



WISSEN,  
DAS ANKOMMT.

## Leseprobe zum Download



Liebe Besucherinnen und Besucher unserer Homepage,

tagtäglich müssen Sie wichtige Entscheidungen treffen, Mitarbeiter führen oder sich technischen Herausforderungen stellen. Dazu brauchen Sie verlässliche Informationen, direkt einsetzbare Arbeitshilfen und Tipps aus der Praxis.

Es ist unser Ziel, Ihnen genau das zu liefern. Dafür steht seit mehr als 25 Jahren die FORUM VERLAG HERKERT GMBH.

Zusammen mit Fachexperten und Praktikern entwickeln wir unser Portfolio ständig weiter, basierend auf Ihren speziellen Bedürfnissen.

Überzeugen Sie sich selbst von der Aktualität und vom hohen Praxisnutzen unseres Angebots.

Falls Sie noch nähere Informationen wünschen oder gleich über die Homepage bestellen möchten, klicken Sie einfach auf den Button „In den Warenkorb“ oder wenden sich bitte direkt an:

**FORUM VERLAG HERKERT GMBH**

**Mandichostr. 18**

**86504 Merching**

Telefon: 08233 / 381-123

Telefax: 08233 / 381-222

**E-Mail: [service@forum-verlag.com](mailto:service@forum-verlag.com)**

**[www.forum-verlag.com](http://www.forum-verlag.com)**

REGINA MÜHLICH  
BORIS MASKOW  
SASCHA KUHRAU  
DR. JAN K. KÖCHER

MARTIN AGETHEN  
KATHARINA SCHREINER  
PEER LAMBERTZ



WISSEN,  
DAS ANKOMMT.

# Datenschutz 2018

Alles, was Sie jetzt wissen müssen!



DATENSCHUTZ  
UND IT

## 5.3 Marketing und Kommunikation

Datenschutz und Marketing begegnen sich häufig als einander entgegenstehende Interessensfelder. Während im Bereich des Marketings ein unbegrenztes Ansammeln und uneingeschränktes Verwenden von Kundendaten wünschenswert erscheint, bezweckt das Datenschutzrecht eine weitgehende Kontrolle des einzelnen Betroffenen über die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten. In der Praxis steht die Marketingabteilung daher vor der Herausforderung, effektive Marketingmaßnahmen unter Berücksichtigung der datenschutzrechtlichen Vorgaben zu bewerkstelligen und sich dabei künftig an den hohen Anforderungen der DSGVO messen zu lassen. Hinzu kommen wettbewerbsrechtliche Vorschriften, deren Einhaltung schon mit Hinblick auf das hohe Abmahnrisiko empfohlen ist. Nachfolgend sollen daher die im Bereich des Marketings wesentlichen Aspekte des Datenschutz- und Wettbewerbsrechts umrissen werden.

### 5.3.1 Datenschutzrechtliche Anforderungen an die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Werbe- und Marketingzwecken nach DSGVO

#### Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung zu Werbezwecken nach DSGVO

Wie bereits unter der bisherigen Rechtslage nach BDSG a. F. gilt auch nach der DSGVO das Verbotsprinzip. Demnach ist eine Verarbeitung personenbezogener Daten grundsätzlich verboten, außer die Verarbeitung kann auf eine der gesetzlich abschließend vorgegebenen Rechtsgrundlagen gestützt werden.

#### Neu

Während hinsichtlich der Zulässigkeit einer Datenverarbeitung zu Werbezwecken das BDSG a. F. differenzierte Regelungen enthielt, kann nach der DSGVO lediglich auf die allgemeinen Rechtsgrundlagen zurückgegriffen werden. Insbesondere findet sich das sog. Listenprivileg des BDSG a. F., wonach die Verarbeitung von listenmäßi-

gen oder sonst zusammengefassten Daten über Angehörige einer Personengruppe zu bestimmten Werbezwecken als zulässig erachtet wird, nicht in der DSGVO wieder.

