

**Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden
zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten
für Zwecke der Direktwerbung
unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)¹**

Redaktion:

Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht
Promenade 18, 91522 Ansbach

E-Mail: poststelle@lda.bayern.de

Web: www.lda.bayern.de

Tel.: 0981/180093 0

Fax: 0981/180093 800

Stand:

Februar 2022

¹ Diese Orientierungshilfe thematisiert nicht das Thema Adresshandel, da hierzu gesonderte Beratungen erfolgen werden.

Inhaltsverzeichnis

INHALTSVERZEICHNIS.....	2
1. DATENSCHUTZ-GRUNDVERORDNUNG (DS-GVO) UND DIREKTWERBUNG	3
1.1 BEGRIFF DER WERBUNG IM SINNE DER DS-GVO	3
1.2 KEINE DETAILREGELUNGEN DAZU IN DER DS-GVO	3
1.3 INTERESSENABWÄGUNG	4
1.3.1 GRUNDSÄTZLICHES ZUR INTERESSENABWÄGUNG.....	4
1.3.2 PRAXISFÄLLE INTERESSENABWÄGUNG	5
1.4 SPEZIFISCHE WETTBEWERBSRECHTLICHE REGELUNGEN.....	5
1.4.1 NUTZEN DER E-MAIL-ADRESSEN VON BESTANDSKUNDEN	6
1.4.2 NUTZEN VON TELEFONNUMMERN	6
1.5 ZWECKÄNDERUNG	7
2. INFORMATIONSPFLICHTEN	7
2.1 UNTERRICHTUNG BEI DER DATENERHEBUNG.....	7
2.2 ZEITPUNKT DER INFORMATION NACH ART. 14 DS-GVO	9
2.3 INFORMATION DES BESTANDES („ALTFÄLLE“).....	10
3. EINWILLIGUNG IN DIE VERARBEITUNG PERSONENBEZOGENER DATEN FÜR ZWECKE DER DIREKTWERBUNG	10
3.1 GESTALTUNG DER EINWILLIGUNG	10
3.2 EINWILLIGUNG MIT ÜBERGABE VON VISITENKARTEN	11
3.3 DOUBLE-OPT-IN-VERFAHREN FÜR ELEKTRONISCHE EINWILLIGUNGEN	11
3.4 „KOPPELUNGSVERBOT“, ART. 7 ABS. 4 DS-GVO.....	12
3.5 GÜLTIGKEITSDAUER, ANPASSUNGSBEDARF UND VERWIRKUNG DER EINWILLIGUNG.....	13
3.6 OHNE EINWILLIGUNG KEINE WERBLICHE NUTZUNG BESONDERER DATENKATEGORIEN.....	14
3.7 WIDERRUF DER EINWILLIGUNG	14
4. SPEZIELLE SACHVERHALTE BEI DER VERARBEITUNG PERSONENBEZOGENER DATEN FÜR ZWECKE DER DIREKTWERBUNG.....	15
4.1 DATENERHEBUNG ANLÄSSLICH VON PREISAUSSCHREIBEN, KATALOG-/PROSPEKTANFORDERUNGEN	15
4.2 KEINE VERWENDUNG DER DATEN AUS DEM IMPRESSUM	15
4.3 VERTRAGLICHE INFORMATIONEN, DIE GLEICHZEITIG AUCH WERBLICHE INFORMATIONEN ENTHALTEN („BEIPACK-WERBUNG“)	15
4.4 DIREKTWERBUNG ANHAND VON DRITTEN ERLANGTEN POSTADRESSDATEN („FREUNDSCHAFTSWERBUNG“)	16
4.5 E-MAIL-WERBUNG AUF VERANLASSUNG DRITTER („EMPFEHLUNGSWERBUNG“)	16
4.6 ZULÄSSIGE NUTZUNGSDAUER VON KONTAKTDATEN DER BETROFFENEN PERSON FÜR ZWECKE DER DIREKTWERBUNG.....	16
5. HINWEISE ZU ART. 21 ABS. 2 BIS 4 DS-GVO	17
5.1 WERBEWIDERSPRUCH UND WUNSCH NACH DATENLÖSCHUNG	17
5.2 UNTERRICHTUNG ÜBER DAS WERBEWIDERSPRUCHSRECHT.....	18
5.3 AUSGESTALTUNG DES WERBEWIDERSPRUCHSRECHTS.....	18
5.4 UMSETZUNGSFRIST DES WERBEWIDERSPRUCHS NACH ART. 21 ABS. 3 DS-GVO	20

1. Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) und Direktwerbung

1.1 Begriff der Werbung im Sinne der DS-GVO

Werbung ist zum einen die von Unternehmen, Selbstständigen, Verbänden und Vereinen usw. durchgeführte Wirtschaftswerbung zum Aufbau und zur Förderung eines Geschäftsbetriebs. „Werbung“ wird in Art. 2 lit. a der EU-Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung vom 12. Dezember 2006 definiert als „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern“.

Diese weitgreifende Betrachtungsweise von Werbung legen auch die Gerichte in ihren Entscheidungen zu Grunde und sehen z. B. damit auch Zufriedenheitsnachfragen bei Kunden nach einem Geschäftsabschluss, Geburtstags- und Weihnachtsmailings usw. als Werbung an.

Zum anderen ist Werbung aber auch die Kontaktaufnahme durch Parteien, Verbände und Vereine oder karitative und soziale Organisationen mit betroffenen Personen, um ihre Ziele bekannt zu machen oder zu fördern (siehe zur Werbung von politischen Parteien z. B. BVerfG-Beschluss vom 01.08.2002, 2 BvR 2135/01).

Direktwerbung ist dabei durch die unmittelbare Ansprache der Zielperson gekennzeichnet und kann in unterschiedlicher Form erfolgen, z.B. postalisch, per E-Mail, Telefon, Fax oder SMS.²

1.2 Keine Detailregelungen dazu in der DS-GVO

Grundlage für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der Direktwerbung ist in der DS-GVO, abgesehen von einer Einwilligung der betroffenen Person, eine Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO. Danach muss die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen erforderlich sein und die Interessen der betroffenen Person dürfen nicht überwiegen. Dass bei Direktwerbung Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO grundsätzlich als Rechtsgrundlage in Frage kommt, ist dem Erwägungsgrund (ErwGr.) 47 DS-GVO zu entnehmen, der u. a. ausführt: „Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden.“

² Diese Orientierungshilfe behandelt die Datenverarbeitung für Zwecke der „klassischen“ Direktwerbung. Für die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit der Nutzung von Telemedien wird auf die Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021 (OH Telemedien 2021) der DSK vom 20.12.2021 verwiesen, abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf

1.3 Interessenabwägung

1.3.1 Grundsätzliches zur Interessenabwägung

Die DS-GVO verlangt eine Abwägung im konkreten Einzelfall zwischen den Interessen des Verantwortlichen bzw. Dritten und der betroffenen Person. Ein bloßes Abstellen auf abstrakte oder auf vergleichbare Fälle ohne Beachtung der Besonderheiten des Einzelfalls (das konkrete Werbevorhaben) genügt den Anforderungen der DS-GVO nicht.³

Die Datenverarbeitung muss ferner insgesamt im Hinblick auf die Wahrung der berechtigten Interessen erforderlich sein.

Für die Interessenabwägung ergibt sich u. a. aus ErwGr. 47, dass die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person, die auf ihrer Beziehung zu dem Verantwortlichen beruhen, zu berücksichtigen sind. Damit ist auch auf die subjektive Erwartungshaltung der betroffenen Person im Einzelfall abzustellen.

