

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

### **Redaktion:**

Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht  
Promenade 27, 91522 Ansbach

E-Mail: [poststelle@lda.bayern.de](mailto:poststelle@lda.bayern.de)

Web: [www.lda.bayern.de](http://www.lda.bayern.de)

Tel.: 0981/53-1300

Fax: 0981/53-981300

### **Stand:**

November 2018

## Inhalt

<b>Inhalt</b> .....	<b>2</b>
<b>1. Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) und Direktwerbung</b> .....	<b>3</b>
<b>1.4 Spezifische Regelungen für verschiedene Kontaktwege</b> .....	<b>5</b>
<b>1.4.1 Nutzen der E-Mail-Adressen von Bestandskunden</b> .....	<b>6</b>
<b>1.4.2 Nutzen von Telefonnummern</b> .....	<b>6</b>
<b>1.5. Zweckänderung</b> .....	<b>6</b>
<b>2. Informationspflichten</b> .....	<b>7</b>
<b>3. Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der Direktwerbung</b>	<b>8</b>
<b>3.1 Gestaltung der Einwilligung</b> .....	<b>8</b>
<b>3.2 Einwilligung mit Übergabe von Visitenkarten</b> .....	<b>9</b>
<b>3.3 Double-Opt-In-Verfahren für elektronische Einwilligungen</b> .....	<b>9</b>
<b>3.4 „Koppelungsverbot“, Art. 7 Abs. 4 DS-GVO</b> .....	<b>9</b>
<b>3.5 „Verfall“ der Einwilligung, Verwirkung</b> .....	<b>10</b>
<b>3.6 Ohne Einwilligung keine werbliche Nutzung besonderer Datenkategorien</b> .....	<b>10</b>
<b>4. Spezielle Sachverhalte bei der Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der Direktwerbung</b> .....	<b>10</b>
<b>4.1 Veröffentlichung von Kontaktdaten in Rufnummernverzeichnissen</b> .....	<b>10</b>
<b>4.2 Datenerhebung anlässlich von Preisausschreiben, Katalog-/Prospektanforderungen</b> .....	<b>10</b>
<b>4.3 Keine Verwendung der Daten aus dem Impressum</b> .....	<b>11</b>
<b>4.4 Nennung des für die Verarbeitung der Daten Verantwortlichen sowie der Quelle von personenbezogenen Daten bei Fremdadressenbewerbung</b> .....	<b>11</b>
<b>4.5 Vertragliche Informationen, die gleichzeitig auch werbliche Informationen enthalten („Beipack-Werbung“)</b> .....	<b>11</b>
<b>4.6 Direktwerbung anhand von Dritten erlangten Postadressdaten („Freundschaftswerbung“)</b> .....	<b>11</b>
<b>4.7 Empfehlungswerbung</b> .....	<b>12</b>
<b>4.8 Mögliche Nutzungsdauer von Kontaktdaten der betroffenen Person für Zwecke der Direktwerbung</b> .....	<b>12</b>
<b>5. Hinweise zu Art. 21 Abs. 2 bis 4 DS-GVO</b> .....	<b>13</b>
<b>5.1 Werbewiderspruch und Wunsch nach Datenlöschung</b> .....	<b>13</b>
<b>5.2 Unterrichtung über das Werbewiderspruchsrecht</b> .....	<b>13</b>
<b>5.3 Umsetzungsfrist des Werbewiderspruchs nach Art. 21 Abs. 3 DS-GVO</b> .....	<b>14</b>

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

### 1.1 Begriff der Werbung im Sinne der DS-GVO

Werbung bzw. Direktwerbung im Sinne der DS-GVO ist zum einen die von Unternehmen, Selbständigen, Verbänden und Vereinen usw. durchgeführte Wirtschaftswerbung zum Aufbau und zur Förderung eines Geschäftsbetriebs. „Werbung“ wird hierzu 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 Weihnachtmailings usw. als Werbung an.

Zum anderen ist Werbung bzw. Direktwerbung im Sinne der DS-GVO 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).

### 1.2 Keine Detailregelungen dazu in der DS-GVO

Mit der DS-GVO sind alle detaillierten Regelungen des bisherigen Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) zur Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der Direktwerbung weggefallen (siehe bisher insbesondere § 28 Abs. 3 und 4 sowie § 29 BDSG-alt).