### **Interessenabwägung zugunsten des Werbenden**

Artikel 6 Abs. 1 lit. f DSGVO stellt künftig die zentrale Erlaubnisnorm für Werbe- und Marketingmaßnahmen dar und kann grundsätzlich für jegliche Datenverarbeitungen i. S. d. Art. 4 Nr. 2 DSGVO herangezogen werden, die im Interesse des Verantwortlichen oder eines Dritten erfolgen. Damit sind zwar grundsätzlich sämtliche Werbetätigkeiten erfasst, wie etwa auch die Übermittlung von Daten und der geschäftsmäßige Adresshandel. Es ist aber stets eine Abwägung der Interessen seitens des Verantwortlichen oder eines Dritten und der Interessen seitens der betroffenen Person maßgebend. Eine Datenverarbeitung zu Werbezwecken ist demnach zulässig, wenn sie zur Wahrung berechtigter Interessen des Werbenden oder eines Dritten erforderlich ist und sofern seitens der betroffenen Person keine überwiegenden Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten, *„die den Schutz personenbezogener Daten erfordern“* (Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO), entgegenstehen.

In ErwG 47 DSGVO wird klargestellt, dass als Ausgangspunkt für die Interessenabwägung die Datenverarbeitung zum Zweck der Direktwerbung grundsätzlich *„als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden“* kann. Seitens der Betroffenen sind nach ErwG 47 insbesondere deren vernünftige Erwartungen, *„die auf ihrer Beziehung zu dem Verantwortlichen beruhen“*, zu beachten. Die *„vernünftigen Erwartungen“* des Betroffenen sind in engem Zusammenhang mit den hohen Transparenzanforderungen der DSGVO zu sehen (vgl. ► [Kap. 6.1.2](#)). Sofern über die vorgesehene werbliche Nutzung der personenbezogenen Daten umfassend informiert wird, kann also auch von der Erwartung des Betroffenen ausgegangen werden, dass die Daten entsprechend verarbeitet werden.

Als weitere abwägungsrelevante Faktoren kommen u. a. in Betracht:

- die Eingriffsintensität der Datenverarbeitung
- die Art der Daten
- ob die Datenverarbeitung zu Werbemaßnahmen im B2B- oder B2C-Bereich stattfindet

- die Gewährleistung einer effektiven Widerspruchsmöglichkeit für den Betroffenen
- ob der Betroffene bereits Kunde des Werbenden ist und damit eine für Marketing- und Werbemaßnahmen maßgebliche Beziehung zwischen dem Verantwortlichen und dem Betroffenen besteht
- ob die verarbeiteten Daten aus einem öffentlichen Verzeichnis entnommen wurden
- die Angemessenheit der Datenverarbeitung für den jeweiligen konkreten Zweck
- die Beachtung des Grundsatzes der Fairness nach Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO
- die Nachvollziehbarkeit der Datenverarbeitung für die betroffene Person, insbesondere hinsichtlich der Herkunft der Daten
- ob es sich bei der betroffenen Person um ein Kind, d. h. um eine Person unter 16 Jahren, handelt



#### Beispiel

##### Targeting und Kundenprofilbildung

**Beispiel für i. d. R. unzulässige Vorgehensweise:** Es erfolgt eine umfassende Beobachtung des Kundenverhaltens (hohe Eingriffsintensität). Dabei werden ohne das Wissen der Kunden personenbezogene Daten aus sozialen Netzwerken herangezogen und komplexe Profile erstellt (entspricht nicht den „vernünftigen Erwartungen“ des Betroffenen). Eine Möglichkeit zum Widerspruch gegen diese Datenverarbeitung besteht nicht (keine hinreichende Gewährleistung einer Widerspruchsmöglichkeit).

**Beispiel für i. d. R. zulässige Vorgehensweise:** Der Betroffene ist bereits Kunde des Werbenden (maßgebliche Beziehung zwischen dem Verantwortlichen und dem Betroffenen) und hat seine Kontaktdaten zur Verfügung gestellt (Nachvollziehbarkeit der Herkunft der Daten), wobei er über die Nutzung zu Marketingzwecken informiert (Nutzung zu Marketingzwecken entspricht den „vernünftigen Erwartungen“ des Betroffenen) und über sein Widerspruchsrecht aufgeklärt wurde (Gewährleistung einer Widerspruchsmöglichkeit). Es erfolgt eine Auswertung der Kundendaten anhand der Postleitzahl (geringe Eingriffsintensität), um Werbung für ein Produkt mit regionalem Bezug zu schalten.