Neben diesen ist aber auch zu fragen, was objektiv vernünftigerweise erwartet werden kann und darf. Entscheidend ist daher auch, ob die Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der Direktwerbung in bestimmten Bereichen der Sozialsphäre typischerweise akzeptiert oder abgelehnt wird.

Im 4. Satz des ErwGr. 47 wird festgestellt, dass insbesondere dann, wenn eine betroffene Person vernünftigerweise nicht mit einer weiteren Verarbeitung rechnen muss, ihre Interessen und Grundrechte gegenüber dem Interesse des Verantwortlichen überwiegen können. Die Erwartungen der betroffenen Person können dabei nicht durch die nach der DS-GVO vorgesehenen Pflichtinformationen (Art. 13, 14 DS-GVO) erweitert werden. Während die Nicht- oder Schlechterfüllung der Informationspflicht das Abwägungsergebnis also aus Sicht des Verantwortlichen negativ beeinflusst, hat die ordnungsgemäße Erfüllung der Informationspflichten keine Auswirkung auf die Abwägung der Interessen.⁴

Zudem sind bei der Interessenabwägung die ohnehin geltenden allgemeinen Grundsätze aus Art. 5 Abs. 1 DS-GVO zu berücksichtigen, also insbesondere:

³ Hinweise zur Interessenabwägung i. R. d. Art. 6 Abs.1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO bei der Verarbeitung personenbezogener Daten der Nutzer durch Website-Betreiber finden sich auf den Seiten 30 f. der Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf).

⁴ So auch Europäischer Datenschutzausschuss, Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users, Version 1.0, Par. 60, S. 18 (abrufbar unter: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/public-consultations-art-704/2020/guidelines-082020-targeting-social-media-users_en).

- faire Verfahrensweise,
- dem Verarbeitungszweck angemessen,
- in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise (insbesondere Nennung der Quelle der Daten, wenn Fremddaten verarbeitet werden, Art. 14 Abs. 2 lit. f DS-GVO).

1.3.2 Praxisfälle Interessenabwägung

Vorbehaltlich der konkreten Abwägung im Einzelfall und den ergänzenden Ausführungen in den Punkten 1.4 und 1.5. können die folgenden Grobkategorien für die Abwägung in der Praxis relevant werden. Die Praxisfälle behandeln ausschließlich die Verarbeitungstätigkeiten beim Verantwortlichen selbst, nicht die Übermittlung an andere Verantwortliche.

a) Zusendung von Werbung nach Bestellung ohne Selektion oder nach Selektion ohne zusätzlichen Erkenntnisgewinn (ohne Profiling)

Schutzwürdige Interessen der betroffenen Personen überwiegen in der Regel nicht, wenn im Nachgang zu einer Bestellung allen Kunden (ohne Selektion) postalisch ein Werbekatalog oder ein Werbeschreiben zum Kauf weiterer Produkte des Verantwortlichen zugesendet wird. Sofern es anhand eines Selektionskriteriums zu einer Einteilung in Werbegruppen kommt (z. B. anhand Postleitzahlen oder Alphabet), sich aber kein zusätzlicher Erkenntnisgewinn durch Individualisierung (Profiling) aus der Selektion ergibt, wird die Interessenabwägung in der Regel ebenfalls zugunsten des Verantwortlichen ausfallen.

b) Zusendung von Werbung nach Bestellung und Selektion (Profiling)

Eingriffsintensivere Maßnahmen wie automatisierte Selektionsverfahren zur Erstellung detaillierter Profile, Verhaltensprognosen bzw. Analysen, die zu zusätzlichen Erkenntnissen führen, sprechen hingegen dafür, dass das Interesse der betroffenen Person am Ausschluss der Datenverarbeitung überwiegt. In diesen Fällen handelt es sich um Profiling, das nicht mehr auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO gestützt werden kann und damit die Einholung einer ausdrücklichen Einwilligung (vgl. Art. 22 Abs. 2 lit. c DS-GVO) vor der Datenverarbeitung erforderlich macht. Der Verweis auf das Widerspruchsrecht des Art. 21 DS-GVO reicht nicht aus.

Auch die Erstellung eines Profils unter Verwendung externer Datenquellen (z. B. Informationen aus sozialen Netzwerken) für Zwecke der Direktwerbung (Werbescores) wird in der Regel zu einem Überwiegen der schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person führen.

1.4 Spezifische wettbewerbsrechtliche Regelungen

Unter welchen Voraussetzungen die konkreten Formen der Direktwerbung, also die Kontaktwege zu den betroffenen Personen (Ansprache per Telefonanruf, E-Mail, Fax etc.) zulässig sind, muss nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO beurteilt werden, wenn keine wirksame Einwilligung vorliegt.

Weil nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO eine Verarbeitung personenbezogener Daten nur zulässig ist, sofern die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person nicht überwiegen, sind auch bei der datenschutzrechtlichen Beurteilung einer Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der Direktwerbung die Wertungen in den Schutzvorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) für die jeweilige Werbeform mit zu berücksichtigen. § 7 UWG regelt, in welchen Fällen von einer unzumutbaren Belästigung der Beworbenen auszugehen und eine Werbung dieser Art unzulässig ist. Wenn für den werbenden Verantwortlichen ein bestimmter Kontaktweg zu einer betroffenen Person danach nicht erlaubt ist, fehlt es bereits an einem berechtigten Interesse.⁵

1.4.1 Nutzen der E-Mail-Adressen von Bestandskunden

Wenn E-Mail-Adressen unmittelbar von den betroffenen Personen im Rahmen einer Vertragsbeziehung (Bestandskunden) erhoben wurden, überwiegen schutzwürdige Interessen der betroffenen Person nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO in der Regel dann nicht, wenn die in § 7 Abs. 3 UWG enthaltenen Vorgaben für elektronische Werbung eingehalten werden. Der Zweck der E-Mail-Werbung muss außerdem gemäß Art. 13 Abs. 1 lit. c DS-GVO den betroffenen Personen bei der Datenerhebung transparent dargelegt worden sein. Klarstellend wird darauf hingewiesen, dass die Verantwortlichen nachweisen können müssen, dass es sich bei der zu Werbezwecken verwendeten E-Mail-Adresse um die Adresse eines Bestandskunden handelt, Art. 5 Abs. 2 DS-GVO.

Ohne das Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG bedarf es für die Nutzung von E-Mail-Adressen zu Werbezwecken grundsätzlich einer Einwilligung.

1.4.2 Nutzen von Telefonnummern

a) Bei Verbrauchern (B2C)

Für Anrufe bei Verbrauchern zu Zwecken der Direktwerbung (B2C) sieht § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG keine Ausnahme vom Einwilligungserfordernis vor, so dass ein solches Nutzen von Telefonnummern ohne vorherige Einwilligung wegen der besonderen Auswirkungen dieser Werbeform (stärkere Belästigung/Störung) datenschutzrechtlich im Rahmen der Auslegung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO an den überwiegenden schutzwürdigen Interessen der betroffenen Personen scheitert. Die werbenden Unternehmen müssen dabei gem. Art. 7 Abs. 1 DS-GVO, § 7a UWG die vorherige ausdrückliche Einwilligung des Verbrauchers in die Telefonwerbung zum Zeitpunkt der Erteilung in angemessener Form dokumentieren und den Nachweis ab Erteilung der Einwilligung sowie nach jeder Verwendung der Einwilligung fünf Jahre lang aufbewahren.

b) Bei sonstigen Marktteilnehmern (B2B)

⁵ OVG des Saarlandes, Beschluss vom 16. Februar 2021 – 2 A 355/19.

Bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer (B2B) kommt es für die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO ebenso auf die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG und somit darauf an, dass von dessen zumindest mutmaßlicher Einwilligung ausgegangen werden kann. Im B2B-Bereich stehen deshalb bei einem Nutzen von Telefonnummern für Werbeanrufe nicht von vorneherein überwiegende schutzwürdige Interessen der telefonisch anzusprechenden Gewerbetreibenden nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO entgegen.

Eine bloße Sachbezogenheit (z. B. Werbung für Büroartikel, Telefon- und Stromanbieter oder auch die entgeltliche Vermittlung von Aufträgen) genügt jedoch nicht, um von einem Einverständnis des angerufenen Unternehmers auszugehen (vgl. BGH, Urteil vom 16.11.2006 – I ZR 191/03). Vielmehr ist es jedenfalls notwendig, dass für den Anruf ein konkreter und aus dem Interessenbereich des Anzurufenden herzuleitender Grund vorliegt (dies kann z. B. ein geschäftlicher Vorkontakt sein).

1.5 Zweckänderung

Sofern personenbezogene Daten für Werbezwecke verwendet werden sollen, die ursprünglich nicht (auch) zu Zwecken der Werbung erhoben worden sind, sind zusätzlich die Regelungen des Art. 6 Abs. 4 DS-GVO (Zweckänderung) zu beachten.

Um herauszufinden, ob der Werbezweck mit der ursprünglichen Zweckbestimmung vereinbar ist, müssen Verantwortliche eine sog. Kompatibilitätsprüfung durchführen, es sei denn, es liegt eine Einwilligung in die zweckändernde Nutzung vor.

2. Informationspflichten

2.1 Unterrichtung bei der Datenerhebung

Werden personenbezogene Daten unmittelbar bei der betroffenen Person erhoben, z. B. für Kauf- und Dienstleistungsverträge, Prospektanforderungen oder Gewinnspiele, ist diese umfassend nach Art. 13 Abs. 1 und 2 DS-GVO u. a. über die Zwecke der Verarbeitung der Daten zu unterrichten. Eine schon geplante oder in Betracht kommende Verarbeitung oder Nutzung der Daten für Zwecke der Direktwerbung ist daher der betroffenen Person von Anfang an transparent darzulegen.⁶

Bei einer nachträglichen Änderung der Verarbeitung auch für Zwecke der Direktwerbung schreibt Art. 13 Abs. 3 DS-GVO eine vorherige Information vor.

Gemäß Art. 21 Abs. 4 DS-GVO muss auf das Werbewiderspruchsrecht in einer von anderen Informationen getrennten Form hingewiesen werden.

⁶ Siehe dazu auch das WP 260 der Art.-29-Gruppe unter <http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news-overview.cfm>.

Der Inhalt der Informationen ergibt sich aus Art. 13 Abs. 1 und 2 DS-GVO. Mitzuteilen sind danach die folgenden Mindestinformationen:

- Identität des für die Verarbeitung Verantwortlichen (Name einschließlich Kontaktdaten): Der oder die (ggf. gemeinsam) für die Datenverarbeitung Verantwortlichen sind als konkrete juristische Person bzw. Firma mit ladungsfähiger Anschrift einschließlich E-Mail-Adresse zu nennen. Kurzbezeichnungen (wie XY-Group) oder Postfachanschriften genügen den Transparenzanforderungen von Art. 12 Abs. 1 S. 1, Art. 13 Abs. 1 lit. a und Art. 14 Abs. 1 lit. a DS-GVO nicht.⁷
- Kontaktdaten des betrieblichen Datenschutzbeauftragten (soweit benannt)
- Verarbeitungszwecke und jeweilige Rechtsgrundlage
- Angabe des berechtigten Interesses, soweit die Verarbeitung darauf beruht
- Empfänger oder Kategorien von Empfängern der personenbezogenen Daten und
- ggf. die Absicht des Verantwortlichen Daten in Drittstaaten oder an internationale Organisationen zu übermitteln und weitere Informationen dazu.
- Weiterhin mitzuteilen sind die zusätzlichen Pflichtinformationen gem. Art. 13 Abs. 2 DS-GVO, wie Speicherdauer, Widerrufsmöglichkeit der Einwilligung (Art. 7 Abs. 3 DS-GVO), Betroffenenrechte (u. a. Auskunftsrecht gem. Art. 15 DS-GVO, Beschwerderecht gem. Art. 77 DS-GVO, Widerspruchsrecht gem. Art. 21 DS-GVO, Frage der Verpflichtung zur Bereitstellung der Daten, ggf. das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung), wobei keine technischen Mittel vorausgesetzt werden dürfen, die nicht ohnehin erforderlich oder allgemein vorhanden sind.

Die Informationspflichten nach Art. 13 Abs. 1 und 2 DS-GVO bestehen nur dann nicht, wenn die betroffene Person bereits etwa aus vorangegangenen Kontakt über die Informationen verfügt und auch keine Zweckänderung vorliegt (Art. 13 Abs. 4 DS-GVO). Für nähere Anforderungen an Form und Inhalt der Information sei auf das DSK-Kurzpapier Nr. 10⁸ und die Leitlinien für Transparenz der ehemaligen Artikel-29-Datenschutzgruppe⁹ verwiesen.

Sofern es sich um eine Datenerhebung bei der betroffenen Person handelt, müssen die Informationen zum Zeitpunkt der Erhebung, also in der konkreten Situation, direkt verfügbar sein. Mögliche Vorgehensweisen, um die Erfüllung der Anforderungen in typischen Situationen der Direktwerbung sicherzustellen, sind – vorbehaltlich der im Einzelfall erforderlichen konkreten Anpassung – im Folgenden beschrieben:

- Wenn die Daten unmittelbar schriftlich oder mündlich bei der betroffenen Person erhoben werden, kann dieser die Information in Papierform übersandt bzw. ausgehändigt werden. Bei Gewinnspiel-

⁷ Zu Fragen der gemeinsamen Verantwortlichkeit siehe Europäischer Datenschutzausschuss, Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users, Version 1.0, u. a. Par. 38 – 42, S. 13 f. (abrufbar unter https://edpb.europa.eu/our-work-tools/public-consultations-art-704/2020/guidelines-082020-targeting-social-media-users_en).

⁸ Abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_10.pdf.

⁹ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679, WP 260 rev.01 (abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/wp/20180411_wp260_rev01.docx).

oder Bestellpostkarten müssen zumindest die wichtigsten Informationen bereits abgedruckt sein (Verantwortlicher, die Verarbeitungszwecke (im Detail), die Betroffenenrechte, die Verarbeitungen, die sich am stärksten auf die betroffene Person auswirken, und gegebenenfalls diejenigen, mit denen die betroffene Person nicht rechnet). Die Bereitstellung weitergehender Informationen ist beispielsweise durch eine URL, einen QR-Code oder das Angebot einer postalischen Zusendung sicherzustellen.

