

# Direktwerbung nach der EU-Datenschutz-Grundverordnung

Osnabrück, den 15.08.2017

Bremen, den 17.08.2017

Hamburg, den 07.09.2017

Dr. Ralf Kollmann



### Überblick zur Rechtslage

### Formen der Direktwerbung

1. Postalische Werbung
2. Elektronische Werbung
  - E-Mail
  - Telefon



## Überblick zur Rechtslage

Zukünftige Regelung der datenschutzrechtlichen Schwerpunkte zur Werbung:

### Postalische Werbung

- Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)
- BDSG neu

### Elektronische Werbung

- E-Privacy-Verordnung (EPVO)
- DSGVO
- BDSG neu

## Die E-Privacy-Verordnung (EPVO) 1

- Die geplante E-Privacy-Verordnung soll die bisher geltende EU-Richtlinie 2002/58/EG (E-Privacy-Richtlinie) ersetzen.
- Sie wird die **DSGVO** in Bereichen der elektronischen Kommunikation und Spezialregelungen der Werbung ergänzen bzw. präzisieren.
- Die EPVO **novelliert** (verdrängt) damit – voraussichtlich – Vorschriften aus TMG, TKG und UWG.
- Die nicht novellierten Regelungen der novellierten Gesetze haben weiterhin Bestand.
- Als **EU-Verordnung** wird sie – ebenso wie die DSGVO – unmittelbar in allen EU-Ländern geltendes Recht und bedarf nicht einer Umsetzung in nationale Rechtsnormen.

### Primäre Zielgruppen der EPVO:

- Telekommunikationsdienste-Anbieter
- Softwareentwickler im Telekommunikationsbereich
- Telemediendienste-Anbieter
- Anbieter von Over-the-Top-Diensten
- **Betreiber von Direktwerbung**

Fokus heute: Regelungen zur Direktwerbung

Was bedeutet Direktwerbung?

## Status der E-Privacy-Verordnung (EPVO)

- Die EPVO liegt gegenwärtig als **Entwurf** vor – sie ist noch nicht verabschiedet.
- Es können sich folglich noch Änderungen ergeben.
- Es bestehen noch **Uneinigkeiten bei der Konkretisierung**, bspw. zu
  - Erweiterung von **Schutzmaßnahmen gegen Tracking**
  - (Ggf. erweiterten/verpflichtenden) Vorschriften zur **Verschlüsselung** elektronischer Kommunikation.
- Die **Abstimmung** im Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (**LIBE**) im Europäischen Parlament soll im Oktober 2017 erfolgen.
- Geplant ist, dass die EPVO gleichzeitig mit der DSGVO am **25. Mai 2018** Gültigkeit erlangt.

## Postalische Werbung



- Die DSGVO beinhaltet keine **explizite Erlaubnisnorm für Werbung**.
- Die Verarbeitung aufgrund des **Listenprivilegs** des BDSG a.F. entfällt.
- Es existieren in der DSGVO keine unterschiedlichen Regelungen für die Adressierung von **Privat- oder Geschäftskunden**.
- Werbung muss zukünftig auf **generische Erlaubnisnormen** gestützt werden.

### Zulässigkeitsgrundlagen

1. Interessenabwägung
2. Einwilligung
3. Zweckänderung



## Postalische Werbung per Interessenabwägung 1

- Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO erlaubt die Verarbeitung personenbezogener Daten zur Wahrung der **berechtigten Interessen** des Verantwortlichen, wenn **nicht** das Interesse und die Grundrechte der betroffenen Person am Schutz der Daten das Interesse des Verarbeiters an der Verarbeitung der Daten überwiegen.
- Eine **Interessenabwägung** ist durchzuführen und zu dokumentieren.
- "**Direktwerbung** kann ein berechtigtes Interesse darstellen" (EG 47)

### Maßnahmen zur positiven Gestaltung einer Interessenabwägung:

- **Vermeidung** von besonders umfangreichen oder sensiblen Daten (die Nutzung von "besonderen Daten" ist grundsätzlich ausgeschlossen)
- **Vermeidung** von umfassenden, automatisierten Selektionsverfahren, inkl. Profiling und Scoring.
- **Aggregation** von Selektionskriterien
- Treffen von technischen und organisatorischen **Schutzmaßnahmen**
- **B2B**
  - Fokussierung bei Selektionskriterien auf **Informationen über das Unternehmen** selbst (nicht Einzelpersonen wie Ansprechpartner), bspw. Branche, Tätigkeitsbereiche, Umsatz
  - **Vermeidung** von Daten aus dem **persönlichen Umfeld** der Adressaten