### Einwilligung des Betroffenen

Gerade im Bereich des Marketings und der Werbung wird das Einholen einer Einwilligung des Betroffenen häufig als universelle Lösung für die datenschutzrechtliche Zulässigkeitsfrage erachtet.



#### Praxistipp

Hier ist jedoch Vorsicht geboten, da das bereits unter BDSG a. F. diskutierte „Rückgriffsverbot“ seitens der Aufsichtsbehörden mit Hinblick auf die DSGVO erneut in den Fokus gestellt wird. Es sollte stets genau geprüft werden, ob eine Einwilligung des Betroffenen in eine Datenverarbeitung erforderlich oder ob eine andere Rechtsgrundlage einschlägig ist. Ist Letzteres der Fall, sollte auf das Einholen einer „unnötigen“ Einwilligung verzichtet werden, da bei einem Widerruf des Betroffenen kein Rückgriff auf eine alternative Rechtsgrundlage möglich ist.

### Erhöhte Anforderungen nach DSGVO und Alteinwilligungen

#### Neu

Unter der DSGVO werden erhöhte Anforderungen an die wirksame Erteilung einer Einwilligung gestellt (vgl. Art. 7 DSGVO), insbesondere, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt (vgl. Art. 8 DSGVO). Maßgebliche Unterschiede zu den bisherigen Vorgaben des BDSG a. F. sind die Regelung eines Koppelungsverbots (Art. 7 Abs. 4 DSGVO) und das nunmehr gesetzlich normierte jederzeitige Widerrufsrecht des Betroffenen (Art. 7 Abs. 3 DSGVO).

Einwilligungen, die bereits vor Anwendbarkeit der DSGVO erteilt wurden, sollen nach ErwG 171 Satz 3 DSGVO sowie der Ansicht des BayLDA unter der DSGVO fortgelten, sofern sie den Anforderungen des BDSG a. F. entsprechend wirksam eingeholt wurden.

Kernanforderung an eine wirksame Einwilligung nach DSGVO ist, dass sie *„freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich“* (Art. 4 Nr. 11 DSGVO) abgegeben wird.

**Freiwillig:** Die Abgabe einer Einwilligungserklärung ist nur dann als freiwillig zu bewerten, wenn die betroffene Person eine echte und freie Wahl hat und in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zu widerrufen, ohne Nachteile zu erleiden (vgl. ErWG 42 Satz 5 DSGVO). Bei der Beurteilung der Freiwilligkeit ist zudem maßgeblich, ob das Koppelungsverbot beachtet wurde, wonach die Erfüllung eines Vertrags nicht von der Einwilligung in eine Datenverarbeitung abhängig gemacht werden darf, die für die Vertragserfüllung nicht erforderlich ist.



#### Beispiel

Eine Bank möchte die Einwilligung ihrer Kunden in die Verarbeitung von Zahlungsinformationen zu Marketingzwecken einholen. Diese Datenverarbeitung ist nicht erforderlich für die Vertragserfüllung zwischen der Bank und dem Kunden. Eine Verweigerung der Einwilligung in diese Datenverarbeitung führt dazu, dass kein Vertrag über die Bankdienstleistungen zustande kommt oder höhere Gebühren anfallen. Hier liegt ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot vor, die Einwilligung kann daher nicht als freiwillig erteilt angesehen werden.

**Für den bestimmten Fall:** Eine Einwilligung darf nicht die Datenverarbeitung zu verschiedenen Zwecken umfassen, vielmehr ist für jeden Verarbeitungszweck eine gesonderte Einwilligung notwendig. Zudem sollte bei Einwilligungen in die Direktansprache des Kunden über unterschiedliche Kommunikationskanäle eine gesonderte Einwilligung für jeden potenziellen Kommunikationskanal erfolgen. Diese Anforderungen können bspw. durch einzelne ankreuz- oder anklickbare Kästchen für jeden Verarbeitungszweck bzw. Kommunikationskanal umgesetzt werden.