- Bei elektronischer Kommunikation, die von der betroffenen Person ausgeht, können die Informationen zum Beispiel mitgeteilt werden, indem in eine automatische Eingangsbestätigung standardmäßig ein Link eingefügt wird, über den der Empfänger der Eingangsbestätigung auf die Informationen zugreifen kann.
- Bei telefonischen Erstkontakten, z. B. bei der erstmaligen Bestellung von Waren, sollte sofort bei Beginn einer Datenverarbeitung, die in den Anwendungsbereich der DS-GVO fällt, auf die Verarbeitung, ihren Zweck sowie überraschende Verarbeitungsschritte (wie etwa die Einbindung von Auftragsverarbeitern oder Datenexporte in Drittländer, die sich nicht aus der Natur der Sache ergeben) hingewiesen werden. Die weiteren Datenschutzinformationen sollten aktiv angeboten werden (etwa: „Ich nehme jetzt Ihre Angaben in unser Verwaltungssystem auf. Informationen über unsere Datenverarbeitung und Ihre Rechte in diesem Zusammenhang finden Sie auf unserer Homepage (...) oder ich kann sie für Sie abspielen oder sie Ihnen zusenden.“ Ein abgespielter Datenschutzhinweis sollte übersprungen oder wiederholt werden können.

Zu beachten ist, dass immer, wenn eine Verarbeitung auf einer Einwilligung basiert, ohnehin alle dafür erforderlichen Informationen vor der Erteilung der Einwilligung mitgeteilt werden müssen.

Der Verantwortliche ist verpflichtet, zu dokumentieren, welche Informationen der betroffenen Person zu welchem Zeitpunkt zur Verfügung gestellt worden sind, auch wenn dies elektronisch erfolgt ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 DS-GVO). Dies kann auch durch eine Dokumentation des konkreten technischen Verfahrens zur Unterrichtung betroffener Personen, einschließlich der bereitgestellten Inhalte, sichergestellt werden. Hierzu kann beispielsweise eine revisionsfeste Dokumentation der tatsächlich genutzten Texte mit Versionsnummer erfolgen. Auf diese Versionsnummer kann dann in der Einzelfall-Dokumentation verwiesen werden oder es kann dokumentiert werden, wann welche Version genutzt wurde.

2.2 Zeitpunkt der Information nach Art. 14 DS-GVO

Sollen personenbezogene Daten der betroffenen Person für Zwecke der Direktwerbung verarbeitet werden, die nicht von dieser Person selbst erhoben wurden, sind die Informationspflichten nach Art. 14 Abs. 1 und 2 DS-GVO zu beachten.

Eine unverzügliche Information fordert das Gesetz nicht. Die Information muss jedoch innerhalb einer angemessenen Frist, jedenfalls zum Zeitpunkt der ersten Kommunikation (Aussendung einer Werbung), spätestens aber innerhalb eines Monats nach Erhalt der Daten erfolgen. Es kommt also darauf

an, welche Bedingung zuerst eintritt. Erfolgt die Information in Verbindung mit der ersten Werbezusendung, sind beide Bestandteile (Information und Werbetext) klar voneinander zu trennen und die Information (einschließlich des Hinweises auf das Werbewiderspruchsrecht) entsprechend deutlich herauszustellen.¹⁰

2.3 Information des Bestandes („Altfälle“)

Art. 13 und 14 DS-GVO stellen für die Informationspflichten vom Wortlaut her gesehen zunächst auf Datenerhebungen nach Wirksamwerden der DS-GVO ab („Werden personenbezogene Daten ... erhoben...“).

Bestandskunden, deren Daten vor dem 25.05.2018 erhoben wurden, sind aber dann nach Art. 13 Abs.1 und 2 oder Art. 14 Abs. 1 und 2 DS-GVO zu informieren, wenn weitere personenbezogene Daten von ihnen erstmals neu erhoben bzw. vorhandene Daten geändert werden. Außerdem sind sie bei Änderung des Verarbeitungszwecks vor der Weiterverarbeitung nach Art. 13 Abs. 3 oder Art. 14 Abs. 4 DS-GVO umfassend zu informieren.

Neben den Informationspflichten nach Art. 13 und 14 DS-GVO besteht außerdem für jeden Verantwortlichen die allgemeine Pflicht zur transparenten Datenverarbeitung nach Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO. Um dieser nachzukommen, empfiehlt es sich, dass Unternehmen eine Aktualisierung und Erweiterung der Information auch gegenüber Bestandskunden im von der DS-GVO geforderten Umfang vornehmen. Durch eine Information der Bestandskunden entgeht der Verantwortliche auch der Gefahr, dass die Information zum Beispiel bei einer späteren Datenerhebung versehentlich unterbleibt und er im Streitfall seinen Nachweispflichten nicht nachkommen kann. In jedem Fall sollten wegen des Transparenzgrundsatzes die Informationen auch für Bestandskunden bereitgestellt, etwa auf der Homepage veröffentlicht werden.

3. Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der Direktwerbung

3.1 Gestaltung der Einwilligung

Die Einwilligung ist als eine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Verarbeitung personenbezogener Daten nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DS-GVO nur wirksam, wenn sie freiwillig und – bezogen auf einen bestimmten Fall – informiert abgegeben wird. Informiertheit setzt voraus, dass auch die Art der beabsichtigten Werbung (z. B. Brief, E-Mail, SMS, Telefon, Fax), die Produkte oder Dienstleistungen, für die geworben werden soll, und die werbenden Unternehmen genannt werden, um den Anforderungen der bisher insoweit ergangenen Rechtsprechung zu genügen (siehe z. B. BGH-Urteil vom 14.03.2017 - VI ZR 721/15).

¹⁰ S. zu Informationen nach Art. 14 DS-GVO auch EDPB, Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users, Version 1.0, Par. 90, S. 26, abrufbar unter: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/public-consultations-art-704/2020/guidelines-082020-targeting-social-media-users_en.

Erforderlich ist nach Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 Abs. 2 DS-GVO eine unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person ihr Einverständnis zur Verarbeitung der sie betreffenden Daten erteilt. Dies erfordert für vorgegebene Einwilligungstexte unter anderem eine klare und einfache Sprache, die den Umfang der Einwilligung klar beschreibt, vgl. Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO. Es darf auch zu keiner unzulässigen Zweckbündelung in der Erklärung kommen.

Die Schriftform für datenschutzrechtliche Einwilligungen sieht die DS-GVO nicht als Regelfall vor. Verantwortliche haben allerdings gemäß Art. 5 Abs. 2 DS-GVO die Einhaltung der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Datenverarbeitung und gemäß Art. 7 Abs. 1 DS-GVO auch speziell das Vorliegen einer Einwilligung nachzuweisen.

Für Einwilligungen ist regelmäßig ein gesonderter Text oder Textabschnitt ohne anderen Inhalt zu verwenden. Soll die datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung zusammen mit anderen (insbesondere vertraglichen) Erklärungen schriftlich oder in einem elektronischen Format erteilt werden, so ist sie gemäß Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO in einer von anderen Sachverhalten klar unterscheidbaren Weise darzustellen.

Die Voraussetzungen einer Einwilligung sind detailliert in den EDSA-Guidelines dargestellt.¹¹

3.2 Einwilligung mit Übergabe von Visitenkarten

Visitenkarten, die von den betroffenen Personen auf Messen oder sonstigen Veranstaltungen ausdrücklich zur Informationszusendung oder weiteren geschäftlichen Kontaktaufnahme hinterlassen werden, können grundsätzlich eine wirksame Einwilligung im Sinne von Art. 4 Nr. 11 DS-GVO darstellen, wenn infolge der Umstände des Einzelfalls für den Verantwortlichen eine Nachweisbarkeit der Einwilligung und insbesondere auch ihres Inhalts gegeben ist.

