

EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)

Das BayLDA auf dem Weg zur Umsetzung der Verordnung

Wichtiger Hinweis zu diesem Dokument:

Die DS-GVO wird nach der Übergangsphase von zwei Jahren am 25. Mai 2018 wirksam. Die Aufsichtsbehörden sind aktuell bemüht, durch intensive Abstimmungsrunden eine einheitliche Sichtweise der neu geregelten Grundlagen und Anforderungen an den Datenschutz auf europäischer Ebene zu erzielen. Das BayLDA beteiligt sich deshalb an verschiedenen Arbeitskreisen, die sich dieser Herausforderung auch in Deutschland stellen. In der Zwischenzeit möchte das BayLDA Interessierten einen Einblick gewähren, welche Themenkomplexe der DS-GVO derzeit auch in der bayerischen Aufsichtsbehörde intensiv diskutiert werden. Das BayLDA veröffentlicht deshalb in regelmäßigen Abständen (geplant: zweimal im Monat) ein kurzes Papier zu einem ausgewählten Schwerpunkt. Das BayLDA weist ausdrücklich darauf hin, dass es sich hierbei um keine verbindlichen Auffassungen handelt, sondern um gegenwärtige Interpretationen und Meinungen zur DS-GVO. Kommentare zum dargestellten gegenwärtigen Verständnis nimmt das BayLDA gerne entgegen.

XII Verarbeitung personenbezogener Daten für Werbung

Keine Detailregelung für Werbung

Mit der DS-GVO fallen alle detaillierten Regelungen des BDSG für die Verarbeitung personenbezogener Daten für werbliche Zwecke weg. Spätestens dann entfällt auch jede Unsicherheit darüber, ob die Werberegungen des BDSG zumindest insoweit schon heute nicht anwendbar sind, soweit sie eine nach der Datenschutz-Richtlinie *erforderliche Abwägung* nicht vorsehen.

Werbung nach Interessenabwägung

Grundlage für die Beurteilung der Zulässigkeit von Werbung ist in Zukunft, abgesehen von einer Einwilligung, eine Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO. Ausgangspunkt für die zu treffende Abwägungsentscheidung ist ErwGr. 47, der ausführt: Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine *einem berechtigten Interesse* dienende Verarbeitung betrachtet werden.

Bei der Interessenabwägung sind auch die allgemeinen Grundsätze aus Art. 5 Abs. 1 DS-GVO zu berücksichtigen, also insbesondere:

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

Auch darf kein Widerspruch des Betroffenen vorliegen. Der Betroffene ist weiterhin ausdrücklich auf sein Widerspruchsrecht hinzuweisen ist (Art. 21 Abs. 2 bis 4 DS-GVO).

Ohne Einwilligung keine werbliche Nutzung besonderer Datenkategorien

Art. 9 DS-GVO enthält keine Erlaubnisnorm für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten für Zwecke der Werbung. Dies ist nur bei Vorliegen einer ausdrücklichen Einwilligung der betroffenen Person möglich.

Von Relevanz ist dies z. B. in Unternehmen und Berufen des Gesundheitswesens (Apotheken, Sanitätshäuser, Optiker, Orthopäden usw.).

Besondere Grenzen aus § 7 UWG für Telefon-, Fax- und E-Mail-/SMS-Werbung

Im Rahmen der o.g. Interessenabwägung wird man wohl bei der Nutzung der Kontaktdaten von Verbrauchern für Telefon- und Fax-Werbung dazu kommen, dass diese weiterhin *nur mit einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung* erlaubt ist. Ebenso ist eine Kontaktdatennutzung für E-Mail- und SMS-Werbung außerhalb einer Einwilligung *nur im Fall der Eigenwerbung bei Bestandskunden* unter den Maßgaben von § 7 Abs. 3 UWG zulässig.

„Alt-Einwilligungen“ für Werbung (Beschluss des Düsseldorfer Kreises)

Unter dem BDSG-Regime rechtswirksam erteilte bisherige Einwilligungen in die Nutzung oder Übermittlung personenbezogener Daten (z. B. für werbliche Zwecke) gelten fort, sofern sie der Art nach den Bedingungen der Datenschutz-Grundverordnung entsprechen (ErwGr Nr. 171 Satz 3).

Alle Informationspflichten nach Art. 13 DS-GVO müssen dafür nicht erfüllt sein, da sie keine Bedingungen im Sinne des genannten Erwägungsgrundes sind. Sind die Grundsatzanforderungen der DS-GVO aber nicht erfüllt, gelten auch bisher erteilte Einwilligungen nicht fort, z. B. bei

- bei fehlender Freiwilligkeit („Koppelungsverbot“, Artikel 7 Absatz 4 i. V. m. ErwGr. 43 DS-GVO) und
- bei fehlender Einwilligungsfähigkeit, Altersgrenze: 16 Jahre (soweit im nationalen Recht nichts anderes bestimmt wird).

„Koppelungsverbot“ bei Einwilligungen für Werbung

Das bisher schon bestehende Koppelungsverbot für Werbung findet sich auch in der DS-GVO wieder. 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 ist.

Daraus dürfte folgen, dass 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“), diese vertraglich ausbedungene Gegenleistung des Nutzers bei Vertragsabschluss *klar dargestellt werden muss*. Raum oder Notwendigkeit für eine Einwilligung besteht dann nicht mehr.

Ausblick für den künftigen Umgang mit personenbezogenen Daten für Werbung

Für die Zulässigkeit von Werbung wird in Zukunft fast ausschließlich die nach Art. 6 Abs. 1 f DS-GVO vorgeschriebene Interessenabwägung maßgeblich sein. Inwieweit es in Europa gelingen wird, die im BDSG enthaltenen – und von der Werbewirtschaft weitgehend für gut befundenen – Maßstäbe in die Abwägungsentcheidung „hinüber zu retten“, wird sich zeigen. Anzustreben sind für diesen Bereich möglichst EU-weite Verhaltensregeln. Sollte das nicht für die wesentlichen Bereiche der Werbung gelingen, wird mit Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses auch zu diesem Thema zu rechnen sein.