



5. Februar 2019

PRACTICE HELP

Werbung und Selektion unter der Interessenabwägungsklausel

Der Deutsche Dialogmarketing Verband e.V. (DDV) hat zu den Auswirkungen der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) einen Best Practice Guide herausgegeben. Der Guide gibt branchenübergreifende Hinweise zur praktischen Umsetzung der DS-GVO und kann nicht alle Spezialfragen des Dialogmarketings beantworten. Deshalb ergänzt der DDV den Best Practice Guide durch Empfehlungen, die auf spezielle Fragen der Praxis eingehen.

Der nachfolgende Practice Help befasst sich mit der Frage, in welchen Konstellationen die Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen der Interessenabwägungsklausel zulässig und deshalb die Einholung von Einwilligungen nicht erforderlich ist. Dabei wird insbesondere die „Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung“ vom November 2018 (Orientierungshilfe der Datenschutzkonferenz) berücksichtigt. Die Themen des nachfolgenden Practice Help sind:

- **Interessenabwägung oder Einwilligung**
- **Einzelfragen zur Interessenabwägung**
 - *Welche Rolle spielt die Erwartungshaltung der betroffenen Personen?*
 - *Dürfen Kinder und Jugendliche beworben werden?*
 - *Ist Profiling als Selektionstechnik unzulässig?*
 - *Beeinträchtigen Entscheidungen auf Grund von Werbeselektionen die betroffene Person?*
 - *Dürfen besonders sensible Daten zu Zwecken des Dialogmarketings verarbeitet werden?*
 - *Welche Grenzen gelten für die elektronische Ansprache per E-Mail und Telefon?*
- **Grenzen der Interessenabwägungsklausel**
- **Durchführung der Interessenabwägung**
- **Transparenzpflichten**

Interessenabwägung oder Einwilligung

Die DS-GVO schützt personenbezogene Daten unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und nimmt dabei insbesondere Rücksicht auf den grundrechtlichen Schutz der unternehmerischen Freiheit (Erwägungsgrund 4). Zur unternehmerischen Freiheit gehört insbesondere die Möglichkeit, Waren und Dienstleistungen bewerben zu können.

Ein striktes Einwilligungserfordernis für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke des Dialogmarketings enthält die DS-GVO nicht. Im Gegensatz zum alten Bundesdatenschutzgesetz wird die Einwilligung auch nicht zur Regel und andere Rechtsgrundlagen zur Ausnahme erklärt. Die DS-GVO bietet zwei gleichwertige Alternativen an:

- Die Verarbeitung auf Grundlage der Interessenabwägungsklausel (Artikel 6 (1) (f)) unter Einräumung eines uneingeschränkten Widerspruchsrechts (Artikel 21 (2))
- die Einholung einer Einwilligung (Artikel 6 (1) (a)) unter Einräumung eines Widerrufsrechts (Artikel 7 (3)).

Die Zusendung von Werbung kann außerdem vertraglich mit der angesprochenen Person vereinbart werden (Artikel 6 (1) (b)). Dies ist jedoch eine Ausnahmekonstellation. Sie kann beispielsweise beim Abonnement von Newslettern Anwendung finden.

Wenn es um die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu Zwecken des Dialogmarketings geht, enthält die DS-GVO keine konzeptionellen Änderungen im Vergleich zur ihrer Vorgängerregelung, der Europäischen Datenschutzrichtlinie (95/46). Es erfolgen zusätzliche Klarstellungen, die inhaltlich aber bereits unter der Datenschutzrichtlinie anerkannt waren. So wird insbesondere festgestellt, dass die Verarbeitung von Daten zu Zwecken der Direktwerbung als ein berechtigtes Interesse betrachtet werden kann (Erwägungsgrund 47).

Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zum Dialogmarketing beruht damit auf der Interessenabwägungsklausel, solange die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Adressaten nicht überwiegen und diese nicht widersprochen haben. Die Einwilligung ist in der Praxis die Ausnahme. Sie ist dann zu fordern, wenn die Verarbeitung für die betroffenen Personen besonders sensibel ist. Die Diskussion wird in dieser Frage durch die Datensammlungen Sozialer Medien und Suchmaschinen geprägt, denen sogenannte „Online Manipulation“ mit Hilfe von künstlicher Intelligenz unterstellt wird. Bei anderen Werbetreibenden und Datendienstleistern findet man vergleichbar sensible Datenverarbeitungen nicht.

Im Falle einer elektronischen Ansprache unterliegt der Schritt der Versendung gegebenenfalls eigenständigen Einwilligungsanforderungen nach § 7 des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerbs (UWG). Im Kern handelt es sich dabei aber nicht um eine datenschutzrechtliche Vorschrift, denn sie schützt nicht vor Einschränkungen

der informationellen Selbstbestimmung, sondern vor Belästigung durch Telefonanrufe, E-Mails oder Telefaxe.

Die Interessenabwägungsklausel rechtfertigt die „Verarbeitung“ von Daten. Damit ist sie nicht auf die Verarbeitung durch das Unternehmen beschränkt, das die Daten von der betroffenen Person erhoben hat. Unter den Begriff der „Verarbeitung“ fällt auch die „Offenlegung durch Übermittlung“ (Artikel 4 Nr. 2), d.h. insbesondere die Übermittlung von Adressen und Selektionskriterien. Bei der Abwägung dürfen ausdrücklich Interessen von „Dritten“ berücksichtigt werden. Wenn also ein Unternehmen personenbezogene Daten für die Werbung eines anderen Unternehmens verarbeitet (insbesondere beim sogenannten Lettershop-Verfahren) oder Daten an dieses Unternehmen übermittelt, kann dies mit der Interessenabwägungsklausel gerechtfertigt werden.

Einzelfragen zur Interessenabwägung

Welche Rolle spielt die Erwartungshaltung der betroffenen Personen?

Bei der Interessenabwägung ist nach Erwägungsgrund 47 zu berücksichtigen, ob die betroffene Person bei der Erhebung von Daten absehen kann, dass die Daten zu Zwecken des Dialogmarketings verarbeitet werden. Wenn die betroffene Person vernünftigerweise nicht mit einer solchen Verarbeitung rechnen muss, könnten ihre berechtigten Interessen überwiegen. Durch ausreichende Transparenz, wie sie im Bereich des Dialogmarketings auch vorgeschrieben ist, lässt sich ein solcher Überraschungseffekt vermeiden.

Die Einbeziehung der „begründeten“ oder „realistischen“ Erwartungen in die Interessenabwägung wurde bereits in einer älteren Stellungnahme der Artikel-29-Arbeitsgruppe der Datenschutzaufsichtsbehörden auf europäischer Ebene gefordert (Stellungnahme 6/2014). Gemeint sind damit begründete Erwartungen in Bezug auf eine strengere Vertraulichkeit und striktere Einschränkungen der weiteren Verwendung der Daten, die sich aus der speziellen Situation der Erhebung ergeben können. Dieses von der Artikel-29-Arbeitsgruppe entwickelte Kriterium wurde in die DS-GVO übernommen.

Die Orientierungshilfe der Datenschutzkonferenz erwähnt ebenfalls die Erwartungshaltung der betroffenen Personen und erkennt an, dass Transparenz die Erwartungshaltung prägt. Wenn in der Datenschutzhinweise über die Verarbeitung zu Zwecken des Dialogmarketings informiert wird, muss die betroffene Person vernünftigerweise damit rechnen, dass diese Verarbeitung auch erfolgt. Das Risiko einer überraschenden Verarbeitung wird durch die entsprechende Information ausgeschlossen.