3.3 Double-Opt-In-Verfahren für elektronische Einwilligungen

Für das elektronische Erklären einer Einwilligung ist zur Verifizierung der Willenserklärung der betroffenen Person das Double-Opt-In-Verfahren geboten, wobei die Nachweis-Anforderungen des BGH zum UWG (Urteil vom 10. Februar 2011 - I ZR 164/09) bei der Protokollierung zu berücksichtigen sind. Das Verfahren muss dabei gerade bezüglich des für die Werbung benutzten Kommunikationsmittels den Nachweis der Einwilligung führen können. Das bloße Abspeichern einer IP-Adresse und die Behauptung, dass von dieser IP-Adresse aus eine Einwilligung erteilt worden sei, genügen auch nach der Rechtsprechung des BGH zum UWG nicht (vgl. BGH, Urteil v. 10.02.2011 - Az. I ZR 164/09). Die Einwilli-

¹¹ Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679 (abrufbar unter https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_de).

ligung muss vollständig nachweisbar sein, auch hinsichtlich ihres Wortlauts. Für den Nachweis des Einverständnisses ist es erforderlich, dass der Verantwortliche die konkrete Einverständniserklärung jeder einzelnen betroffenen Person vollständig dokumentiert¹². Im Fall einer elektronisch übermittelten Einverständniserklärung setzt das deren Speicherung und die jederzeitige Möglichkeit voraus, sie auszu-drucken.

Der BGH spricht in diesem Zusammenhang (im o. g. Urteil) die Vorlage einer Bestätigungs-E-Mail an, die von der jeweiligen E-Mail-Adresse versandt wurde, was beispielsweise beim heutzutage oft üblichen Einsatz von DKIM-¹³ oder anderen digitalen Signaturen die Authentizität der E-Mail und damit der Einwilligung tatsächlich nachweisen kann.

Ein Nachweis mittels E-Mail reicht jedoch in dem Fall nicht aus, wenn über Website-Eintragungen erlangte Telefonnummern für Werbeanrufe genutzt werden sollen. Mit der Übersendung einer Bestätigungs-E-Mail kann nämlich der Nachweis der Identität zwischen dem die Einwilligung mittels E-Mail Erklärenden und dem Anschlussinhaber der Telefonnummer nicht geführt werden. Eine schriftliche Einwilligung in die Nutzung einer Telefonnummer zu Werbezwecken ist regelmäßig die beste Möglichkeit für eine spätere Belegbarkeit einer Einwilligung, auch wenn die Zuordnung der Telefonnummer zur die Einwilligung erklärenden Person anderweitig sichergestellt werden muss. In laufenden Geschäftsbeziehungen ist diese Zuordnung oftmals geklärt.

Im Hinblick auf Double-Opt-In-Verfahren, die per SMS oder per Telefonanruf übermittelte Bestätigungs-codes oder eingeholte Bestätigungen verwenden, ist darauf hinzuweisen, dass wegen der leichten Fälschbarkeit in der Regel die Beweiskraft solcher Verfahren als gering anzusehen ist.

3.4 „Koppelungsverbot“, Art. 7 Abs. 4 DS-GVO

Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, ist dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung zu tragen, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig gemacht wird, die für die Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich ist (Art. 7 Abs. 4 DS-GVO). Es handelt sich bei dem sog. Koppelungsverbot rechtlich nicht um ein echtes Verbot, doch fehlt es bei solcherart eingeholten Einwilligungen regelmäßig an der Freiwilligkeit, so dass diese unwirksam sind.

Die Voraussetzungen einer Einwilligung sind detailliert in den EDSA-Guidelines dargestellt.¹⁴

¹² Für die Einwilligung in die Speicherung von Daten im Endgerät gilt § 25 TTDSG, für die Einwilligung auf Webseiten, insbesondere über Einwilligungsbanner vgl. S. 23 f der OH Telemedien vom 20.12.2021.

¹³ DomainKeys Identified Mail.

¹⁴ Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679 (abrufbar unter https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_de).

3.5 Gültigkeitsdauer, Anpassungsbedarf und Verwirkung der Einwilligung

Die DS-GVO enthält keine spezifischen Vorgaben zur Dauer der Wirksamkeit einer Einwilligung. Wie lange die Einwilligung gültig ist, hängt vom Kontext, dem Umfang der ursprünglichen Einwilligung und den Erwartungen der betroffenen Partei ab.¹⁵

Aus dem Wortlaut wie aus den vorgenannten Umständen kann sich sowohl eine unbegrenzte Geltungsdauer der Einwilligung ergeben wie auch eine zeitlich beschränkte Geltung. Aus den Grundsätzen der Transparenz, der Verarbeitung nach Treu und Glauben und der Speicherbegrenzung aus Art. 5 Abs. 1 lit. a und e DS-GVO kann sich insbesondere ergeben, dass sich Verantwortliche nicht mehr auf eine Einwilligung berufen können, wenn sie diese über längere Zeit nicht genutzt haben und die betroffenen Personen nicht mehr mit einer Verarbeitung ihrer Daten auf Grundlage der Einwilligung rechnen müssen.

Der BGH hatte bereits vor Anwendbarkeit der DS-GVO durch Urteil vom 01. Februar 2018 - III ZR 196/17 - zur insoweit gleichlautenden damaligen Rechtslage klargestellt, dass eine erteilte Einwilligung grundsätzlich nicht zeitlich abläuft: „Eine zeitliche Begrenzung einer einmal erteilten Einwilligung sieht weder die Richtlinie 2002/58/EG noch § 7 UWG vor. Hieraus ergibt sich, dass diese – ebenso wie eine Einwilligung nach § 183 BGB – grundsätzlich nicht allein durch Zeitablauf erlischt. (...)“

Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der transparenten Verarbeitung gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO empfiehlt der EDSA es als bewährte Praxis, die Einwilligung in angemessenen Zeitabständen zu erneuern. Wenn alle Informationen erneut erteilt werden, hilft dies sicherzustellen, dass die betroffene Person gut darüber informiert bleibt, wie ihre Daten verwendet werden und wie sie ihre Rechte ausüben kann.¹⁶

Im Sinne einer transparenten Datenverarbeitung ist Werbetreibenden insbesondere zu empfehlen, bei länger als zwei Jahre ungenutzten Einwilligungen vorsorglich eine Erneuerung der Information oder auch der Einwilligungen selbst vorzunehmen (vgl. dazu auch Ziffer 4.8). Wenn sich die Verarbeitungsvorgänge beträchtlich ändern oder weiterentwickeln, ist die ursprüngliche Einwilligung nicht länger für derartige Verarbeitungen gültig. Dann muss eine neue Einwilligung eingeholt werden.¹⁷

¹⁵ Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 110 (abrufbar unter https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_de).

¹⁶ Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 111 (abrufbar unter https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_de).

¹⁷ Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 110 (abrufbar unter https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_de).

