



Welche Werbung erlaubt die neue DS-GVO?

Nach dem 25.05.2018 entfallen die bisherigen detaillierten Regelungen zur erlaubten Werbung in § 28 BDSG. Aber auch nach der neuen Datenschutzgrundverordnung gilt der Grundsatz, dass Werbung nur dann erlaubt ist, wenn entweder eine Einwilligung vorliegt oder eine gesetzliche Erlaubnis (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt).

Gesetzliche Werbeerlaubnis

Die gesetzliche Erlaubnis findet sich in einer Generalklausel versteckt in Art. 6 Abs. 1 Buchstabe f. DS-GVO. Das Gesetz lässt eine Datenverarbeitung unter folgenden Voraussetzung zu:

„die Verarbeitung ist zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt.“

Direktwerbung zur Wahrung berechtigter Interessen

Wann liegt aber eine Wahrung der berechtigten Interessen vor? Hier spielen die sog. Erwägungsgründe (ErwGr.) eine Rolle. Mit diesem Instrument schaltet der europäische Gesetzgeber in Richtlinien und Verordnungen Auslegungshilfen vor. In Erwägungsgrund 47 wird ausgeführt:

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

Dieser „kann-Satz“ wird künftig die eigentliche datenschutzrechtliche Grundlage für die Werbung sein.

Kurzpapier Düsseldorfer Kreis zur Werbung

Hinzu treten dann noch Regelungen der ePrivacy-Verordnung, die aber erst Anfang 2018 inhaltlich feststehen dürfte. Daneben sind Äußerungen der Art-29-Datenschutzgruppe, ein Gremium aus Vertretern der nationalen Datenschutzbehörden der EU-Staaten interessant. Auf nationaler Ebene ist das der sog. „Düsseldorfer Kreis“. Der hat sich gerade in einem **Kurzpapier Nr. 3** zur „Verarbeitung personenbezogener Daten für Werbung“ zur künftigen Rechtslage nach der DS-GVO geäußert.

Vernünftige Erwartungen

Es geht um die Interessenabwägung, die Art. 6 Abs. 1 Lit. F DS-GVO zwischen den Interessen des Verantwortlichen und der betroffenen Person vorsieht, wenn es um Werbung geht.

Der Düsseldorfer Kreis erläutert, dass nach ErwGr. 47 DS-GVO im Rahmen der durchzuführenden Interessenabwägung die „vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person“, die auf ihrer Beziehung zu dem Verantwortlichen beruhen, in den Abwägungsprozess einzubeziehen sind. Dazu heißt es jetzt in dem Papier:

„Die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person werden bei Maßnahmen zur werblichen Ansprache maßgebend durch die Informationen nach Art. 13, 14 DS-GVO zu den Zwecken der Datenverarbeitung bestimmt werden. Informiert der Verantwortliche transparent und umfassend über eine vorgesehene werbliche Nutzung der Daten, geht die Erwartung der betroffenen Person in aller Regel auch dahin, dass ihre Kundendaten entsprechend genutzt werden.“

Datenschutzhinweise immer wichtiger

Damit kommen den Datenschutzhinweisen künftig noch mehr Bedeutungen zu, als sie ohnehin schon haben. Informiert der Werbetreibende schon bei der Erhebung der Daten (Pflicht nach Art. 13 Abs. 1 Lit. d DS-GVO) darüber, dass er die Daten für eine Werbung oder Weitergabe zur Werbung in bestimmter Art und Weise benutzen will, bestimmt der Inhalt der Information schon die Erwartungshaltung des Betroffenen.



Widerspruchsrecht einbeziehen

Außerdem ist in die Abwägung einzubeziehen, dass die von Werbung betroffenen Personen ein jederzeitiges und umfassendes Widerspruchsrecht haben (Art. 21 Abs. 2 DS-GVO), auf das sie ausdrücklich hinweisen sind (Art. 21 Abs. 4 DS-GVO). Danach können Betroffene die Verwendung ihrer Daten für Werbezwecke jederzeit stoppen lassen (Art. 21 Abs. 3 DS-GVO).