Wenn die betroffene Person über eine mögliche Verarbeitung zu Werbezwecken nicht informiert wird, dann hält die Orientierungshilfe es für beachtlich, „ob die Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der Direktwerbung in bestimmten Bereichen der Sozialsphäre typischerweise akzeptiert oder abgelehnt

wird“. Soweit geht die DS-GVO jedoch nicht. Dies zeigt sich deutlich bei anderen typischen Anwendungsfällen der Interessenabwägungsklausel. Beispielsweise würde ein Betrüger es typischerweise ablehnen, wenn ein Unternehmen seine Daten zum Zwecke der Aufklärung eines seiner Betrugsfälle verarbeiten will. Dennoch kann selbstverständlich die Interessenabwägungsklausel als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung herangezogen werden. Es kommt nicht darauf an, ob der Betrüger dies typischerweise akzeptieren würde.

Bei der Erhebung von Daten aus öffentlich zugänglichen Quellen fehlt es in der Regel an der unmittelbaren Information der betroffenen Personen. Sie ist gesetzlich auch nicht gefordert. Die betroffene Person wird bei öffentlich zugänglichen Daten aber mit einer weiteren Verarbeitung vernünftigerweise rechnen müssen. Dies entspricht dem typischen Erfahrungshorizont der betroffenen Personen. Wenn die Daten weltweit öffentlich zugänglich sind, kann die betroffene Person vernünftigerweise nicht mit einer vertraulichen Behandlung rechnen.

Dürfen Kinder und Jugendliche beworben werden?

Die Interessenabwägungsklausel nennt die Verarbeitung von Daten über Kinder als einen Beispielfall. Ausgeschlossen wird eine solche Verarbeitung nicht. Im Rahmen der Durchführung der Interessenabwägungsklausel ist aber zu berücksichtigen, dass die schutzwürdigen Interessen von Kindern ein größeres Gewicht haben können. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich die Werbung spezifisch an Kinder richtet.

Ist Profiling als Selektionstechnik unzulässig?

Die DS-GVO trifft Regelungen zum sogenannten Profiling (Artikel 4 Nr. 4). Profiling im Sinne der DS-GVO liegt vor, wenn personenbezogene Daten automatisiert verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte zu einer Person zu bewerten. Im Rahmen von Werbeselektionen kann ein solches Profiling unter der Interessenabwägungsklausel erfolgen. Deshalb stellt die DS-GVO klar, dass den betroffenen Personen auch in Hinblick auf Profiling für Zwecke der Direktwerbung ein uneingeschränktes Widerspruchsrecht zusteht (Artikel 21 (2)).

Die Orientierungshilfe der Datenschutzkonferenz befasst sich mit der Frage, ob „eingriffsintensive Maßnahmen“ dazu führen können, dass die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Personen überwiegen. Als Beispiel nennt sie automatisierte Selektionsverfahren zur Erstellung detaillierter Profile, Verhaltensprognosen bzw. Analysen, die zu zusätzlichen Erkenntnissen führen. In solchen Fällen würden die schutzwürdigen Interessen der betroffenen Personen überwiegen, so dass es einer Einwilligung bedarf.

Die Feststellungen in der Orientierungshilfe haben teilweise zum irrigen Verständnis geführt, dass die Datenschutzkonferenz jedes Profiling unter der Interessenabwägungsklausel ablehnen würde. Dies ist jedoch nicht der Fall, denn die Orientierungshilfe bezieht sich ausschließlich auf besonders eingriffsintensives Profiling. Ein strikter Ausschluss von Profiling aus der Interessenabwägungsklausel

wäre auch nicht konsistent, denn die DS-GVO sieht ja ausdrücklich ein Widerspruchsrecht für die Verwendung von „Profiling“ für Direktmarketing vor.