3.6 Ohne Einwilligung keine werbliche Nutzung besonderer Datenkategorien

Art. 9 DS-GVO enthält neben der ausdrücklichen Einwilligung keine Erlaubnisnorm für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten für Zwecke der Werbung. Von Relevanz kann dies z. B. für Unternehmen und Berufe des Gesundheitswesens sein (Apotheken, Sanitätshäuser, Optiker, Orthopäden usw.). Dabei ist im Einzelfall zu prüfen, ob bereits aus dem Umstand, dass jemand Kunde eines bestimmten Unternehmens der Gesundheitsbranche ist, Rückschlüsse auf die Gesundheit dieser Person gezogen werden können.¹⁸

3.7 Widerruf der Einwilligung

Die Einwilligung ist jederzeit für die Zukunft widerruflich (Art. 7 Abs. 3 S. 1 DS-GVO). Mit dem Eingang des Widerrufs beim Verantwortlichen entfällt die Rechtsgrundlage für die weitere Verarbeitung der personenbezogenen Daten. Allerdings muss der Verantwortliche auch nach einem Widerruf und der Löschung der personenbezogenen Daten aus der Werbe-Datenbank in der Lage sein, die Einwilligung nachweisen zu können. Rechtsgrundlage für die (auch fortgesetzte) Aufbewahrung der Einwilligung sind Art. 6 Abs. 1 lit. c i. V. m. Art. 5 Abs. 1 lit. a, Abs. 2, Art. 7 Abs. 1 DS-GVO und Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO. Auf diese auch nach dem Widerruf fortgesetzte Verarbeitung der Einwilligung ist bereits bei der Erhebung der Daten hinzuweisen. Rechtsgrundlage ist insoweit gerade nicht Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO. Ein Nachweis der Einwilligung muss sowohl gegenüber der Aufsichtsbehörde als auch gegenüber der betroffenen Person innerhalb der bußgeldrechtlichen und zivilrechtlichen Regelverjährungsfristen für Forderungen (3 Jahre, § 31 Abs. 2 Nr. 1 OWiG bzw. § 195 BGB) möglich sein (im Rahmen telefonischer Werbung sind die Fristen des § 7a UWG zu beachten - vgl. oben Ziffer 1.4.2. a).

Über das Widerrufsrecht und dessen Umfang ist die betroffene Person vor der Abgabe der Einwilligung in Kenntnis zu setzen (Art. 7 Abs. 3 S. 3 DS-GVO). Der Hinweis sollte im direkten Zusammenhang mit der Einholung der Einwilligung gegeben werden.

Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein (Art. 7 Abs. 3 S. 4 DS-GVO). Grundsätzlich ist ein Widerruf der Einwilligung in jeder Form möglich. Zu beachten ist allerdings, dass der Verantwortliche sicherstellen können muss, dass es sich beim Erklärenden um die betroffene Person handelt. So kann beispielsweise bei einer Erklärung des Widerrufs über ein Online-Kontaktformular eine Bestätigung über die dem Verantwortlichen bekannte E-Mail-Adresse verlangt werden, entsprechend einer Art „Double-Opt-Out“-Verfahren. Zu beachten ist, dass – entsprechend dem Nachweis der Einwilligung – viele E-Mails heutzutage eine DKIM- oder andere digitale Signatur enthalten, sodass ihre Authentizität sichergestellt ist. Auch ein laufender E-Mail-Kontakt unter der bekannten E-Mail-Adresse belegt, dass die den Widerruf erklärende Person Zugriff auf den E-Mail-Account hat, was regelmäßig zur Authentifizierung der betroffenen Person ausreicht.

¹⁸ S. zur Frage der Kategorisierung s. EDPB, Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users, Version 1.0, Par. 116, S. 31 ff, abrufbar unter: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/public-consultations-art-704/2020/guidelines-082020-targeting-social-media-users_en.

Eine Vereinbarung einer bestimmten Form des Widerrufs – auch derselben Form, in der die Einwilligung erteilt wurde – kann unter Umständen gegen Art. 7 Abs. 3 S. 4 DS-GVO verstoßen. Denn auch eine Einwilligung in Schriftform kann sehr einfach erteilt worden sein, etwa wenn dies im Rahmen eines Vor-Ort-Termins erfolgte, während bei Ortsabwesenheit ein schriftlicher Widerruf eine erhebliche Hürde darstellen kann.

Die Anforderungen der unten folgenden Ziffern 5.3 und 5.4 gelten – mit Ausnahme des Verweises auf Art. 12 DS-GVO – entsprechend für den Widerruf.

4. Spezielle Sachverhalte bei der Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der Direktwerbung

4.1 Datenerhebung anlässlich von Preisausschreiben, Katalog-/Prospektanforderungen

Eine Verarbeitung von Postadressdaten für Zwecke der eigenen Direktwerbung aus der Durchführung von Preisausschreiben und Gewinnspielen sowie aufgrund von Katalog- und Prospektanforderungen ist nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO zulässig. Spätestens bei der Datenerhebung ist über die werbliche Datenverarbeitung zu informieren; eine Einwilligung der betroffenen Personen ist bei solchen Sachverhalten sodann nicht erforderlich. Die Anforderungen aus Ziffer 2.1 sind zu beachten.

4.2 Keine Verwendung der Daten aus dem Impressum

Nicht zulässig ist hingegen das Auslesen der Daten aus einem Online-Impressum zum Zweck der werblichen Nutzung. Zwar sind diese Daten allgemein zugänglich, sie werden jedoch nicht freiwillig, sondern aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung zur Anbieterkennzeichnung gem. § 5 TMG bzw. § 18 MStV veröffentlicht. Mangels Freiwilligkeit der Veröffentlichung führt die Interessenabwägung gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO regelmäßig dazu, dass die werbliche Nutzung so erhobener Daten unzulässig ist. Zur Vermeidung einer werblichen Ansprache mit diesen Daten kann ein Anbieter einer Internetseite vorsorglich einen Werbewiderspruch in sein Impressum aufnehmen.

4.3 Vertragliche Informationen, die gleichzeitig auch werbliche Informationen enthalten („Beipack-Werbung“)

Wenn Vertragspartnern vertragliche Informationen und damit verbunden auch eigene oder fremde werbliche Informationen per Brief zugesandt werden, ist dies in den Grenzen von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO möglich, solange von der betroffenen Person kein Werbewiderspruch nach Art. 21 Abs. 2 DS-GVO vorliegt.

Bei E-Mail-Werbung sind die Wertungen von § 7 Abs. 3 UWG zu beachten, wobei für Fremdwerbung die dortigen Erleichterungen nicht gelten.

4.4 Direktwerbung anhand von Dritten erlangter Postadressdaten („Freundschaftswerbung“)

Der Praxis, dass Verantwortliche durch die Befragung von Kunden und Interessenten Postadressdaten von Dritten erheben und für Zwecke der Direktwerbung verarbeiten (sogenannte Freundschaftswerbung), stehen regelmäßig die Grundsätze einer fairen und transparenten Verarbeitung personenbezogener Daten nach Art. 5 Abs. 1 lit. a und Art. 12 Abs. 1 DS-GVO entgegen.

4.5 E-Mail-Werbung auf Veranlassung Dritter („Empfehlungswerbung“)

Für die sogenannte Empfehlungswerbung, bei der Dritte den Versand von E-Mail-Werbung anstoßen, gelten die allgemeinen Anforderungen. Auch bei Empfehlungswerbung ist daher nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG eine Einwilligung des Empfängers erforderlich, wenn nicht die Ausnahmen des § 7 Abs. 3 UWG für Bestandskundenwerbung greifen. Dies stützt der BGH durch seine Rechtsprechung.

Der BGH sieht in einem Urteil vom 12. September 2013 - I ZR 208/12 - unverlangt versandte Empfehlungs-E-Mails als unzulässige Werbe-E-Mails an (ein Unternehmen hatte auf seiner Website die Möglichkeit für Nutzer eingerichtet, die E-Mail-Adresse eines Freundes anzugeben, um diesem dann unverlangt eine sog. Empfehlungs-E-Mail schicken zu können). Es komme für die Einordnung als Werbung nicht darauf an, dass das Versenden der Empfehlungs-E-Mails eines Unternehmens letztlich auf dem Willen eines Dritten beruhe.

