

# DIREKTWERBUNG UND DATENSCHUTZ

Informationen zum Datenschutz | April 2022

## English version

### Einleitung

Werbung ist für Unternehmen ein wichtiges Mittel zur Ansprache und Gewinnung von Kunden, zur Steigerung der eigenen Bekanntheit sowie zur Absatzsteigerung. Unter den Begriff der Werbung fällt gem. Art. 2 lit. a) der UGP-Richtlinie (EU-Richtlinie 2006/114 EG über irreführende und vergleichende Werbung vom 12.12.2006) „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“. Nach diesem weiten Begriffsverständnis sind alle Maßnahmen eines Unternehmens umfasst, die auf die Förderung des Absatzes seiner Produkte oder Dienstleistungen gerichtet sind. Direktwerbung ist durch die unmittelbare Ansprache des Adressaten, zum Beispiel per Post, E-Mail oder Telefon, gekennzeichnet.

Maßnahmen der Direktwerbung gehen regelmäßig mit der Verarbeitung von personenbezogenen Daten einher. Insoweit haben verantwortliche Unternehmen die einschlägigen datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu beachten. Am 18.02.2022 hat die Datenschutzkonferenz (DSK), das Gremium der unabhängigen deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder, eine [Orientierungshilfe zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der DSGVO](#) veröffentlicht, in der sie sich mit den datenschutzrechtlichen Besonderheiten von Direktwerbung auseinandersetzt. Die Orientierungshilfe kann für das korrekte Vorgehen bei dem Einsatz von Direktwerbung ergänzend herangezogen werden.

### Rechtsgrundlage

Für die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung ist im Anwendungsbereich der DSGVO das Vorliegen einer Rechtsgrundlage erforderlich. Als Rechtsgrundlagen für Datenverarbeitungen zum Zwecke der Direktwerbung kommen sowohl die Einwilligung der betroffenen Person gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DSGVO als auch eine Interessenabwägung gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO in Betracht. Letzteres ist Erwägungsgrund 47 der DSGVO zu entnehmen, wonach die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden kann.

Ob sich ein Unternehmen für eine Datenverarbeitung zum Zwecke der Direktwerbung auf seine berechtigten Interessen stützen kann oder ob es hierfür eine Einwilligung der betroffenen Person einholen muss, ist in der Regel von einer Einzelfallprüfung abhängig. Bei

der Beurteilung, unter welchen Voraussetzungen Direktwerbung in ihren verschiedenen Formen zulässig ist, sind auch die Wertungen aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) zu berücksichtigen. Wettbewerbsrechtlich ist vor allem durch § 7 UWG geregelt, unter welchen Voraussetzungen eine unzulässige unzumutbare Belästigung durch Werbung anzunehmen ist.

### Berechtigte Interessen

Eine Verarbeitung personenbezogener Daten ist gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO rechtmäßig, wenn die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen. Es ist insofern eine Interessenabwägung im Einzelfall erforderlich. Wenn diese Abwägung zugunsten der Interessen des Verantwortlichen ausfällt, ist eine Datenverarbeitung zu Zwecken der Direktwerbung auch ohne die Einholung von Einwilligungen der Betroffenen möglich.

Ein Kriterium für die Interessenabwägung ist unter anderem, ob der Betroffene zum Zeitpunkt der Erhebung seiner personenbezogenen Daten und angesichts der Umstände, unter denen die Erhebung erfolgt, vernünftigerweise absehen kann, dass möglicherweise eine Datenverarbeitung für den Werbezweck erfolgen wird. Wenn personenbezogene Daten in Situationen verarbeitet werden, in denen eine betroffene Person vernünftigerweise nicht mit einer weiteren Verarbeitung rechnen muss, könnten die Interessen und Grundrechte des Betroffenen das Interesse des Verantwortlichen überwiegen (Erwägungsgrund 47 S. 4 der DSGVO).

Nach Ansicht der DSK überwiegen etwa schutzwürdige Interessen der Betroffenen 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. Eingriffsintensivere Maßnahmen wie automatisierte Selektionsverfahren zur Erstellung detaillierter Profile, Verhaltensprognosen und Analysen, die zu zusätzlichen Erkenntnissen führen (Profiling), könnten dagegen in der Regel nicht mehr auf eine Interessenabwägung gestützt werden, sondern seien nur mit Einwilligung möglich.

Bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Marktteilnehmer, der nicht Verbraucher ist, kommt es gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 UWG darauf an, ob von dessen mutmaßlicher Einwilligung ausgegangen werden kann. Im Falle der mutmaßlichen Einwilligung

kommt für die telefonische Werbung gegenüber einem Nicht-Verbraucher folglich eine Interessenabwägung als Rechtfertigungsgrundlage in Betracht.

#### **Einwilligung und Entbehrlichkeit im Ausnahmefall**

Bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ist gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 DSGVO dessen Einwilligung erforderlich. Die Einwilligung des Betroffenen ist gem. § 7a UWG von dem Verantwortlichen zu dokumentieren; der Nachweis ist ab Erteilung der Einwilligung sowie nach jeder Verwendung der Einwilligung fünf Jahre lang aufzubewahren.