### Zu Berücksichtigen / Beurteilungsmaßgabe:

- Konnte der Betroffene die Verwendung seiner Daten für Zwecke des Marketings **erwarten**? Bspw. bei kommerziellen Kontakten.
- Erfolgt eine **Verarbeitung durch Dritte** (bspw. ADV)?
- Sind **berechtigte Interessen Dritter** zu berücksichtigen?
- Erfolgt eine **Übermittlung** von Daten (insb. wenn diese nicht zu erwarten wäre)?

### Die Hinzuspeicherung von Daten kann zulässig sein

- nach Maßgabe der **Interessenabwägung** (bspw. Art und Umfang der Hinzuspeicherung)
- nach hinreichender **Berücksichtigung der schutzbedürftigen Interessen** der Betroffenen

Aufgrund des potentiell großen Erhebungs- und Verwaltungsaufwands wird die **Einwilligung** bei der Werbung voraussichtlich nachrangig eingesetzt werden, bspw. wenn die Zugrundelegung einer anderen Rechtsgrundlage nicht möglich ist.

### Anforderungen an die Einwilligung

- **Freiwillig** (Art. 4 Abs. 11, Art. 7 Abs. 4 DSGVO, EG 42, 43)
- Für (konkret) **bestimmte Fälle** (Art. 4 Abs. 11 DSGVO, EG 32)
- **Informiert** (Art. 4 Abs. 11 DSGVO, EG 42)
- **Unmissverständlich** (Art. 4 Abs. 11 DSGVO, EG 32)  
(schriftlich, elektronisch, mündlich; **nicht** stillschweigend oder basierend auf Untätigkeit, **kein opt-out** / "bereits angekreuzte Kästchen")
- **Nachvollziehbar** (Art. 7 Abs. 1 DSGVO, EG 42)
- **Nicht missbräuchlich** (EG 42)
- **Widerruflich** und **mit Hinweis** auf das Widerrufsrecht (Art. 7 Abs. 3 DSGVO)

### Anforderungen an die Einwilligung (Fortsetzung)

- Bei schriftlicher Erklärung über **mehrere Einwilligungssachverhalte**:
  - klar abgegrenzt
  - verständlich, leicht zugänglich, klare und einfache Sprache
- Bei Einwilligung zu **mehreren Zwecken** muss eine **explizite Einwilligung** für **alle** diese Verarbeitungszwecke gegeben werden
- Bei **Kindern bis 16 Jahren**: Einwilligung oder Zustimmung durch Erziehungsberechtigte
- Bei **Drittlandstransfer** und **besonderen Daten**: ausdrücklich
- Bei **elektronischer Aufforderung** zur Einwilligung: Knapp, klar und ohne unnötige Unterbrechung des Dienstes
- Die **Beweislast** für das Bestehen der Einwilligung liegt beim Verantwortlichen

### **Die gute Nachricht zum Schluss**

Bestehende Einwilligungen gelten weiterhin, wenn sie der Art nach den Bedingungen der DSGVO entsprechen (EG 171 S. 3).

### Voraussetzungen

- Die (personenbezogenen) Daten wurden ursprünglich nicht zu Zwecken der Werbung erhoben.
- Die Zwecke der ursprünglichen Datenerhebung sind jedoch mit Werbezwecken **vereinbar** (Art. 5 Abs. 1 lit. b, Art. 6 Abs. 4 DSGVO) – **dies ist zu prüfen.**
- Die Grenzen der Weiterverarbeitbarkeit werden in EG 50 relativ weit ausgelegt.
- Eine **Dokumentation der Zwecke** und eine **Herleitung der Vereinbarkeit** ist erforderlich, bspw. in der Verarbeitungsübersicht.