Der BGH hat mit Urteil vom 14. Januar 2016 - I ZR 65/14 - die Versendung von durch Facebook generierten E-Mails im Zusammenhang mit der Anmeldeprozedur „Freunde finden“ als unzumutbar belästigende und damit unerlaubte Werbung eingestuft, weil diese E-Mails ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten versandt werden.

4.6 Zulässige Nutzungsdauer von Kontaktdaten der betroffenen Person für Zwecke der Direktwerbung

Für zulässigerweise beim Betroffenen erhobene Kontaktdaten sieht das geltende Recht keine explizite Befristung einer werblichen Nutzung nach dem letzten aktiven Geschäfts- oder Direktwerbekontakt vor. Bei der Beurteilung, ab wann nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO überwiegende schutzwürdige Interessen der betroffenen Person einer länger währenden werblichen Nutzung entgegenstehen, sollte einerseits der Zeitablauf seit dem letzten aktiven Kontakt, andererseits die Art des Grundgeschäfts berücksichtigt werden.

Aufgrund der Art der Geschäftsbeziehung muss eine Erforderlichkeit zur weiteren Nutzung der Daten für Zwecke der Direktwerbung von dem Verantwortlichen nachvollziehbar dargelegt werden. Wenn nach einer langen „Werbepause“ die Kontaktdaten der Person plötzlich wieder für eine Werbezusendung verarbeitet werden, dürfte dies bspw. für einen langjährigen Kundenstamm eher begründbar sein als für Kontakte, die lediglich aufgrund einer Konditionenabfrage angelegt worden sind.

Darüber hinaus können aber auch schon die Umstände des Erstkontakts einer Datennutzung für Werbezwecke entgegenstehen. Dazu zählen wohl sämtliche von den Betroffenen als taktlos oder auf sonstige Weise unangemessen empfundene Werbeansprachen, insbesondere, wenn der Erstkontakt in einer akuten Ausnahmesituation zustande gekommen ist. So kann z. B. die Kontaktierung bzw. Inanspruchnahme eines Abschlepp- oder Schlüsselnotdienstes, einer Hebamme oder eines Bestatters keine längerfristige Datennutzung für werbliche Zwecke rechtfertigen.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO sind zudem nach ErwGr 47 DS-GVO die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Personen, die auf ihrer Beziehung zu dem Verantwortlichen beruhen, zu berücksichtigen. Bei Berücksichtigung der Grundsätze aus Art. 5 Abs. 1 DS-GVO ist offensichtlich, dass etwaige Erwartungen betroffener Personen, dass die von ihnen erhobenen Daten für Direktwerbung genutzt werden, zeitlich nicht unbegrenzt sind. Der Zeitablauf entscheidet daher mit über die Frage, ab wann die anfänglich nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO überwiegenden Werbeinteressen hinter die Interessen der betroffenen Person am Ausschluss einer werblichen Nutzung zurücktreten.

5. Hinweise zu Art. 21 Abs. 2 bis 4 DS-GVO

5.1 Werbewiderspruch und Wunsch nach Datenlöschung

Für die Umsetzung der Betroffenenrechte ist im Zweifelsfall von der betroffenen Person klarzustellen bzw. bei ihr zu klären, was sie mit ihrer Willenserklärung bewirken möchte. Möchte sie ausschließlich einer weiteren werblichen Ansprache durch das Unternehmen vorbeugen, kann dafür die Aufnahme ihrer Kontaktdaten in eine Werbesperrdatei bei diesem Unternehmen das richtige Mittel zur Berücksichtigung ihres Willens sein.

Solche Werbesperrdateien können aufgrund von Art. 21 Abs. 3, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO i. V. m. Art. 17 Abs. 3 lit. b DS-GVO zur Berücksichtigung der Werbewidersprüche von betroffenen Personen zur Sicherstellung der Beachtung des geltend gemachten Rechtsanspruchs zulässig sein. Voraussetzung hierfür ist allerdings eine Verarbeitung zu Werbezwecken nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO. Ist die werbliche Nutzung nur auf Basis einer Einwilligung zulässig, muss der Verantwortliche ohnehin sicherstellen, dass in jedem Einzelfall eine Einwilligung vorliegt. Eine Werbesperrdatei kann daher letztlich nur rechtmäßig sein, wenn die zu verhindernde Verarbeitung zu Werbezwecken auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO beruht.

Die betroffenen Personen müssen im Zusammenhang mit der Unterrichtung (Art. 12 Abs. 3 DS-GVO) über die Beachtung ihres Werbewiderspruchs auch über den Sinn und Zweck der Aufnahme ihrer Daten in eine Sperrdatei unterrichtet werden.

Wünscht eine betroffene Person ausdrücklich und allein eine Löschung aller Daten aus der Werbesperrdatei, sollte sie darauf hingewiesen werden, dass sie eventuell wieder Werbung erhalten kann.

Möchte sich der Betroffene gegen die Werbung sämtlicher Unternehmen verwehren, kann ein ergänzender Hinweis auf die sogenannten Robinsonlisten der Werbewirtschaft für die betroffene Person hilfreich sein, siehe z. B. unter www.ichhabediewahl.de. Durch einen Eintrag in die Robinsonliste(n) kann der Betroffene seinen Willen kundtun, keine unerwünschte Werbung zu erhalten. Die von der betroffenen Person hinterlegten Daten können sodann von seriösen Unternehmen zum Abgleich gegen ihre Versand- bzw. Werbelisten genutzt werden, um unerwünschte Werbesendungen etc. zu verhindern. Da der Abgleich von Unternehmen mit der Robinsonliste freiwillig und in Deutschland nicht verpflichtend ist, kann ein Eintrag in eine solche Liste nicht als Garantie gegen unerwünschte Werbung verstanden werden.

5.2 Unterrichtung über das Werbewiderspruchsrecht

Art. 21 Abs. 4 DS-GVO verlangt, dass die betroffene Person in verständlicher und von anderen Informationen getrennter Form auf ihr Widerspruchsrecht gegen eine Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung einschließlich einem eventuellen damit in Verbindung stehenden Profiling hingewiesen werden muss. Aus Gründen der Nachweisbarkeit empfiehlt es sich, den Hinweis auf das Widerspruchsrecht bei jeder Werbesendung anzubringen.

Es ist nur dann von einer wirksamen Information im Sinne des Gesetzes auszugehen, wenn eine betroffene Person beim üblichen Umgang mit der Werbebotschaft oder mit Vertragsinformationen von dem Hinweis auf das Widerspruchsrecht Kenntnis erlangt. Das "Verstecken" der Information in langen AGB oder in umfangreichen Werbematerialien stellt keinen Hinweis im Sinne von Art. 21 Abs. 4 DS-GVO dar.

Die Information über das Widerspruchsrecht nach Art. 21 DS-GVO muss deutlich abgesetzt werden, beispielsweise durch unterschiedliche Überschriften (etwa in der Datenschutzerklärung: 1. Allgemeine Datenschutzinformationen, 2. Widerspruchsrecht).