Wann Profiling durch die Interessenabwägungsklausel gerechtfertigt werden kann und wann es zu eingriffsintensiv ist, wird in der Orientierungshilfe der Datenschutzkonferenz nicht im Detail erläutert. Auf europäischer Ebene haben sich die Datenschutzaufsichtsbehörden aber zu dieser Frage geäußert (WP251):

- Der Europäische Datenschutzausschuss befasst sich in seinen Leitlinien konkret mit der Frage, wann Profiling unter der Interessenabwägungsklausel erlaubt sein kann (Seite 15-16). Er weist darauf hin, dass eine Abwägung der Interessen erforderlich ist und Profiling nicht „automatisch“ unter der Interessenabwägungsklausel zulässig ist, nur weil der Verantwortliche ein berechtigtes Interesse hat. Es werden beispielhaft eine Reihe von Aspekten genannt, die im Rahmen der Abwägung besonders wichtig sein sollen. Ein Unternehmen kann sich nach Ansicht der Datenschutzbehörden beispielsweise „nur schwer“ auf die Interessenabwägungsklausel berufen, wenn „massiv“ in die Privatsphäre eingreifendes Profiling oder Tracking erfolgt.
- Die Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses verwenden ein Beispiel, in dem ein Datenbroker ein Profil erstellt, dies an ein anderes Unternehmen weitergibt, damit dieses mit Hilfe des Profils Direktwerbung betreiben kann (Seite 17). Der Datenschutzausschuss weist darauf hin, dass die betroffene Person ausreichend informiert werden muss (insbesondere über ihr Widerspruchsrecht). Die Anwendbarkeit der Interessenabwägungsklausel auf das Beispiel wird dabei vom Datenschutzausschuss vorausgesetzt.

Profiling ist damit im Rahmen der Interessenabwägungsklausel grundsätzlich zulässig. Es muss jedoch, wie bei jeder anderen Verarbeitung, eine Abwägung der Interessen erfolgen. Außerdem stellt Artikel 21 (2) DS-GVO klar, dass insbesondere in Bezug auf das Profiling für Zwecke der Direktwerbung auf das Widerspruchsrecht der betroffenen Person hinzuweisen ist.

Beeinträchtigen Entscheidungen auf Grund von Werbeselektionen die betroffene Person?

Bei automatisierten Entscheidungen (insbesondere auf Grund eines Profilings), die gegenüber der betroffenen Person rechtliche Wirkung entfalten oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigen, greift eine Sonderregelung (Artikel 22). Die Entscheidung, ob eine Person Werbung erhält oder nicht, entfaltet eine solche Wirkung aber nicht.

Der Europäische Datenschutzausschuss bestätigt in seinen Leitlinien, dass Artikel 22 DS-GVO typischerweise nicht auf Profiling zu Werbezwecken anzuwenden ist. Er sieht aber Extremfälle, in denen dies doch der Fall sein könnte (Seite 24). Dabei entfernt er sich jedoch von Artikel 22 (1) DS-GVO, denn diese Vorschrift stellt

ausschließlich darauf ab, ob die getroffene „Entscheidung“ die betroffene Person in rechtlicher oder ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.

Der Datenschutzausschuss hält es potentiell für relevant, ob die Verarbeitung der Daten, mit der eine Entscheidung vorbereitet wird, einen besonders eingreifenden Charakter hat. Darauf kommt es jedoch in Artikel 22 (1) DS-GVO nicht an, denn ob eine „Entscheidung“ die betroffene Person beeinträchtigt, hängt nicht von der vorbereitenden Verarbeitung der Daten ab. Im Fall des Dialogmarketings entscheidet das Profiling darüber, ob eine Person eine Werbung erhält oder nicht. Diese Entscheidung beeinträchtigt die betroffene Person kaum, deshalb ist Artikel 22 (1) nicht anwendbar. Ob ein Profiling, mit dem diese Entscheidung vorbereitet wird, die betroffene Person besonders beeinträchtigt, fließt in die Interessenabwägungsklausel ein, ist aber für Artikel 22 nicht relevant.

Die Rechtsfolgen von Artikel 22 würden auf Fälle des Profilings für Werbeselektionen auch nicht passen. Nach Absatz 3 müsste den betroffenen Personen die Möglichkeit gegeben werden, die getroffene Entscheidung durch einen Menschen überprüfen zu lassen. Dies würde bedeuten, dass insbesondere Personen, die keine Werbung erhalten, eine Überprüfungsmöglichkeit zu gewähren wäre. Eine Person könnte sich dann an ein Unternehmen mit der Bitte um Überprüfung wenden, ob eine bestimmte Werbung ihr nicht doch zugesendet werden sollte. Der gesetzgeberische Sinn einer solchen Überprüfung wäre nicht nachvollziehbar. Auch dies spricht gegen eine Anwendung von Artikel 22 auf Werbeselektionen.