#### Beispiel

Ein Online-Händler möchte die Einwilligung seiner Kunden einholen, um ihre Kontaktdaten zur Werbeansprache per E-Mail und per Telefon zu nutzen sowie anderen Gesellschaften seiner Unternehmensgruppe zugänglich machen zu dürfen. Es sind gesonderte Einwilli-

ungen für die unterschiedlichen Zwecke der Werbeansprache und der Weitergabe sowie gesonderte Einwilligungen in die Nutzung der Kommunikationskanäle E-Mail und Telefon einzuholen.

**Informiert:** Die „*Kenntnis der Sachlage*“ (ErwG 42 Satz 3 DSGVO) ist Grundvoraussetzung für die Abgabe einer wirksamen Einwilligungserklärung. Im Rahmen der Einwilligung werden daher besondere Transparenzanforderungen gestellt, die grundsätzlich unabhängig von den allgemeinen Informationspflichten nach Artt. 13 und 14 DSGVO zu betrachten sind. Während in ErwG 42 Satz 3 DSGVO lediglich die Identität des Verantwortlichen und die Zwecke der Verarbeitung als Mindestinformationsgehalt genannt werden, hält die Artikel-29-Datenschutzgruppe zudem die Information über die verarbeiteten Datenkategorien und das Widerrufsrecht für erforderlich. Um die Informiertheit des Betroffenen bei Abgabe der Einwilligungserklärung zu gewährleisten, sind die Informationen vorab bereitzustellen.



#### Beispiel

Mittels eines Online-Formulars soll die Einwilligung von Kunden in eine Datenverarbeitung zu Werbezwecken eingeholt werden. Auf der Formularseite werden den Kunden, noch bevor sie die Einwilligungserklärung abgegeben haben, die erforderlichen Informationen in Form eines Pop-ups zur Verfügung gestellt. Die Informiertheit der Kunden bei Abgabe ihrer Einwilligungserklärung wird auf diese Weise hinreichend sichergestellt.

**Unmissverständlich:** Die wirksame Abgabe einer Einwilligungserklärung setzt eine eindeutige Handlung des Betroffenen voraus, mit welcher das Einverständnis in die Datenverarbeitung im jeweiligen Kontext unmissverständlich zum Ausdruck kommt.

#### Neu

Im Gegensatz zum BDSG a. F. stellt die DSGVO die Einwilligungserklärung nicht unter das Erfordernis der Schriftlichkeit. Die Einwilligung kann daher auch elektronisch oder mündlich erteilt werden.



Überdies ist auch eine ausdrückliche Erklärung nicht notwendig, es genügt eine eindeutige Verhaltensweise des Betroffenen (vgl. ErwG 32 Satz 2 DSGVO). Nicht ausreichend ist hingegen Stillschweigen oder Untätigkeit der betroffenen Person.



#### Beispiel

Ein bereits vorangekreuztes Kästchen erfüllt nicht die Anforderungen an die Unmissverständlichkeit. Das Mittel der Wahl ist daher regelmäßig die Verwendung des Opt-in-Verfahrens, bei welchem der Betroffene aktiv ein Häkchen setzen muss, um seine Einwilligung in eine Datenverarbeitung zu erklären.

**Nachweisbarkeit der Einwilligungserklärung:** Die allgemeine Rechenschaftspflicht des Verantwortlichen wird in Art. 7 Abs. 1 DSGVO für den Fall der Datenverarbeitung auf Grundlage einer Einwilligung der betroffenen Person konkretisiert. Demnach muss der Verantwortliche nachweisen können, dass der Betroffene in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten eingewilligt hat. Daher ist es auch weiterhin – trotz des Wegfalls des Schriftformerfordernisses für Einwilligungserklärungen nach der DSGVO – für den Verantwortlichen sinnvoll, eine perpetuierte Einwilligungserklärung, bspw. in Textform, einzuholen.