5.3 Ausgestaltung des Werbewiderspruchsrechts

Der Werbewiderspruch kann dem Verantwortlichen auf beliebige Art und Weise zugetragen werden. Verantwortliche müssen sicherstellen, dass betroffene Personen ihre Rechte auf sämtlichen gegenüber ihnen verwendeten Kommunikationswegen effektiv geltend machen können. Es ist zwar grundsätzlich zulässig, betroffene Personen vorrangig auf bestimmte Kontaktwege, etwa die Nutzung einer speziellen E-Mail-Adresse für Datenschutzbelange, zu verweisen, sie dürfen jedoch nicht darauf beschränkt werden. Ein vorrangiger Kontaktweg darf nicht dazu führen, dass Datenschutzbelange, die auf anderen Wegen an die Verantwortlichen herangetragen werden, unbearbeitet bleiben. Die Verantwortlichen haben (ggf. durch Sensibilisierung der Mitarbeiterschaft) sicherzustellen, dass interne Prozesse etabliert werden, die bspw. eine Weiterleitung solcher Anfragen an das Datenschutzmanagement vorsehen. Die Art und Weise der Kontaktaufnahme durch die betroffenen Personen ist bei der

Frage der Unverzüglichkeit i. S. d. Art. 12 Abs. 3 DS-GVO zu berücksichtigen. Wird ein anderer Kontaktweg beschritten, kann die Bearbeitung länger dauern. Im Sinne des Erleichterungsgebots nach Art. 12 Abs. 2 S. 1 DS-GVO ist für die Einlegung des Bewerbewiderspruchs auch eine elektronische Kommunikationsmöglichkeit anzubieten. Verwendet der Verantwortliche zur Versendung von Werbe-E-Mails „no-reply“-Adressen, ist von ihm besonderes Augenmerk darauf zu richten, betroffenen Personen einen einfachen und schnellen Weg des Widerspruchs zu ermöglichen, der den Umstand ausgleicht, dass bei „no-reply“-Adressen eine direkte Antwort an die Absenderadresse nicht möglich ist und somit eine Form des Bewerbewiderspruchs abgeschnitten wird. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Nutzung von „no-reply“ Adressen als eine Variante dar, die – je nach konkreter Ausgestaltung – das Risiko mit sich bringt, betroffenen Personen die Ausübung ihrer Rechte – entgegen Art. 12 Abs. 2 DS-GVO – zu erschweren. Um dem Erleichterungsgebot nach Art. 12 Abs. 2 S. 1 DS-GVO zu entsprechen, empfiehlt es sich in diesem Fall, eine „reply-to“-Adresse zu setzen.

Beim Einsatz von Spam-Filtern u. ä. (z. B. Virenfilter, Blockinglists) ist zu beachten, dass auch solche E-Mails zugegangen sind, die zwar vom zuständigen Mail-Server angenommen, aber als vermeintlicher Spam in einen Spam-Ordner verschoben oder gelöscht wurden. Wer eine E-Mail-Adresse bereitstellt, muss durch technisch-organisatorische Maßnahmen gewährleisten, dass E-Mails, die sich auf Betroffenenrechte beziehen, entweder nicht im Spam-Ordner landen oder dort jedenfalls dennoch umgehend zur Kenntnis genommen werden (Art. 24 DS-GVO).

Unter betroffenen Personen gibt es häufig Irritationen darüber, dass sie nach einer Bestellung von Waren oder Dienstleistungen E-Mail-Werbung erhalten, obwohl sie beispielsweise eine Einwilligung in den Erhalt von Newslettern gerade nicht erteilt haben. Auch um diesen Irritationen vorzubeugen, sollte nicht nur im Datenschutzhinweis, sondern bereits bei Erhebung der E-Mail-Adresse im Rahmen des Bestellprozesses klar und verständlich auf die unabhängig von einer Newsletter-Anmeldung bestehende Möglichkeit von Werbung für ähnliche Leistungen im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO i.V.m. § 7 Abs. 3 UWG sowie auf das diesbezügliche Widerspruchsrecht hingewiesen werden (Art. 21 Abs. 4 DS-GVO). Es wird zudem empfohlen, eine sofortige Ausübung des Widerspruchsrechts zu ermöglichen, beispielsweise durch eine Checkbox oder durch eine Verlinkung zu einer Widerspruchsmöglichkeit.¹⁹

Die Abmeldung von E-Mail-Werbung sollte möglichst mit einem Klick (Anklicken des Abmeldelinks in der Werbe-E-Mail) ohne zusätzliche Hürden bzw. Erschwernisse möglich sein. Insbesondere dürfen Abfragen nach dem Grund der Abmeldung nicht verpflichtend sein. Auch beim Vorhandensein eines Abmeldelinks ist zu beachten, dass ein Bewerbewiderspruch ebenso auf anderem Wege, etwa mittels einer Antwort-E-Mail, erklärt werden kann.

¹⁹ Vgl. EDSA-Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users, Version 2.0 Adopted on 13 April 2021, Rn. 55, abrufbar unter https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-82020-targeting-social-media-users_en.

5.4 Umsetzungsfrist des Werbewiderspruchs nach Art. 21 Abs. 3 DS-GVO

Die Umsetzung des Widerspruchs gegen die künftige Verarbeitung der Kontaktdaten einer betroffenen Person für Zwecke der Direktwerbung einschließlich eines eventuell damit in Verbindung stehenden Profilings muss in dem betreffenden Unternehmen unverzüglich erfolgen.

Auch hier ist betroffenen Personen überwiegend nicht bewusst, dass bereits "angelaufene" Werbeaktionen regelmäßig nicht mehr ohne weiteres gestoppt werden können.

Wenn konkrete Werbeaktionen angelaufen sind und sich die Kontaktdaten der betroffenen Person schon in der technischen Verarbeitung befinden, kann es im Einzelfall für das Unternehmen unzumutbar sein, einen zwischenzeitlich eingegangenen Werbewiderspruch noch mit erheblichem Aufwand umzusetzen, z. B. einen bestimmten bereits adressierten Brief aus einer großen Menge heraus zu sortieren. Bei der Bestimmung des Zeitraums, in dem die betroffene Person ggf. noch Werbung hinzunehmen hat, ist jedoch die aus Art. 24 DS-GVO folgende Pflicht des Verantwortlichen zu berücksichtigen, vorsorglich geeignete technische und organisatorische Maßnahmen (Art. 24 Abs. 1 DS-GVO) zu treffen, um Werbewidersprüche unverzüglich zu beachten. Insbesondere müssen eine unverzügliche Bearbeitung auch von formlos eingehenden Widersprüchen gewährleistet und für Werbemaßnahmen jederzeit aktuelle Datenbestände verwendet werden.

Zur Einhaltung der Vorgaben nach Art. 12 Abs. 3 DS-GVO und zur Vermeidung von unnötigen Beschwerden sollten die Werbetreibenden die betroffenen Personen in einem individuellen Antwortschreiben erstens auf die Beachtung des Werbewiderspruchs und zweitens über die Tatsache, dass sie über einen möglichst genau zu benennenden kurzen Zeitraum noch Werbung erhalten können, unterrichten.

Erfolgt der Widerspruch über einen Link in einer Werbe-E-Mail oder über eine Einstellung im Kundenportal, werden die personenbezogenen Daten gem. Art. 21 Abs. 3 DS-GVO nicht mehr verarbeitet. Für rein elektronisch versandte Werbung gibt es in diesen Fällen keinen Grund, vom Wortlaut des Gesetzes abzuweichen, nach dem der Widerspruch sofort zu beachten ist. Auch im Fall von postalischer Werbung ist zu beachten, dass keine neuen Verarbeitungen (wie z. B. neue Druckaufträge) gestartet werden dürfen.