Dürfen besonders sensible Daten zu Zwecken des Dialogmarketings verarbeitet werden?

Eine klare Grenze findet die Interessenabwägung dann, wenn besonderes sensible Daten verarbeitet werden (Artikel 9). Dabei handelt es sich insbesondere um Angaben zur Gesundheit, Religion oder Parteizugehörigkeit. Die Verarbeitung dieser Daten ist nicht vollständig ausgeschlossen. Sie können insbesondere auf Grund einer ausdrücklichen Einwilligung für Werbezwecke verarbeitet werden. Außerdem gibt es eine Ausnahme für gemeinnützige Organisationen, soweit sich die Werbung an Mitglieder, ehemalige Mitglieder und regelmäßige Kontakte der Organisation wendet (Artikel 9 (2) (d)).

Welche Grenzen gelten für die elektronische Ansprache per E-Mail und Telefon?

Weiterhin ist zu beachten, dass bestimmte Formen der kommerziellen elektronischen Ansprache besonders geregelt sind. Das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) sieht insbesondere Einwilligungsanforderungen für die Ansprache per E-Mail oder Telefon vor. Die Verarbeitung der Daten zur Vorbereitung der Kommunikation fällt jedoch nicht unter diese Regelungen. Erst wenn es um die Frage geht, welcher Kanal zur Ansprache genutzt werden kann (insbesondere Brief, E-Mail oder Telefon), sind die Vorgaben des UWG zu beachten. Eine geplante ePrivacy Verordnung wird diese Fragen neu regeln. Vor dem Jahr 2022 ist mit dem Wirksamwerden dieser Neuregelung aber nicht zu rechnen.

Grenzen der Interessenabwägungsklausel

Ein Vergleich zwischen der alten Datenschutzrichtlinie und der neuen DS-GVO zeigt, dass die Interessenabwägungsklausel praktisch unverändert ist. Schon unter der Datenschutzrichtlinie wurde die Verarbeitung von Daten zu Werbezwecken auf die Interessenabwägungsklausel gestützt. Der Europäische Gerichtshof hat dies bestätigt und es für unzulässig erklärt, wenn nationale Vorschriften den Rückgriff auf die Interessenabwägungsklausel beschränkten (C 468/10 und C 469/10).

In vielen Ländern der Europäischen Union ergeben sich deshalb durch die DS-GVO keine Änderungen. In Deutschland hatte der Gesetzgeber im Jahr 2009 die Interessenabwägung durch eine Gruppe von Einzelerlaubnissen ersetzt und damit die Interessenabwägungsklausel ausgeformt und eingeschränkt. Diese Sonderregelung ist mit der DS-GVO abgeschafft worden und war wohl auch schon unter der Datenschutzrichtlinie unzulässig.

Die Datenschutzaufsichtsbehörden geben in ihren Orientierungshilfen Anhaltspunkte dafür, in welchen Konstellationen eine Verarbeitung zu Werbezwecken unter der Interessenabwägungsklausel zulässig ist. Die Orientierungshilfe verwendet zwei Randkonstellationen, mit denen ein Korridor definiert wird:

- Zulässig soll beispielsweise sein, wenn ein Unternehmen im Nachgang zu einer Bestellung dem Kunden ohne Selektion oder mit einem Selektionskriterium einen Werbebrief zusendet.
- Unzulässig soll beispielsweise sein, wenn ein Unternehmen eingriffsintensive Maßnahmen wie automatisierte Selektionsverfahren zur Erstellung detaillierter Profile, Verhaltensprognosen bzw. Analysen, die zu zusätzlichen Erkenntnissen führen, verwendet.