Für die Nutzung von E-Mail-Adressen, einer automatischen Anrufmaschine oder eines Faxgerätes zu Werbezwecken bedarf es gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG grundsätzlich der Einwilligung des Adressaten. Eine Ausnahme von dem Einwilligungserfordernis gilt, wenn die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UWG erfüllt sind. Dies ist der Fall, wenn ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat, der Unternehmer die Adresse zur Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet, der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und der Kunde bei Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich auf sein Widerspruchsrecht hingewiesen wird.

Grund für das Einwilligungserfordernis in den beiden genannten Fällen – von den Ausnahmefällen des § 7 Abs. 3 UWG abgesehen – ist sowohl das stärkere Belästigungspotential, insbesondere von Anrufen, als auch die Möglichkeit der massenhaften Versendung, vor allem von E-Mails. Liegt in diesen Fällen eine Einwilligung des Betroffenen nicht vor, kann die Datenverarbeitung aufgrund des überwiegenden schutzwürdigen Interesses des Betroffenen auch nicht auf die berechtigten Interessen des Verantwortlichen gestützt werden.

Für die Einholung von Einwilligungen in Datenverarbeitungen zum Zwecke der Direktwerbung gelten die allgemeinen datenschutzrechtlichen Anforderungen, insbesondere Art. 7 DSGVO. Die Einwilligung muss also insbesondere freiwillig, bezogen auf einen bestimmten Fall und informiert erfolgen. Für die Informiertheit der Einwilligung ist es nach Ansicht der DSK erforderlich, dass auch die Art der beabsichtigten Werbung (zum Beispiel per Post, E-Mail, Telefon), die Produkte oder Dienstleistungen, für die geworben werden soll, und die werbenden Unternehmen genannt werden. Für die Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung ist dem Umstand in größtmöglichen Umstand Rechnung zu tragen, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags von der Einwilligung zu der Datenverarbeitung abhängig gemacht wird, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich ist (Art. 7 Abs. 4 DSGVO).

In der praktischen Umsetzung sollte der Einwilligungstext in einer klaren und einfachen Sprache formuliert werden und dem Betroffenen die Gelegenheit zu einer aktiven Zustimmung – etwa durch Ankreuzen einer Checkbox – gegeben werden. Die Schriftform ist für datenschutzrechtliche Einwilligungen zwar nicht zwingend, jedoch müssen Verantwortliche in der Lage sein, die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Anforderungen und damit auch das Vorliegen von Einwilligungen nachzuweisen. Dem Nachweis einer Einwilligung kann das Double-Opt-In-Verfahren dienen, wobei zu beachten ist, dass das Verfahren speziell für den Nachweis der Einwilligung bezüglich des konkret genutzten Kommunikationsmittels geeignet sein muss. Ein Double-Opt-In-Verfahren per E-Mail ist daher in der Regel nicht ausreichend, um die Inhaberschaft einer online eingegebenen Telefonnummer und damit die Echtheit einer gleichzeitig abgegebenen Einwilligung in Werbeanrufe an diese Telefonnummer nachzuweisen.

#### **Informationspflichten**

Betroffene Personen sind über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zu Werbezwecken entsprechend der allgemeinen Anforderungen aus Art. 13 und 14 DSGVO zu informieren. Hiernach ist unter anderem über die Zwecke und die Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung, gegebenenfalls die berechtigten Interessen, die Datenempfänger oder Kategorien von Empfängern, die Speicher-dauer und die Betroffenenrechte zu informieren. Hierzu gehört auch die Information über das Recht des Betroffenen, seine einmal erteilte Einwilligung zu widerrufen.

Getrennt von anderen Informationen müssen Betroffene gemäß Art. 21 Abs. 4 DSGVO außerdem auf ihr Werbewiderspruchsrecht hingewiesen werden. Dieser Hinweis hat spätestens zum Zeitpunkt der ersten Kommunikation mit der betroffenen Person zu erfolgen.

Für die praktische Handhabung empfiehlt es sich, entsprechende Datenschutzhinweise vorab zu erstellen und bereitzuhalten. Die Informationen können dann dem Betroffenen etwa unmittelbar bei der Erhebung der Daten ausgehändigt oder anderweitig übermittelt werden.

Der Wortlaut von Art. 13 und 14 DSGVO stellt für die Informationspflichten zunächst auf Datenerhebungen nach Wirksamwerden der DSGVO ab. Aufgrund der allgemeinen Pflicht zur transparenten Datenverarbeitung empfiehlt die DSK jedoch, Bestandskunden, deren Daten vor dem 25.05.2018 erhoben wurden, nicht nur dann zu informieren, wenn weitere personenbezogene Daten von ihnen erstmals neu erhoben oder vorhandene Daten geändert werden, sondern eine Aktualisierung und Erweiterung der Informationen auch gegenüber Bestandskunden in dem von der DSGVO geforderten Umfang vorzunehmen.