#### Praxistipp

Die Frage der Nachweisbarkeit stellt sich insbesondere bei Einwilligungen, die auf elektronischem Weg eingeholt werden. Denn alleine das Setzen eines Häkchens oder die Angabe einer E-Mail-Adresse kann nicht belegen, dass die Einwilligung tatsächlich vom Betroffenen selbst stammt. Daher wird häufig das sog. Double-Opt-in-Verfahren genutzt, welches in zwei Stufen abläuft: Zunächst wird in einem elektronischen Formular ein Häkchen gesetzt oder eine E-Mail-Adresse angegeben. Auf einer zweiten Stufe wird dem Betroffenen eine Bestätigungs-E-Mail an die angegebene Adresse zugeschickt, welche einen Bestätigungs-Link enthält oder ihn auffordert, auf die E-Mail mit einer Aktivierungs-E-Mail zu antworten. Erst wenn dies geschehen ist, wird von der Erteilung der Einwilligung ausgegangen.

**Widerruf der Einwilligung:** Betroffenen steht nach Art. 7 Abs. 3 Satz 1 DSGVO das Recht zu, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Darauf sind die Betroffenen vor Abgabe der Einwilligung hinzuweisen (Art. 7 Abs. 3 Satz 3 DSGVO). Wird der Widerruf einer Einwilligung erklärt, erlangt dieser nur für die Datenverarbeitung ab dem Zeitpunkt des Widerrufs Wirkung. Die bereits vor dem Widerruf auf Grundlage der Einwilligung erfolgte Datenverarbeitung bleibt rechtmäßig (vgl. Art. 7 Abs. 3 Satz 2 DSGVO).



#### Praxistipp

Zu beachten ist, dass die Erklärung des Widerrufs für die Betroffenen genauso einfach sein muss wie die Erteilung der Einwilligung (Art. 7 Abs. 3 Satz 4 DSGVO). Daher darf etwa bei einer Einwilligungserklärung per E-Mail nicht vom Betroffenen verlangt werden, den Widerruf der Einwilligung schriftlich zu erklären, um diesem Wirkung zu verleihen.

Ebenso wie eine gesonderte Einwilligung je Verarbeitungszweck erforderlich ist, soll auch der Widerruf einer Einwilligung auf einzelne Verarbeitungszwecke beschränkt werden können. So kann ein Betroffener etwa die Einwilligung in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten zu Marketingzwecken widerrufen, die Einwilligung in die Verarbeitung zum Zweck der Markt- und Meinungsforschung aber aufrechterhalten.

Die betroffene Person kann im Fall des Widerrufs vom Verantwortlichen die Löschung ihrer auf Grundlage der Einwilligung verarbeiteten Daten verlangen, sofern keine anderweitige Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung besteht (Art. 17 Abs. 1 lit. b DSGVO).

#### Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen

Artikel 6 Abs. 1 lit. b Alt. 2 DSGVO legitimiert Datenverarbeitungen, die zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich sind, sofern diese auf Anfrage des Betroffenen erfolgen. Erfasst wird also die Datenverarbeitung zur Umsetzung von Maßnahmen, die für einen „geplanten Abschluss eines Vertrags“ (ErwG 44 DSGVO) notwendig sind. Maßgeblich ist dabei, dass der Betroffene den Anlass für die Durchführung der vorvertraglichen Maßnahmen gegeben hat. Die Verarbeitung

der personenbezogenen Daten darf folglich auch nur im durch die Anfrage des Betroffenen gesetzten Rahmen des Erforderlichen stattfinden.



#### Beispiel

Als Maßnahme der Leadgenerierung werden Print-Anzeigen mit Antwort-Coupons geschaltet, auf welchen Interessenten ihre Kontaktdaten eintragen und an den Werbenden senden können, um Informationen und Beratung zu den Kaufkonditionen eines Produkts zu erhalten.