Die bereits unter der Datenschutzrichtlinie veröffentlichten Leitlinien der europäischen Datenschutzbehörden (WP251) bilden durch Beispiele einen vergleichbaren Korridor:

- Zulässig sei jedenfalls die Verwendung der Adresse eines Kunden zur Versendung von Werbung.
- Als Beispiel für eine Verarbeitung für Werbezwecke, die nicht mehr von der Interessenabwägungsklausel gedeckt wird, beschreiben sie einen Fall der eingriffsintensiven Verwendung von detaillierten Daten. Im Beispiel werden die Bestellhistorie, Daten aus anderen Geschäftsaktivitäten des Unternehmens, Nutzerdaten im Internet und Lokationsdaten des Mobiltelefons mit einer Analysesoftware ausgewertet, um den potentiellen Kunden Werbung per Post, E-Mail oder Produktplatzierung auf der Webseite zukommen zu lassen. Benutzerfreundliche Informationen oder einen einfachen Weg zum Abschalten der Werbung bietet das Unternehmen nicht an. Hierzu stellen die Leitlinien fest, dass eine solche

Verarbeitung nicht mehr auf die Interessenabwägungsklausel gestützt werden könnte.

In der Praxis helfen diese Beispiele wenig, denn Werbeaussendungen ohne Selektion sind weder üblich noch werden außerhalb des Online-Bereichs besonders eingriffsintensive Selektionsverfahren verwendet. Für die Praxis kommt es darauf an, wo die Grenze zur Interessenabwägungsklausel innerhalb des Korridors verläuft. Diese Frage beantwortet die Orientierungshilfe nicht.

Durchführung der Interessenabwägung

Die Interessenabwägungsklausel kann die Verarbeitung von personenbezogenen Daten rechtfertigen, wenn berechnigte Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten bestehen. Bei der Verarbeitung von Daten zu Zwecken des Dialogmarketings besteht das berechnigte Interesse des werbenden Unternehmens darin, seine Waren und Dienstleistungen anbieten zu können. Es handelt sich um das wirtschaftliche Interesse, Bestandskunden und potentielle Neukunden zu bewerben. Das berechnigte Interesse der Unternehmen ist dabei auf einem relativ einheitlichen Niveau. Bei gemeinnützigen Organisationen, die Spenden- oder Mitgliederwerbung betreiben, kann es wegen ihres öffentlich anerkannten Status etwas höher ausfallen.

Entscheidend für die Interessenabwägung zu Zwecken des Dialogmarketings ist das Gewicht der Interessen der betroffenen Personen. Hierfür relevant sind Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern. Wirtschaftliche Interessen der betroffenen Personen gehen in die Abwägung nicht ein. Entscheidend ist die datenschutzrechtliche Eingriffstiefe der Verarbeitung der Daten.

Die Verarbeitung von Adressdaten zum Zwecke des Dialogmarketings lässt keine hohe Eingriffstiefe erkennen. Entscheidend ist deshalb die Frage, ob die Verarbeitung von Daten zur Selektion der potentiellen Adressaten von Werbung diese besonders beeinträchtigt. Ausgangspunkt der Betrachtung ist eine Gesamtbeurteilung der verwendeten Selektionskriterien. Es ist die Frage zu stellen, ob die bezweckte Verarbeitung dieser Daten für Zwecke des Dialogmarketings für die betroffene Person besonders beeinträchtigt ist. Dabei spielen nicht nur die Detailliertheit, sondern auch die konkrete Sensibilität der Daten eine Rolle.

