



Wie geht Werbung datenschutzgerecht?

Ein kurzer Überblick für Unternehmen, Selbständige und Vereine zur Verarbeitung personenbezogener Daten zu Werbezwecken nach der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)

Rechtliche Grundlagen

Die Verarbeitung personenbezogener Daten (dazu gehören z. B. die postalische und die E-Mail-Adresse, Telefonnummern) ist auch zu Werbezwecken nur zulässig, wenn eine Bedingung des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 DS-GVO erfüllt ist. Wenn keine Einwilligungen der Betroffenen vorliegen (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a DS-GVO), können Datenverarbeitungen zu Werbezwecken auf der Grundlage der so genannten Interessenabwägungsklausel des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO zulässig sein. Nach dieser Vorschrift ist eine Verarbeitung rechtmäßig, wenn sie zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen. Zwecke der Direktwerbung erkennt die DS-GVO als berechtigtes Interesse an (Erwägungsgrund - ErwGr 47 Satz 7 zur DS-GVO). Bei der Spendenwerbung kann ein öffentlich anerkanntes Wohlfahrtsinteresse berücksichtigt werden.

Für die Interessenabwägung sind insbesondere die vernünftigen Erwartungen der Betroffenen, die auf ihrer Beziehung zu dem werbenden Unternehmen beruhen, maßgeblich. Es kommt darauf an, ob eine betroffene Person zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten und angesichts der Umstände, unter denen sie erfolgt, vernünftigerweise absehen kann, dass möglicherweise eine Verarbeitung zu Werbezwecken erfolgen wird. Ist dies nicht der Fall, können die Interessen und Grundrechte der betroffenen Person das Interesse des Verantwortlichen überwiegen (ErwGr 47 Sätze 1 bis 4). Zu berücksichtigen sind sowohl die subjektiven Erwartungen der einzelnen Person als auch die objektive Betrachtung, ob Direktwerbung in bestimmten Bereichen der Sozialsphäre typischerweise akzeptiert oder abgelehnt wird.

Wesentliche Bedeutung in diesem Zusammenhang haben die Informationspflichten der Art. 13 und 14 DS-GVO. Informiert das Unternehmen die betroffenen Personen rechtzeitig, vollständig und transparent über die (beabsichtigten) Datenverarbeitungen zu Werbezwecken, kann dies die vernünftigen Erwartungen der Betroffenen zugunsten der werblichen Ansprache beeinflussen.

Im Rahmen der Interessenabwägung ist § 7 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Werbemittel (z. B. Brief, E-Mail, SMS, Telefon, Telefax). Ist eine geschäftliche Handlung nach dieser Norm als unzumutbare Belästigung anzusehen, dürften in der Regel die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO überwiegen und damit die Datenver-

arbeitung zu Werbezwecken ohne Einwilligung der betroffenen Person unzulässig sein.

Gegen die Datenverarbeitung zu Werbezwecken haben die betroffenen Personen das Recht, jederzeit Widerspruch einzulegen. Macht eine Person hiervon Gebrauch, ist die weitere werbliche Nutzung der Daten unzulässig. Spätestens zum Zeitpunkt der ersten Kommunikation mit der betroffenen Person muss das werbende Unternehmen auf dieses Widerspruchsrecht hinweisen, in einer verständlichen und von anderen Informationen getrennten Form (Art. 21 Absätze 2 bis 4 DS-GVO).

Werbung per Brief

Die Werbung per Briefpost an eigene **BestandskundInnen** ist grundsätzlich erlaubt, jedenfalls wenn das Unternehmen alle notwendigen Informationen und Hinweise zur Verfügung gestellt hat und die Betroffenen der Werbung nicht widersprochen haben. Für die **NeukundInnenwerbung** per Brief kann unter Berücksichtigung der Interessenabwägung auch der Datenbestand eines anderen Unternehmens genutzt werden. Hier muss allerdings auch eine Übermittlung der Kontaktdaten an das werbende Unternehmen nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO zulässig sein. Aus den Informationen nach Art. 14 DS-GVO muss eindeutig hervorgehen, aus welcher Quelle die personenbezogenen Daten stammen.

