

# ADTECH – DIGITALES MARKETING UND DATENSCHUTZ

Informationen zum Datenschutz | Dezember 2020

## Einleitung

Dienstleistungen aus dem Bereich Advertising Technology („AdTech“), die Unternehmen eine effektive Online-Werbung und die zielgerichtete Ansprache von (potentiellen) Kunden ermöglichen, sind ein wichtiger Bestandteil der Marketingaktivitäten von Unternehmen, vor allem bei der Ansprache von Verbrauchern. Maßnahmen des digitalen Marketings umfassen unter anderem die Suchmaschinenoptimierung, die Analyse des Nutzerverhaltens auf Internetseiten und die Schaltung personalisierter Online-Werbung sowie die Versendung von E-Mails mit Werbeinhalten. Viele Gestaltungen nutzen dabei personenbezogene Daten der potentiellen Kunden zur Auswahl der Zielgruppe und Kundenansprache. In diesem Schwerpunktthema setzen wir uns genauer mit den rechtlichen Vorgaben für die Nutzung von AdTech auseinander, wobei wir insbesondere auf die Versendung von werblichen E-Mails sowie die Analyse des Nutzerverhaltens durch Cookies unter datenschutz- und wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten eingehen.

## Versendung von Werbung per E-Mail

Die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen geben vor, dass vor der Übersendung von Werbung per E-Mail zwingend eine ausdrückliche Einwilligung des Empfängers vorliegen muss. Wird dieses Erfordernis nicht eingehalten, liegt automatisch eine unzulässige, unzumutbare Belästigung vor (§ 7 Abs. 2 UWG). Empfänger von Werbung, die keine Einwilligung erteilt haben, können individuell gerichtlich gegen den Versender vorgehen, außerdem drohen Klagen von Wettbewerbern und Verbraucherverbänden, die ebenfalls entsprechende Verstöße ahnen können. Um das Vorliegen einer Einwilligung zu überprüfen, verlangt die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang eine vorgelagerte Bestätigung, die typischerweise im Wege des sogenannten Double-Opt-In-Verfahrens erfolgt.

Diese sehr strengen Vorgaben werden durchbrochen durch eine Ausnahmebestimmung, wonach auch ohne ausdrückliche Zustimmung Bestandskunden nach ihrer ersten Bestellung zu Werbezwecken kontaktiert werden dürfen (§ 7 Abs. 3 UWG). Wenn ein Kunde bereits einen Kauf getätigkt hat und in diesem Zusammenhang dem Verkäufer die E-Mail-Adresse bekannt wird, darf diese Adresse nachfolgend zu Werbezwecken verwendet werden, wenn vergleichbare Produkte beworben werden und der Kunde die Möglichkeit zum Widerspruch hat. Bei Grenzfällen ist die Rechtsprechung bezogen auf die Anwendbarkeit der Sondervorschrift traditionell restriktiv. Unternehmen dürfen beispielsweise zwar nach dem ersten Kauf eines Produktes zukünftig das identische Produkt gegenüber dem Käufer nochmals bewerben, den Käufer aber nachgelagert nicht nach seinen Erfahrungen mit dem bereits gekauften Produkt fragen. Die Rechtsprechung verweist regel-

mäßig darauf, dass die Ausnahmevorschrift im Zweifel eng auszulegen ist, um kein Einfallsstor für übermäßige Werbung zu bieten.

## Analyse des Nutzerverhaltens und Cookies

Die Analyse des Nutzerverhaltens auf Internetseiten bietet Unternehmen wertvolle Informationen für ein zielgerichtetes Marketing. Für die verschiedenen am Markt angebotenen Tools kommen häufig Cookies zum Einsatz, die der Wiedererkennung eines Nutzers dienen.

## Nutzungsanalyse und Cookies in der Vergangenheit

In der Vergangenheit wurde in Deutschland umfassend von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, bei Aufruf einer Internetseite das Verhalten der Nutzer auszuwerten und die so gewonnenen Erkenntnisse für gezielte Werbekampagnen zu nutzen. Anbietern aus Deutschland kam dabei zugute, dass es zahlreiche Sondervorschriften gab, die trotz der an sich sehr strengen Rahmenbedingungen doch entsprechende Aktivitäten zugelassen haben. Insofern bestand für Deutschland, bezogen auf die Analyse von Nutzerdaten bei Besuch einer Internetseite, lange eine Sonderstellung.

