiegen. Das **werbende Unternehmen** muss deshalb **nachweisen**, dass es diese **Interessenabwägung** tatsächlich durchgeführt hat, das **Ergebnis zu seinen Gunsten** ausgefallen ist **und** der **Beworbene** der Direktwerbung **nicht widersprochen** hat. Problem dabei: Es gibt noch keine Anhaltspunkte für die durchzuführende Interessensabwägung. Auf Grundlage der DSGVO gibt es weder eine gefestigte Rechtsauffassung noch Erfahrungswerte.

Eine Werbemaßnahme liegt regelmäßig im berechtigten Interesse des werbenden Unternehmens, wenn die Werbung darauf ausgerichtet ist, die eigenen Produkte bekannt zu machen oder Waren und Dienstleistungen zu verkaufen. Erwägungsgrund 47 zur DSGVO führt dazu aus:

„Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden.“

Abzuwarten bleibt, wie die Rechtsprechung den Begriff des überwiegenden schutzwürdigen Interesses des beworbenen Kunden auslegen wird. Das Interesse des beworbenen Kunden überwiegt grundsätzlich immer, wenn dieser der Werbung nach Art. 21 DSGVO widersprochen hat. Dadurch hat er nämlich eindeutig zu erkennen gegeben, dass eine (weitere) Nutzung seiner personenbezogenen Daten für Zwecke (Direkt-)Werbung nicht mehr erfolgen soll.

Um die Transparenz der Interessensabwägung herzustellen, muss das werbende Unternehmen auf jeden Fall seine Gründe, warum es die Werbemaßnahme durchführt, nach Art. 13 Abs. 1 lit. d DSGVO dem Betroffenen gegenüber ausdrücklich benennen. Dies geschieht typischerweise im Rahmen der Datenschutzerklärung.

Wichtig: Um seinen **Informationspflichten** nach Art. 13, 14 DSGVO nachzukommen, muss das Unternehmen den Betroffenen **zum Zeitpunkt der Erhebung** über die berechtigten Interessen informieren, auf denen die Verarbeitung beruht. Dafür bietet sich die **Datenschutzerklärung** auf der Firmenhomepage an. Stammen die Daten von einem Dritten, muss die Quelle angegeben werden, von der die Daten stammen.

Wichtig: Ist eine Übermittlung personenbezogener Daten an Dritte beabsichtigt, ist der **Empfänger** anzugeben. Steht noch nicht fest, wer die Daten empfangen soll, reichen auch Angaben zur **Kategorie der Empfänger**, etwa „Weitergabe an Werbepartner“, „Weitergabe an Versandunternehmen“.

Praxisbeispiel:

Das Unternehmen A hat von seinem Kunden personenbezogene Daten erhoben und an das Unternehmen B zu Werbezwecken weitergegeben. Das Unternehmen B muss dann bei seiner Werbung bzw. in der Datenschutzerklärung darauf hinweisen, dass die Daten vom Unternehmen A stammen.

→ **D05** „Informationspflichten nach der DSGVO“, **Kennzahl 2158**

→ **D07** „Die Datenschutzerklärung nach der DSGVO“, **Kennzahl 2158**

Wird die Verarbeitung auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO oder auf § 7 Abs. 3 UWG gestützt, hat der Betroffene jederzeit die Möglichkeit gegen die Datenverarbeitung **Widerspruch** einzulegen (Art. 21 DSGVO). Macht der Betroffene von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch, dürfen dessen Daten nicht mehr zu Zwecken der Direktwerbung benutzt werden. Der Betroffene muss spätestens zum Zeitpunkt der ersten Kontaktaufnahme über sein Widerspruchsrecht informiert werden. Es bietet sich beispielsweise an, einen Hinweis in die erste E-Mail aufzunehmen.

Formulierungsbeispiel für Hinweis auf Widerspruchsrecht:

Sie können der Nutzung Ihrer Daten durch uns für Werbezwecke jederzeit telefonisch [Telefonnummer einfügen], schriftlich [Firma, Anschrift einfügen] oder per E-Mail [E-Mail-Adresse einfügen] widersprechen.

***Praxistipp:** Kunden formulieren Ihren Widerspruch nicht immer genau. So kann sowohl von „Löschung meiner Daten“ oder auch „Unterlassung jeglicher Werbung“ oder von „ziehe meine Einwilligung für die Nutzung meiner Daten zurück“. Es sollte im Zweifelsfall beim Betroffenen nachgefragt werden, was er mit seinem Widerspruch bezwecken will. Je nach Ausrichtung des Widerspruchs genügt die Setzung eines Sperrvermerks, dass keine Werbung mehr zugesandt wird bis hin zur Komplettlöschung der Kundendaten.*

Einwilligung zur Werbung

Neben den berechtigten Interessen des werbenden Unternehmens bleibt natürlich weiterhin die Werbung auf Grund der Einwilligung des Beworbenen möglich. Das Unternehmen kann sich nur auf die Einwilligung stützen, wenn sie rechtmäßig eingeholt wurde. Vorsicht: Die DSGVO stellt an die Einwilligung strengere Anforderungen als das bisherige BDSG.