Werbung per E-Mail oder SMS

Die Verwendung von E-Mail-Adressen für Werbung bzw. Newsletter ist bei **NeukundInnen** nur dann erlaubt, wenn hierfür eine ausdrückliche Einwilligung vorliegt; unabhängig davon, ob VerbraucherInnen (B2C – Business to Consumer) oder Unternehmen (B2B – Business to Business) beworben werden sollen. Gleiches gilt für die Verwendung von Telefonnummern für SMS-Werbung.

Bei **BestandskundInnen** sind E-Mail- oder SMS-Werbung regelmäßig zulässig, wenn

- die Kontaktdaten im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung erlangt worden sind - wobei ein Vertrag zustande gekommen sein muss, eine bloße Anfrage einer Person genügt nicht - ,
- ausschließlich für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen geworben wird,
- der/die AdressatIn dem bisher nicht widersprochen hat **und**
- bei Erhebung der Kontaktdaten und bei jeder Werbung erneut auf das Widerspruchsrecht hingewiesen wird.

Werbung per Telefon

Die Werbung per Telefon ist gegenüber **VerbraucherInnen** (B2C) ohne Ausnahme nur mit deren vorheriger ausdrücklicher Einwilligung erlaubt.

Bei der Werbung per Telefon gegenüber sonstigen **MarktteilnehmerInnen** (B2B) kommt es darauf an, ob deren mutmaßliche Einwilligung angenommen werden kann. Ein allgemeiner Sachbezug zum Geschäftsgegenstand des/der Angerufenen reicht hierfür nicht aus; erforderlich ist, dass aufgrund konkreter tatsächlicher Umstände ein sachliches Interesse des/der Anzurufenden an der Telefonwerbung vermutet werden kann (u. a. BGH, Urteil vom 11. März 2010, Az. I ZR 27/08).

Werbung per Telefax

Die Werbung per Telefax ist nur mit einer vorher ausdrücklich erklärten Einwilligung erlaubt, egal ob der/die jeweilige AdressatIn, VerbraucherIn (B2C) oder GeschäftspartnerIn (B2B) ist.

Werbung nach Zweckänderung

Sollen personenbezogene Daten für Werbezwecke weiterverarbeitet werden, obwohl sie ursprünglich zu anderen Zwecken (z. B. ausschließlich Vertragserfüllung) erhoben wurden, ist dies nur zulässig, wenn die Weiterverarbeitung mit dem ursprünglichen Zweck vereinbar ist. Hier ist nach Art. 6 Abs. 4 DS-GVO eine Kompatibilitätsprüfung durchzuführen. Die Vereinbarkeit könnte z. B. problematisch sein bei der Übermittlung personenbezogener Daten für Werbezwecke an Dritte oder deren werblicher Nutzung im Fremdinteresse, wenn diese Verarbeitung nicht bereits dem ursprünglichen Zweck entsprach. Die Prüfung ist nachvollziehbar zu dokumentieren (Art. 5 Abs. 2 DS-GVO). Im Falle der Zweckänderung sind die Informationspflichten der Art. 13 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 4 DS-GVO zu beachten.

Sonderfall: Besonders sensible Daten

Die Verarbeitung von Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person stehen als besondere Kategorien personenbezogener Daten unter erhöhtem Schutz. Zu Werbezwecken dürfen sie nur aufgrund einer ausdrücklichen Einwilligung verarbeitet werden (Art. 9 DS-GVO). Dies ist insbesondere für Berufe des Gesundheitswesens wichtig.