#### **Allgemeine Grundsätze der Datenverarbeitung**

Es sind außerdem die weiteren allgemeinen Grundsätze der Datenverarbeitung aus Art. 5 DSGVO zu berücksichtigen. Die Datenverarbeitung muss danach vor allem fair, transparent und dem Verarbeitungszweck angemessen sein. Nach dem Grundsatz der Zweckbindung müssen personenbezogene Daten für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden und dürfen nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden.

Im Falle einer Zweckänderung ist Art. 6 Abs. 4 DSGVO zu beachten. Sollen personenbezogene Daten, die ursprünglich nicht oder nicht auch zu Werbezwecken erhoben worden sind, für Werbezwecke verwendet werden, haben Verantwortliche zu prüfen, ob der Werbezweck mit dem ursprünglichen Zweck vereinbar ist, soweit der Betroffene nicht in die Verarbeitung zu Werbezwecken eingewilligt hat. Über eine nachträgliche Änderung der Verarbeitungszwecke hat der Verantwortliche den Betroffenen vor der Weiterverarbeitung zu informieren (Art. 13 Abs. 3 DSGVO).

#### **Widerruf von Einwilligungen und Werbewiderspruchsrecht**

Datenschutzrechtliche Einwilligungen sind jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerruflich (Art. 7 Abs. 3 S. 1 DSGVO). Der Widerruf muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein.

Eine betroffene Person hat außerdem das Recht, gegen eine Verarbeitung sie betreffender personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung jederzeit Widerspruch einzulegen (Art. 21 Abs. 2 DSGVO). Widerspricht eine betroffene Person der Verarbeitung für Zwecke der Direktwerbung, dürfen ihre personenbezogenen Daten nicht mehr für diese Zwecke verarbeitet werden.

Damit Anfragen von Betroffenen hinsichtlich eines Werbewiderspruchs oder des Widerrufs einer Einwilligung unverzüglich berücksichtigt werden können, empfiehlt es sich für die Praxis, im Unternehmen ein Vorgehen für den Umgang mit entsprechenden Anfragen abzustimmen und Prozesse zu etablieren, die die Umsetzung von Widersprüchen und Widerrufen sicherstellen. Zur besseren Organisation und Kanalisation derartiger Anfragen ist es etwa hilfreich, hierfür einen eigenen Kommunikationskanal, beispielsweise eine E-Mail-Adresse, einzurichten. Geht jedoch eine Betroffenenanfrage über einen anderen als den vorgesehenen Kommunikationskanal ein, ist es zu vermeiden, den Betroffenen auf die eigens eingerichtete E-Mail-Adresse zu verweisen. Vielmehr sollten für diese Fälle interne Prozesse etabliert werden, die eine Weiterleitung der Anfrage an die zuständige Stelle sicherstellen. Dem Betroffenen kann die Ausübung seiner Rechte außerdem erleichtert werden, indem etwa in jeder Werbe-E-Mail ein Link zur direkten Abmeldung enthalten ist.

Für den Fall, dass bereits angelaufene Werbeaktionen zu dem Zeitpunkt des Widerrufs beziehungsweise des Widerspruchs nicht mehr gestoppt werden können, sollten die Betroffenen in einem individuellen Antwortschreiben sowohl auf die Beachtung ihres Begehrns als auch auf die Tatsache, dass sie über einen möglichst genau zu benennenden kurzen Zeitraum noch Werbung erhalten können, hingewiesen werden.

## Fazit

Verantwortliche haben vor der Verarbeitung von personenbezogenen Daten zum Zwecke der Direktwerbung im Einzelfall zu prüfen, auf welche Rechtsgrundlage sie die Datenverarbeitung stützen können. Scheitert eine Interessenabwägung an den überwiegenden Interessen des Betroffenen, kommt als Rechtsgrundlage nur die Einwilligung der betroffenen Person in Betracht. Die Betroffenen sind über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zu Werbezwecken außerdem entsprechend der Anforderungen aus Art. 13 und 14 DSGVO zu informieren, wozu insbesondere auch die Information über das Recht, eine einmal erteilte Einwilligung mit Wirkung für die Zukunft zu widerrufen, gehört. Betroffene haben außerdem das Recht, gegen die Verarbeitung sie betreffender personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung jederzeit Widerspruch einzulegen.

Um die datenschutzkonforme Information der Betroffenen und die Berücksichtigung von Widerrufen und Widersprüchen sicherzustellen, ist es für Unternehmen ratsam, vorab geeignete Prozesse zu etablieren, indem etwa Datenschutzhinweise bereitgestellt und Vorgehensweisen für die ordnungsgemäße Beantwortung und Berücksichtigung von Betroffenenanfragen abgestimmt werden.

Johanna Schmale



## 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](mailto:johanna.schmale@brandi.net)