## Transparenzanforderungen

### Informationspflichten des Verantwortlichen

Der Grundsatz der Transparenz ist einer der in Art. 5 DSGVO niedergelegten Datenschutz-Grundsätze, die stets bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zu beachten sind, und findet seine Ausgestaltung in den Informationspflichten der Artt. 13 und 14 DSGVO (vgl. ► [Kap. 6.1.3](#)). Diese unterscheiden zwischen der Datenerhebung beim Betroffenen selbst (Art. 13 DSGVO) und nicht beim Betroffenen (Art. 14 DSGVO).

Artikel 13 und 14 DSGVO bieten jeweils einen Katalog mit Informationen, die dem Betroffenen bei Erhebung seiner personenbezogenen Daten stets vollumfänglich mitgeteilt werden müssen. Im Bereich des Marketings kann dabei die transparente Darstellung der folgenden Punkte besondere Bedeutung erlangen:

- Sofern die Datenverarbeitung auf ein berechtigtes Interesse des Verantwortlichen oder eines Dritten gestützt wird, ist der Betroffene über dieses berechnigte Interesse aufzuklären (vgl. ► [Kap. 6.2](#)).
- Dem Betroffenen ist mitzuteilen, ob er zur Bereitstellung seiner Daten verpflichtet ist und welche Folgen eintreten können, wenn die Angabe der Daten nicht erfolgt. Diese Transparenzanforderung sollte etwa auch in Form einer deutlichen Kennzeichnung von Datenfeldern als „freiwillige Angabe“ oder „Pflichtangabe“ Niederschlag finden.

- Erfolgt die Datenerhebung nicht beim Betroffenen selbst, ist dieser u. a. über die Quelle der Daten und ggf. darüber, ob sie aus einer öffentlich zugänglichen Quelle stammen, zu informieren. Wurden verschiedene Quellen genutzt, so soll der Betroffene zumindest eine allgemeine Information über die Herkunft der Daten erhalten (vgl. ErwG 61 Satz 4 DSGVO).
- Dem Betroffenen sind Informationen über die Empfänger der Daten mitzuteilen, wobei die Angabe der Kategorien von Empfängern genügt, wenn etwa die genauen Empfänger zum Zeitpunkt der Datenerhebung noch nicht feststehen.

### Form und Zeitpunkt der Informationserteilung

Auch an die Art und Weise der Bereitstellung der Informationen werden in der DSGVO hohe Anforderungen gestellt. So sind die nach Artt. 13 bzw. 14 DSGVO erforderlichen Informationen *„in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache“* dem Betroffenen zur Verfügung zu stellen (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 DSGVO). Daraus ergibt sich für die praktische Umsetzung die Schwierigkeit, einerseits den umfangreichen Informationspflichten gerecht zu werden und mitunter über komplexe Sachverhalte aufzuklären sowie andererseits zugleich die Information für das jeweilige Publikum verständlich und nachvollziehbar aufzubereiten.



#### Praxistipp

- Auf komplexe Formulierungen und den übermäßigen Gebrauch rechtlicher oder technischer Fachbegriffe sollte verzichtet werden.
- Die Information sollte möglichst konkret gefasst sein, daher sollten Wörter wie „möglicherweise“, „einige“ oder „häufig“ vermieden werden. So ist etwa eine Angabe wie „Datenverarbeitung zum Angebot personalisierter Services“ zu ungenau.
- Es sollte berücksichtigt werden, ob im Hinblick auf das angesprochene Publikum eine Informationserteilung in unterschiedlichen Sprachen erforderlich ist.
- Werden Kinder adressiert, ist auf eine kindgerechte Darstellung der Informationen zu achten.



WISSEN,  
DAS ANKOMMT.

## Bestellmöglichkeiten



### Datenschutz 2019

Alles, was Sie jetzt wissen müssen

Für weitere Produktinformationen oder bei der Bestellung hilft Ihnen  
unser Kundenservice gerne weiter:

#### Kundenservice

☎ **Telefon: 08233 / 381-123**

✉ **E-Mail: [service@forum-verlag.com](mailto:service@forum-verlag.com)**

Oder nutzen Sie bequem die Informations- und Bestellmöglichkeiten zu diesem Produkt  
in unserem Online-Shop:

#### Internet



<https://www.forum-verlag.com/details/index/id/13589>