Ausgehend von der Gesamtbeurteilung der verwendeten Daten ist die Frage zu stellen, ob konkrete Umstände oder Maßnahmen die Sensitivität der Verarbeitung abmildern. Dabei können insbesondere folgende Aspekte berücksichtigt werden:

- *Gilt das Widerspruchsrecht unbeschränkt?* Es ist zu beachten, dass das gesetzliche Widerspruchsrecht im Falle der Direktwerbung unbeschränkt gilt. Dies erleichtert die Abwägung, denn in anderen Anwendungsfällen der Interessenabwägungsklausel müssen Widersprüche besonders begründet werden (siehe Artikel 21 (1) in Verbindung mit Artikel 17 (1) (c)). Das

unbeschränkte Widerspruchsrecht erlaubt den betroffenen Personen, über die Verwendung ihrer Daten frei zu entscheiden. Je einfacher die Ausübung des Widerspruchsrechts ausgestaltet ist, desto weniger werden schutzwürdige Interessen der betroffenen Personen beschränkt.

- *Werden die Daten transparent verarbeitet?* Die DS-GVO stellt eine Reihe von Transparenzanforderungen auf, die dem Schutz der betroffenen Personen dienen. Wer diesen Pflichten in besonders nutzerfreundlicher Weise nachkommt, kann dies ebenfalls im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigen.
- *Wie transparent wird über das Widerspruchsrecht informiert?* Der DDV empfiehlt, nicht nur einmalig, sondern in jeder Werbeansprache über das Widerspruchsrecht zu informieren, auch wenn eine wiederholte Information für Briefwerbung gesetzlich nicht vorgeschrieben ist. Im Rahmen der Interessenabwägung wirkt die Transparenz als mildernde Maßnahme.
- *Welche technischen und organisatorischen Maßnahmen zum Schutz der Daten werden getroffen?* Maßnahmen zum Missbrauchsschutz sind ein wichtiges Instrument, um die Risiken für die betroffenen Personen abzumildern.
- *Sind die Daten pseudonymisiert?* Die DS-GVO erkennt in Erwägungsgrund 28 ausdrücklich an, dass die Risiken für die betroffenen Personen durch Pseudonymisierung gesenkt werden können. Dies wirkt sich im Rahmen der Interessenabwägungsklausel aus.
- *Handelt es sich um aggregierte oder statistische Daten?* Als Selektionskriterien werden häufig geschätzte Daten verwendet, die keine unmittelbaren Rückschlüsse auf die betroffenen Personen zulassen. Beispiele hierfür sind Daten aus mikrogeographischen Analysen, aggregierte Daten aus Haushaltsdatenbanken sowie Typologien, Klassifizierungen oder Affinitätsmaße. Es besteht bei solchen Selektionskriterien nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass die Personen unter bestimmte Kategorien fallen, aber keine Gewissheit. Für Selektionszwecke sind solche Daten wertvoll, weil sie eine gewisse Wahrscheinlichkeit begründen, dass die Adressaten an einer Ansprache interessiert sein könnten. Aus datenschutzrechtlicher Sicht wird es sich häufig nicht um personenbezogene Daten handeln, sodass die DS-GVO nicht anwendbar ist. Wenn es sich aber dennoch um personenbezogene Daten handelt, beeinträchtigen solche Selektionskriterien die betroffenen Personen wenig.
- *Wird nur im beruflichen Umfeld geworben?* Bei B2B-Werbung werden als Selektionskriterien in der Regel Daten über das Unternehmen und zur beruflichen Tätigkeit der angesprochenen Person verwendet. Wenn es sich beim Unternehmen um eine juristische Person handelt, sind die Selektionskriterien keine personenbezogenen Daten. Bei den Daten über Unternehmen, die keine juristischen Personen sind, sowie bei individuellen Informationen über die berufliche Tätigkeit der angesprochenen Person,

handelt es sich um personenbezogene Daten. Sie sind jedoch aus datenschutzrechtlicher Sicht von geringerer Sensibilität als Daten aus dem privaten Umfeld der betroffenen Personen.