Werbung bei Bestandskunden einfacher

Eine Werbung soll nach Ansicht der Datenschützer auch dann eher im Rahmen der Interessenabwägung erlaubt sein, wenn es sich um Bestandskunden bzw. Nutzer handelt, die die Dienste des Werbenden bereits in Anspruch nehmen.

Datenquelle nennen

Als weitere Voraussetzung nennt der Düsseldorfer Kreis die allgemeinen Grundsätze nach Art. 5 Abs. 1 DS-GVO, die zu berücksichtigen seien,

„also insbesondere:

- *faire Verfahrensweise*
- *dem Verarbeitungszweck angemessen*
- *in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise (insbesondere Nennung der Quelle der Daten)“*

Werbeprojekte aus sozialen Netzwerken nur nach Einwilligung

Der Düsseldorfer Kreis ist der Ansicht, dass die Interessenabwägung regelmäßig dazu führt, dass eine Erstellung von Werbeprofilen oder die Entnahme von Daten aus sozialen Netzwerken nicht erlaubt bzw. nur nach Einwilligung erlaubt sein soll.

UWG-Bestimmungen beachten

Die Grenzen, die das Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb setzt (UWG), bleiben bestehen. E-Mail-Werbung und sonstige Werbung mit elektronischer Post (B2B und B2C) sowie Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern (B2C) ist danach nur nach ausdrücklicher gesonderter Einwilligung zulässig. Die kommende ePrivacy-Verordnung wird dazu allerdings auch noch weitergehende Vorgaben machen. Hier existiert jedoch aktuell nur ein Entwurf, der heftig umstritten ist.

Kopplungsverbot

Das neue Kopplungsverbot der DS-GVO geht weiter, als das zahnlose Verbot des bisherigen BDSG. Danach dürfen Einwilligungen nicht mehr ohne weiteres an die Erbringung von Leistungen geknüpft werden. Das Kurzpapier dazu:

„Bei ‚kostenlosen‘ Dienstleistungsangeboten, die die Nutzer mit der Zustimmung für eine werbliche Nutzung ihrer Daten ‚bezahlen‘ (z. B. kostenloser E-Mail-Account gegen Zustimmung für Newsletter-Zusendung als ‚Gegenfinanzierung‘), muss diese vertraglich ausbedungene Gegenleistung des Nutzers bei Vertragsabschluss klar und verständlich dargestellt werden. Nur dann besteht keine Notwendigkeit mehr für eine Einwilligung.“

Fazit

Die Hinweise der Datenschutzbehörden sind hilfreich für die Praxis, zumal die alten Rahmenbedingungen durch sehr allgemeine Regelungen ersetzt wurden.



ECC-RECHTSTIPP

von RA Rolf Becker

Werbetreibende sind künftig gefordert, ihre Datenerhebungsinformationen anzupassen und einwilligungsbasierte Werbung in den Grundlagen von Einwilligungstexten und Informationen dazu rechtlich überprüfen zu lassen.



Über den Autor

Rechtsanwalt Rolf Becker (www.rolfbecker.de) ist Partner der Rechtsanwälte WIENKE & BECKER (www.kanzlei-wbk.de) in Köln und Autor von Fachbüchern und Fachartikeln zum Wettbewerbsrecht, Markenrecht und Vertriebsrecht, insbesondere im Fernabsatz. Als Mitglied im ECC-Club kommentiert Rechtsanwalt Becker für das ECC Köln regelmäßig aktuelle Urteile zum Onlinehandel und gibt Händlern praktische Tipps, wie sie mit den gesetzlichen Vorgaben umgehen sollen.

RA Becker auf Twitter: <http://twitter.com/rolfbecker>

Er ist auch Autor auf den Informationsdiensten www.Versandhandelsrecht.de und www.fernabsatz-gesetz.de