In Umsetzung der Datenschutz-Richtlinie (95/46/EG) hat der deutsche Gesetzgeber eine Lösung umgesetzt, wonach für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung von Online-Angeboten bei Verwendung von Pseudonymen keine Zustimmung des Nutzers zu der Datenverarbeitung erforderlich ist, sondern ihm nur ein Widerspruchsrecht zusteht (§ 15 Abs. 3 TMG). Unter Geltung der ePrivacy-Richtlinie (2002/58/EG) hat Deutschland an seiner Widerspruchslösung keine Änderung vorgenommen, sondern insoweit ausdrücklich die Position vertreten, die standardmäßige Zulässigkeit der Nutzerauswertung ohne Einwilligung sei richtlinienkonform, solange sie unter Nutzung von Pseudonymen erfolge und keine Zusammenführung mit weiteren Kundendaten vorgesehen sei. Dieser Ansatz ist zwar stark kritisiert worden, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen einer möglicherweise unzureichenden Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie ist aber nie erfolgt.

Vor diesem Hintergrund kamen in Deutschland auf fast allen großen Internetseiten zahlreiche Systeme zum Tracking zum Einsatz, insbesondere auch Google Analytics. Lange genügte dabei ein Hinweis in der Datenschutzerklärung auf den Einsatz entsprechender Systeme und deren Nutzung von Cookies. Mit Einführung der DSGVO hat sich an der rechtlichen Interpretation und der praktischen Umsetzung zunächst noch nicht viel geändert. Unter Berufung auf die Übergangsvorschrift in Art. 95 DSGVO wurde vielfach argumentiert, dass bis zum Erlass der parallel vorgesehenen

ePrivacy-Verordnung wohl davon ausgegangen werden könne, dass die Regelung der ePrivacy-Richtlinie und deren nationale Umsetzung durch das TMG noch nicht verdrängt wurden. Diese Interpretation war nicht unumstritten, wurde aber ursprünglich von den Aufsichtsbehörden zumindest toleriert.

### **Rechtslage seit dem Cookie-Urteil des EuGH**

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat am 01.10.2019 entschieden, dass die erforderliche aktive Einwilligung eines Nutzers in das Setzen von technisch nicht notwendigen Werbe- und Tracking-cookies nicht über eine vorab aktivierte Checkbox eingeholt werden kann ([EuGH, Urt. v. 01.10.2019, Az. C-673/17](#)). Der BGH ist in seiner anschließenden Entscheidung der Ansicht des EuGH gefolgt und hat klargestellt, dass die Regelung in § 15 TMG europarechtskonform ausgelegt werden muss ([BGH, Urt. v. 28.05.2020, Az. I ZR 7/16](#)). Zwar hat die Regelung in § 15 TMG mit der Widerspruchslösung (Opt-Out) weiterhin Bestand, ist jetzt aber europarechtskonform so zu interpretieren, dass tatsächlich für nicht-erforderliche Cookies immer eine Einwilligung der Nutzer eingeholt werden muss (Opt-In). Seit der Klarstellung durch den BGH ist jetzt zu beobachten, dass nach und nach alle Anbieter die bisherige Technik umstellen und bei Aufruf der Seite entsprechende Cookie-Banner und Popups implementieren, mit denen die Nutzer um ihre Zustimmung zu dem Einsatz von Cookies gebeten werden.

### **Ausblick**

Zukünftig könnte das Einwilligungserfordernis hinsichtlich des Setzens von Cookies in Deutschland auch Einzug in den Gesetzestext finden. Ende Juli 2020 wurde ein [Referentenentwurf](#) des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für ein „Gesetz über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und bei Telemedien sowie zur Änderung des TKG, des TMG und weiterer Gesetze“ bekannt. Dieser sieht eine Pflicht zur Einholung einer „Einwilligung bei Endeinrichtungen“ (§ 9 Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz-E) vor und regelt diesbezügliche Voraussetzungen und Ausnahmen. Das Speichern von Informationen auf Geräten des Nutzers oder der Zugriff auf Informationen, die bereits auf seinem Gerät gespeichert sind, soll danach grundsätzlich nur noch nach vorheriger aktiver Einwilligung des Nutzers erlaubt sein. Perspektivisch ist auch eine Anpassung der gesetzlichen Vorgaben im TMG vorgesehen, damit die Norm nicht weiter gegen ihren Wortlaut ausgelegt werden muss.