- *Besteht bereits ein Kontakt zum Kunden?* Häufig haben Unternehmen bereits einen Kontakt zum Adressaten und erhalten von Datendienstleistern Selektionskriterien, die sie hinzuspeichern können. Bei diesen Selektionskriterien handelt es sich in der Regel um wenig sensitive Merkmale oder aggregierte Daten. Auch hierdurch werden die Interessen der betroffenen Personen nicht wesentlich berührt.
- *Erreicht die Selektion eine Reduzierung der Ansprachen?* Ziel der Selektion von Adressaten ist in der Regel, die Ansprache im Rahmen des Dialogmarketings auf Adressaten zu beschränken, die potentiell Interesse an den Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens haben können. Je besser dies gewährleistet wird, desto geringer ist die potentielle Beeinträchtigung der Adressaten.
- *Werden die Daten an den Werbetreibenden übermittelt?* Grundsätzlich ist eine Übermittlung von Daten eine stärkere Beeinträchtigung als die Verwendung durch den Adresseigner. Das sogenannte Lettershop-Verfahren ermöglicht die Verwendung von Daten für Werbeaussendungen ohne eine Übermittlung der Daten an den Werbetreibenden. Dies reduziert den Eingriff in schutzwürdige Interessen des Adressaten.
- *Wurden die Daten direkt beim Adressaten erhoben?* Die Verarbeitung von Daten, die direkt bei den betroffenen Personen erhoben wurden, beeinträchtigen deren schutzwürdige Interessen weniger. Voraussetzung hierfür ist, dass die Erhebung in transparenter Weise erfolgt.

Nach Berücksichtigung aller Faktoren ist die Frage zu stellen, ob die berechtigten Interessen der Unternehmen den schutzwürdigen Interessen der betroffenen Personen überwiegen. Naturgemäß ist eine solche Abwägung nicht einfach und kann vom Blickwinkel des Betrachters beeinflusst sein. Wichtig ist deshalb, eine möglichst objektive Abwägung unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen einer durchschnittlichen betroffenen Person vorzunehmen. Der Best Practice Guide „Europäische Datenschutzgrundverordnung“ beschreibt eine Reihe von Beispielen (Interessenten, Bestandskunden, öffentliche zugängliche Daten, B2B, Empfehlungen, Lettershop-Verfahren und Online Behavioral Advertising).

Transparenzpflichten

Die Transparenz einer Verarbeitung ist von Bedeutung für die Interessenabwägung. Artikel 13 und 14 geben die gesetzlichen Anforderungen vor. Werbetreibende können darüber hinaus gehen. Insbesondere eine transparente Information über das Widerspruchsrecht und eine einfache Möglichkeit dies auszuüben nimmt Rücksicht auf die schutzwürdigen Interessen der Adressaten.

Bei Werbeselektionen stellt sich die Frage, ob über die „involvierte Logik“ zu informieren ist (Artikel 13 (2) (f) und 14 (2) (g)). Diese Informationspflicht finden Anwendung, wenn sie zur Gewährleistung einer „fairen und transparenten“ Information erforderlich sind. Auf die Frage, ob dies bei Werbeselektionen der Fall ist, kommt es aber im Ergebnis nicht an.

Die Informationspflicht über die involvierte Logik findet nur dann Anwendung, wenn eine automatisierte Einzelentscheidung einschließlich Profiling nach Artikel 22 (1) und (4) vorliegt. Wie bereits ausgeführt, mangelt es bei der Entscheidung, ob eine Werbung an einen Adressaten versendet wird oder nicht, an rechtlichen oder in ähnlicher Weise erheblichen Beeinträchtigungen der betroffenen Personen. Über die involvierte Logik ist deshalb nicht zu informieren. Dies gilt auch im Falle einer Auskunftsanfrage, denn Artikel 15 (1) (h) findet ebenfalls nur in den Fällen Anwendung, in denen Einzelentscheidungen nach Artikel 22 (1) und (4) getroffen werden.

Arbeitskreis Datenschutz des DDV

Kontakt bei weiteren Fragen:

Hans Jürgen Schäfer, Justiziar
Deutscher Dialogmarketing Verband e.V.
Hahnstr. 70, 60528 Frankfurt,
hj.schaefer@ddv.de, 069/401 276 531

www.ddv.de

Frankfurt/Main, 5. Februar 2019