→ **D02** „Einwilligung nach der DSGVO“, **Kennzahl 2158**

Die betroffene Person muss über den Umfang der Daten, die verarbeitet werden sollen, sowie den **Zweck**, zu dem sie verarbeitet werden, ausreichend **informiert** werden. Die Einwilligungserklärung muss in **leicht zugänglicher** und **verständlicher Form** auffindbar und in einer **klaren und einfachen Sprache** abgefasst sein. Eine **Musterformulierung** enthält unser Infoblatt **D02**.

Die Einwilligung muss nicht mehr - wie bisher - **schriftlich** erteilt werden. Sie kann auch **elektronisch** oder **mündlich** eingeholt werden. Der Unternehmer, der Adressdaten zu Werbezwecken verwendet, muss eine bestehende Einwilligung beweisen. Insofern ist eine Speicherung schriftlicher und eine Protokollierung elektronischer Einwilligungen sinnvoll.

Die Einwilligung muss **freiwillig** erfolgen. Die Gegenleistung darf insbesondere nicht an die Einwilligung in die Verarbeitung von Daten gekoppelt werden, die für die Vertragsausführung nicht erforderlich sind („**Kopplungsverbot**“). Dies spielt insbesondere bei „kostenlosen“ Dienstleistungsangeboten eine Rolle, bei denen der Nutzer mit der Zustimmung für eine werbliche Nutzung ihrer Daten „bezahlen“ (z. B. bei der Errichtung eines kostenlosen E-Mail-Accounts wird gleichzeitig die Zustimmung für einen Newsletterversand eingeholt).

Umstritten ist, ob das Kopplungsverbot auch dort Anwendung findet, wo Nutzern entgeltfreie - weil zum Beispiel werbefinanzierte - Inhalte und Dienstleistungen angeboten werden. Wird eine vertragliche Leistung entgeltfrei angeboten unter Bereitstellung personenbezogener Daten als Gegenleistung (=Dienstleistung gegen Daten) und kann der angebotene Dienst nur auf diese Weise wirtschaftlich angeboten werden, wird teilweise die Ansicht vertreten, dass das Kopplungsverbot nicht greift. Die Klärung dieser Streitfrage bleibt abzuwarten.

Eine auf der Website voreingestellte Einwilligung in Form eines Häkchens („Ich willige in die Verarbeitung meiner Daten ein“) ist keine Einwilligung. Die betroffene Person muss handeln und **aktiv ihr Einverständnis** ausdrücken. Wird die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen eingeholt, muss sie besonders hervorgehoben sein (z. B. Fettdruck oder als Kasten).

Bei der Einholung einer Einwilligung muss die betroffene Person darauf hingewiesen werden, dass sie ihre Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft **widerrufen** kann. (→ **Musterformulierung**, D02)

Wichtig: Bei Kindern, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, müssen die Erziehungsberechtigten einwilligen.

Praxistipp: Visitenkarten, die während Ausstellungen oder Messen ausdrücklich zur Informationszusendung oder weiterer geschäftlicher Kontaktaufnahme an das Unternehmen gegeben werden, sollten schriftlich bestätigt werden.

Müssen bereits vorliegende Einwilligungen erneut eingeholt werden?

Wurden die Einwilligungen nach der bisherigen Rechtslage rechtmäßig eingeholt, muss die Einwilligung grundsätzlich nicht erneuert werden. Darauf haben sich die Aufsichtsbehörden in Deutschland verständigt. Die Einwilligung wurde rechtmäßig eingeholt, wenn

- das Kopplungsverbot berücksichtigt wurde,
- der Grundsatz der Freiwilligkeit beachtet wurde und
- der Hinweis auf den jederzeitigen Widerruf erfolgte.

Bei der **Werbung über Telefon und E-Mail** ist daneben weiterhin das UWG zu beachten. Nach § 7 Abs. 2 UWG ist Werbung per E-Mail, SMS oder Telefon nur mit vorheriger ausdrücklicher Einwilligung zulässig. Eine Ausnahme gilt für **Bestandskunden** nach § 7 Abs. 3 UWG.