Sonderfall: Interessenanalyse / Profilerstellung

Persönliche Vorlieben, Interessen oder Verhaltensweisen dürfen für Werbezwecke nur verarbeitet werden, wenn sich z. B. aus dieser Nutzung keine weiteren Erkenntnisse gewinnen lassen, denen die überwiegenden Interessen der betroffenen Personen entgegenstehen. Somit werden regelmäßig insbesondere die Erstellung detaillierter Profile und die Verarbeitung von Daten aus unterschiedlichen Quellen unzulässig sein.

Anforderungen an die Einwilligung

Eine Einwilligung muss **freiwillig** abgegeben worden sein, für den **bestimmten** Fall, **in informierter Weise** und **unmissverständlich**, in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung (Art. 4 Nr. 11 DS-GVO).

Eine pauschale Einwilligung, z. B. "in Werbemaßnahmen", ist unwirksam. Die einwilligende Person muss klar erkennen können, worin sie einwilligt (vgl. auch BGH, Urteil vom 14. März 2017, Az. VI ZR 721/15); dies erfordert insbesondere eine Klarstellung zu folgenden Fragen:

- Welche Stellen wollen werben (welches Unternehmen oder auch Dritte)?
- In welcher Form soll geworben werden (Brief, E-Mail, Telefon usw.)?
- Wofür soll geworben werden (welche Produkte oder Dienstleistungen)?

Für **E-Mail-, SMS-, Telefon- und Faxwerbung** ist eine konkret auf die Zusendung von Werbung mittels elektronischer Post bezogene Einwilligungserklärung des Betroffenen erforderlich ("opt-in"-Erklärung). Eine so genannte "opt-out"-Lösung (Widerspruchslösung, Streichen einer Klausel) genügt nicht (BGH, Urteil vom 16. Juli 2008, Az. VIII ZR 348/06).

Das Unternehmen muss die Einwilligung **nachweisen** können (Art. 7 Abs. 1, Art. 5 Abs. 2 DS-GVO). Daher empfiehlt sich häufig die schriftliche Einwilligung. Für **elektronisch erklärte Einwilligungen** oder Newsletter-Bestellungen ist das „double-opt-in“-Verfahren geboten. Dabei wird die Werbeeinwilligung bzw. Newsletter-Bestellung mit einer (werbefreien) Rückfrage-E-Mail beantwortet, in der um nochmalige Bestätigung gebeten wird. Die einzelnen Schritte des „double-opt-in“-Verfahrens und der Inhalt der Einwilligung sind zur Beweissicherung möglichst genau zu dokumentieren (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011, Az. I ZR 164/09).

Für die Einwilligungserklärung ist ein gesonderter Text oder ein Textabschnitt ohne anderen Inhalt zu verwenden, **klar getrennt** von anderen Sachverhalten. Es muss zudem darauf hingewiesen werden, dass die betroffene Person das Recht hat, ihre Einwilligung jederzeit zu **widerrufen** (Art. 7 Absätze 2 und 3 DS-GVO).

Weitere Informationen

Weitere Auslegungshinweise haben die Datenschutzaufsichtsbehörden in ihrem gemeinsamen Kurzpapier Nr. 3 zum Thema „Verarbeitung personenbezogener Daten für Werbung“ (abrufbar unter <https://lsaur.de/Kurzpapiere>) sowie im Detail in einer Orientierungshilfe zusammengestellt. Sie ist abrufbar unter <https://lsaur.de/OHWerbung>.

Da der rechtskonformen Information der Betroffenen grundlegende Bedeutung zukommt, wird zusätzlich auf das Kurzpapier Nr. 10 der Aufsichtsbehörden zum Thema „Informationspflichten bei Dritt- und Direkterhebung“ hingewiesen (ebenfalls abrufbar unter <https://lsaur.de/Kurzpapiere>).

Impressum

Herausgeber:

Der Landesbeauftragte für den
Datenschutz Sachsen-Anhalt
Leiterstr. 9, 39104 Magdeburg

Stand: August 2020

Tel.: (0391) 81803-0
poststelle@lfd.sachsen-anhalt.de
<https://datenschutz.sachsen-anhalt.de>