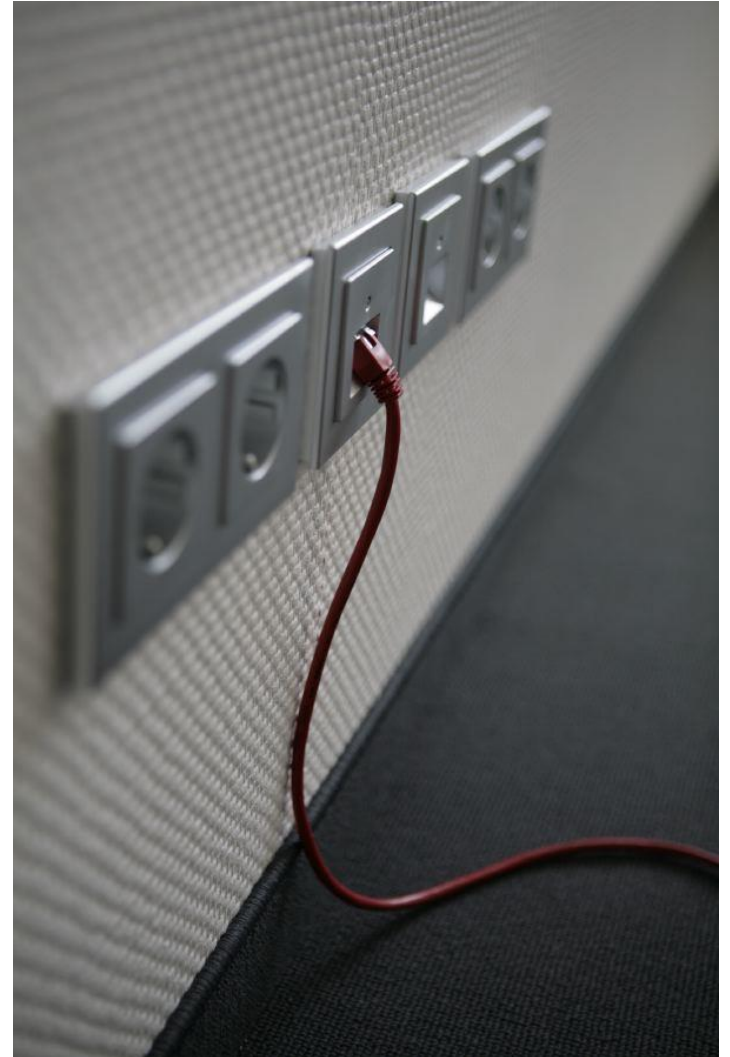
Da im kommerziellen Umfeld Daten regelmäßig auch zu Werbezwecken erhoben werden (und darauf hingewiesen wird), ist der Rechtsgrundlage der **Interessenabwägung** i.d.R. der Vorzug zu geben.

### Was kann außerdem wichtig sein?

- **Auftragsverarbeitung**  
Wurde ein AV-Dienstleister beauftragt?
- **Automatisierte Selektionsverfahren / Profiling**  
Werden automatisierte Verfahren zur Ermittlung der Adressaten eingesetzt?
- **Pseudonymisierung (bspw. bei web-basierter Werbung)**  
Umsetzung individueller Customer-Experience in der Web-Präsenz mittels Pseudonymisierung?
- **Grundsätzliche Anforderungen an den Datenschutz**
  - Angemessene technische und organisatorische Maßnahmen
  - Datenschutz-Management
  - IT-Sicherheits-Management



## Elektronische Werbung



### **Direktwerbung** (Art. 4 Abs. 3 lit. f EPVO)

- schriftlich oder mündlich
- an einen oder mehrere **bestimmte oder bestimmbare Endnutzer** elektronischer Kommunikationsdienste gerichtet
- auch mittels automatischer Anruf- und Kommunikationssysteme
- mit oder ohne menschliche Beteiligung, mittels E-Mail, SMS-Nachrichten usw.
- umfasst auch **telefonische Werbung**

### Rechtsgrundlagen zur Werbung per E-Mail

Die DSGVO beinhaltet keine explizite Erlaubnisnorm für Werbung.

Es verbleiben als **Alternativen zur Umsetzung**:

1. Einwilligungsbasierte Werbung
2. Gesetzliche Rechtsgrundlage der EPVO (Bestandskunden)

### Einwilligungsbasierte Werbung

- Werbung per E-Mail (an natürliche Personen) ist grundsätzlich nur nach Einwilligung zulässig, Art. 16 Abs. 1 EPVO
- **Anforderungen an die Einwilligung** in Art. 9 EPVO – Verweis auf Art. 7 DSGVO
- Nachweisbarkeit der Einwilligung

### Bestandskundenwerbung per E-Mail

Gesetzliche Regelung zulässiger Werbung per E-Mail (Art. 16 Abs. 2 EPVO, EG 32-35)