→ **W08** „Telefon-, Telefax-, E-Mail- und Brief-Werbung“, **Kennzahl 65**

Werbung mittels Brief

Briefwerbung ist sowohl mit Werbewurfsendungen als auch mit persönlich adressierten oder mittels Post „An alle Haushalte“ möglich. Wird eine adressierte Werbung versandt, muss das werbende Unternehmen die **Quelle** angeben, wenn es die **Adressdaten von dritter Seite** bezogen hat. Handelt es sich um die **Adressdaten der eigenen Bestandskunden**, sollte über die Verwendung der eigenen Daten informiert werden im Rahmen der Datenschutzerklärung. Gleichgültig, ob die Adressdaten von dritter Seite stammen oder ob es um den eigenen Adressdatenbestand handelt: In jedem Fall wird eine Adressdatei bei dem Werbeunternehmen vorhanden sein. Das Unternehmen muss dann prüfen, ob es ein **Verfahrensverzeichnis** = Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten nach Art. 30 DSGVO erstellen muss.

E-Mail-Werbung

Häufig werden Newsletter für Werbemaßnahmen eingesetzt. Für den Bezug von Newslettern hat sich das sogenannte **Double-Opt-in-Verfahren** eingebürgert. Das heißt, der Kunde muss den Newsletter bestellen; er erhält von dem Unternehmer eine Bestellbestätigung und danach muss der Kunde = Verbraucher wiederum für den Bezug des Newsletters durch eine Bestätigung aktiv werden. Ist der Newsletterbezug entsprechend programmiert, liegt eine zulässige Einwilligung in den Empfang eines E-Mail-Newsletters vor.

Ist die Programmierung fehlerhaft, kann nicht von einer wirksamen Einwilligung ausgegangen werden. Eine Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO scheidet dann als Rechtsgrundlage für die Zusendung von E-Mails aus, da dann die Interessen des beworbenen Verbrauchers immer gegen eine entsprechende Werbung überwiegen.

Wird der Newsletter durch das Double-Opt-in-Verfahren abonniert, muss der Unternehmer seiner Nachweispflicht nachkommen. Er hat die Einwilligungen aufzubewahren und elektronisch zu protokollieren, im Rahmen seiner Datenschutzerklärung eine entsprechende Information anzugeben und unter Umständen auch ein Verfahrensverzeichnis nach Art. 30 DSGVO zu führen.

Werbung per Fax

Eine Werbung per Fax ist bei einer vorliegenden Einwilligungserklärung zulässig. Ohne Einwilligung kann keine Fax-Werbung auf das berechtigte Interesse des Unternehmers gestützt werden.

Telefonische Werbung

Ebenso wie bei der Werbung mittels E-Mail und Fax muss auch für die telefonische Werbung die Einwilligung des Kunden für diese Werbeform vorliegen. Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO ist nicht einschlägig: Bei der Interessensabwägung dürften die schutzwürdigen Interessen des beworbenen Kunden, nicht telefonisch beworben zu werden, überwiegen.

Werbliche Nutzung besonderer Datenkategorien

Werden **besondere Kategorien personenbezogener Daten** für Zwecke der Werbung erhoben, ist dies nur mit **ausdrücklicher Einwilligung** der betroffenen Person zulässig. Besondere Kategorien personenbezogener Daten sind Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen. Auch genetische und biometrische Daten, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung fallen darunter.

Dokumentationspflichten

Für alle Arten der Werbemaßnahmen gilt: Der Unternehmer hat immer zu dokumentieren. Entweder, dass er die Interessenabwägung zwischen den eigenen Werbeinteressen und den Interessen der betroffenen Kunden durchgeführt hat oder dass eine Einwilligung des beworbenen Kunden vorliegt.

Anspruch auf Auskunft, Berichtigung, Löschung und Einschränkung der Verarbeitung

Verlangt der Kunde Auskunft darüber, welche Daten über seine Person gespeichert sind, muss ihm der Unternehmer Auskunft auch über

- die Herkunft der Daten;
- den Zweck der Speicherung;
- die (potentiellen) Empfänger der Daten;
- die Dauer der Speicherung;
- das Bestehen eines Rechts auf Berichtigung oder Löschung oder auf Einschränkung der Verarbeitung
- und das Bestehen eines Beschwerderechts bei einer Aufsichtsbehörde

geben.

Wenn sich herausstellt, dass Daten unrichtig sind, müssen diese berichtigt werden. Die Daten müssen gelöscht werden, wenn sie nicht mehr für Werbezwecke benötigt werden oder sich herausstellen sollte, dass die Speicherung der Daten unzulässig war.

Dieses Merkblatt soll – als Service Ihrer IHK – nur erste Hinweise geben und erhebt daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Obwohl es mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, kann eine Haftung für die inhaltliche Richtigkeit nicht übernommen werden.