### **AdTech im internationalen Kontext**

Mit dem Thema AdTech beschäftigt sich auch der aktuelle Newsletter der Pangea Net-Praxisgruppe für Datenschutz- und IT-Recht, den das IT- und Datenschutzteam von BRANDI betreut und zusammengestellt hat. [Pangea Net](#) ist ein Zusammenschluss unabhängiger Rechtsanwaltskanzleien aus über 25 Ländern zu einem internationalen Kanzlei-Netzwerk. Die Praxisgruppe für Datenschutz- und IT-Recht besteht aus Experten des IT- und Datenschutzrechts der verschiedenen Kanzleien. In dem zweimal jährlich erscheinenden Pangea-Newsletter informiert die Praxisgruppe über spannende Themen aus diesem Bereich, zum Beispiel über aktuelle Entwicklungen, nationale Vorschriften zum Schutz der Privatsphäre und Aktivitäten von Aufsichtsbehörden sowie über rechtliche Aspekte von neuen Technologien.

Um in dem Pangea-Newletter einen umfassenden Einblick in das Thema AdTech im internationalen Kontext und die rechtlichen Rahmenbedingungen zu geben, haben Pangea-Mitglieder aus verschiedenen Ländern diesbezügliche Fragestellungen aus ihrer nationalen Perspektive aufbereitet und die nationalen Vorgaben und Besonderheiten in einzelnen Beiträgen zusammengefasst. Im internationalen Vergleich fällt dabei auf, dass sich insbesondere in den

Bereichen der Werbung per E-Mail und der Cookies in anderen Ländern vergleichbare Fragestellungen ergeben, die aber teilweise unterschiedlich umgesetzt werden. Dies gilt nicht nur für europäische Staaten unter Geltung der DSGVO, sondern auch für Drittstaaten wie die USA und Mexiko.

Der [vollständige Pangea-Newsletter zum Thema AdTech](#) kann auf der Internetseite von Pangea Net heruntergeladen werden.

### **Fazit**

Die Regelungen der DSGVO sowie die nationalen Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten schränken Unternehmen in ihren Nutzungsmöglichkeiten von Advertising Technology ein. Insbesondere das Erfordernis von Einwilligungen für das Setzen von Tracking- und Werbecookies sowie für die Versendung von werblichen E-Mails ist zu beachten. Es ist die Aufgabe der verantwortlichen Unternehmen, Maßnahmen zum Schutz der Privatsphäre des Einzelnen zu treffen, um in diesem Rahmen die Vorteile des digitalen Marketings effektiv für die Ansprache von Kunden nutzen zu können.

Bei internationalen Sachverhalten sollten Unternehmen außerdem berücksichtigen, dass in anderen Ländern andere rechtliche Anforderungen an die Nutzung von AdTech gelten können oder möglicherweise die rechtlichen Anforderungen in der Praxis, beispielsweise durch Aufsichtsbehörden, unterschiedlich interpretiert und umgesetzt werden.

Dr. Sebastian Meyer/Johanna Schmale

**Kontakt:**

BRANDI Rechtsanwälte  
Partnerschaft mbB  
Adenauerplatz 1  
33602 Bielefeld

**Dr. Sebastian Meyer, LL.M.**

Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Bielefeld  
Fachanwalt für Informationstechnologierecht (IT-Recht)  
Datenschutzauditor (TÜV)

T +49 521 96535 - 812  
F +49 521 96535 - 113  
M sebastian.meyer@brandi.net



**Kontakt:**

BRANDI Rechtsanwälte  
Partnerschaft mbB  
Adenauerplatz 1  
33602 Bielefeld

**Johanna Schmale**

Wissenschaftliche Mitarbeiterin

T +49 521 96535 - 890  
F +49 521 96535 - 113  
M johanna.schmale@brandi.net