### Voraussetzungen

- Die E-Mail-Adresse des Kunden wurde im Zusammenhang mit dem Verkauf eines eigenen Produkts oder einer Dienstleistung erhalten
- Im Einklang mit der DSGVO
- Werbung für **eigene** ähnliche Produkte oder Dienstleistungen
- Berücksichtigung von **Werbewidersprüchen**
- Berücksichtigung des **Kopplungsverbots** (Art. 7 Abs. 4 DSGVO)

### B2B – grundsätzlich analog zu B2C

- Einwilligung (Art. 16 Abs. 1 EPVO)
- Bestandskundenwerbung (16 Abs. 2 EPVO)

## Elektronische Werbung: Telefonwerbung 1

- Bei Telefonwerbung muss die **Einwilligung des Adressaten** vorliegen (Art. 16 Abs. 1)
- Eine explizite Erlaubnisnorm analog zur Bestandskundenwerbung per E-Mail **existiert nicht.**
- **Ausweitung** des Verbots der **Rufnummernunterdrückung** (Art. 16 Abs. 3, EG 35 S. 2)
  - **Nennung der Rufnummer** oder
  - eines "**Codes**, der deutlich macht, dass es sich um einen Werbeanruf handelt"
  - **Durchführungsmaßnahmen** hierzu werden durch die EU-Kommission veranlasst (Art. 16 Abs. 7)
- **Öffnungsklausel** zur Erweiterung der Zulässigkeit auf alle Personen, die nicht widersprochen haben (Art. 16 Abs. 4 EPVO)

### B2B

- **Öffnungsgebot:** Verpflichtung der nationalen Gesetzgeber zur Wahrung der Interessen **juristischer Personen** bei elektronischer Direktwerbung (Art. 16 Abs. 5)
- **Bestehende Regelung:** Ggf. Berücksichtigung von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG erforderlich, soweit sich keine weitere Novellierung auf nationaler Ebene ergibt.

### Generelle Pflicht zur Information

Information des Betroffenen

- bei direkter Datenerhebung (Art. 13 Abs. 1)
- ohne direkte Datenerhebung (Art. 14 Abs. 1)

### Einwilligung

**Widerrufsrecht** der erteilten Einwilligung, Art. 7 Abs. 3 DSGVO

### Widerspruchsrecht gegen Direktwerbung

- Berücksichtigung und **Hinweispflicht** (Art. 21 Abs. 2-4 DSGVO, EG 34, 35)
  - bei der Datenerhebung und
  - bei jeder Ansprache
  - Kostenlose und "einfache" Möglichkeit des Widerspruchs



### Zweckänderung

Zusätzliche **Informationspflicht bei Zweckänderung** (Art. 13 Abs. 3, EG 50)

### Werbung über "elektronischer Kommunikationsdienste"

Informierung von Endnutzern über:

- den **Werbecharakter** der Nachricht und
- die **Identität** des Veranlassers, in dessen Namen die Nachricht übermittelt wird
- Bereitstellung von Informationen (bspw. Kontaktdaten), um die Einwilligung in den weiteren Empfang von Werbenachrichten **widerrufen** zu können.

(Art. 16 Abs. 6 EPVO)

Die Sanktionen der EPVO orientieren sich an den Vorgaben der DSGVO (Art. 23 EPVO).

### **Bußgeldrahmen abhängig vom Verstoß**

- 10.000.000 EUR oder 2 % des weltweit erzielten Jahresumsatzes des Vorjahrs
- 20.000.000 EUR oder 4 % des weltweit erzielten Jahresumsatzes des Vorjahrs

Öffnungsklausel für bestimmte Verstöße (bspw. Nichtangabe der Rufnummer) zur Festlegung nationaler Bußgeldregelungen.

**Für deutsche Unternehmen** gibt es bei der Direktwerbung per E-Mail und Telefon **kaum Änderungen** gegenüber den bisherigen Regelungen des UWG (bzw. BDSG).

Wer sich jetzt bereits an die geltenden Regelungen hält und keine Änderungen plant, hat in diesem Bereich voraussichtlich **wenig Handlungsbedarf**.

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.**

**Dr. Ralf Kollmann**

r.kollmann@fides-it-consultants.de

T +49 421 3013 408

M +49 174 9280 408

F +49 421 3013 449

**FIDES IT Consultants GmbH**

Birkenstraße 37 Am Kaiserkai 60

28195 Bremen 20457 Hamburg

[www.fides-it-consultants.de](http://www.fides-it-consultants.de)