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 Satz 1 lit. f DS-GVO. Danach muss die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen erforderlich sein, sofern nicht die Interessen der betroffenen Person überwiegen. Anhaltspunkte für die zu treffende Abwägungsentcheidung enthält Erwägungsgrund (ErwGr.) 47 DS-GVO, der u. a. ausführt: „Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden.“

### 1.3 Interessenabwägung

Die DS-GVO verlangt eine Abwägung im konkreten Einzelfall sowohl im Hinblick auf die Interessen der Verantwortlichen bzw. Dritten als auch der betroffenen Person. Ein bloßes Abstellen auf abstrak-

te oder auf vergleichbare Fälle ohne Betrachtung des Einzelfalls genügt den Anforderungen der DS-GVO nicht.

Insoweit ergibt sich für die Interessenabwägung 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 subjektiven Erwartungen 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.

Die Erwartungen der betroffenen Person werden bei Maßnahmen zur Direktwerbung auch durch die Informationen nach Art. 13 und 14 DS-GVO zu den Zwecken der Datenverarbeitung bestimmt. Informiert der Verantwortliche transparent und umfassend über eine vorgesehene Verarbeitung von Daten für Zwecke der Direktwerbung, geht die Erwartung der betroffenen Personen in aller Regel auch dahin, dass ihre Kundendaten entsprechend genutzt werden. Allerdings kann durch Transparenz der gesetzliche Abwägungstatbestand nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO nicht beliebig erweitert werden, da die Erwartungen an dem objektiven Maßstab der Vernunft gemessen werden müssen.

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

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

- faire Verfahrensweise,
- dem Verarbeitungszweck angemessen,
- in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise (insbesondere Nennung der Quelle der Daten, wenn Fremddaten verarbeitet werden)

### **1.3.1 Praxisfälle Interessenabwägung**

Vorbehaltlich der konkreten Abwägung im Einzelfall und den ergänzenden Ausführungen zu Punkt 1.4 und 1.5. können folgende Grobkategorien für die Abwägung in der Praxis relevant werden:

Schutzwürdige Interessen dürften in der Regel nicht überwiegen, 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 und sich kein zusätzlicher Erkenntnisgewinn aus der Selektion ergibt, wird die Interessenabwägung in der Regel ebenfalls zugunsten des Verantwortlichen ausfallen.

Eingriffsintensivere Maßnahmen wie automatisierte Selektionsverfahren zur Erstellung detaillierter Profile, Verhaltensprognosen bzw. Analysen, die zu zusätzlichen Erkenntnissen führen, sprechen hingegen dafür, dass ein 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 lit. f) DS-GVO gestützt werden kann und damit die Einholung einer Einwilligung vor der Datenverarbeitung erforderlich macht. Das Widerspruchsrecht des Art. 21 DS-GVO reicht dann 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.

Hinsichtlich der Übermittlung von Daten für Werbezwecke an Dritte sowie der Nutzung von Fremdadressen ist zu prüfen, ob dem Interesse der betroffenen Person ein höherer Stellenwert einzuräumen ist als dem Interesse des Verantwortlichen an der Übermittlung sowie des Dritten zur Nutzung von Fremdadressen zur Werbung. Insoweit erläutert ErwGr 47, dass die Erwartungshaltung des Betroffenen auch davon bestimmt wird, ob eine maßgebliche und angemessene Beziehung zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen besteht, z. B. wenn diese Kunde des Verantwortlichen ist. Die Vorgaben des Art. 6 Abs. 4 DS-GVO sind ggf. zu beachten (Punkt 1.5.).

#### **1.4 Spezifische Regelungen für verschiedene Kontaktwege**

Zu den konkreten Formen der Direktwerbung, also dem Kontaktweg zu den betroffenen Personen (Ansprache per Telefonanruf, E-Mail, Fax etc.), regelt das Wettbewerbsrecht, § 7 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), in welchen Fällen von einer unzumutbaren Belästigung der Betroffenen auszugehen und eine Werbung dieser Art unzulässig ist.

Weil Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO eine Verarbeitung personenbezogener Daten nur für zulässig erklärt, soweit 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 UWG für die jeweilige Werbeform mit zu berücksichtigen. Wenn für den werbenden Verantwortlichen ein bestimmter Kontaktweg zu einer betroffenen Person danach nicht erlaubt ist, kann die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO auch nicht zugunsten der Zulässigkeit einer Verarbeitung dieser Kontaktdaten für Zwecke der Direktwerbung ausfallen.

#### 1.4.1 Nutzen der E-Mail-Adressen von Bestandskunden

E-Mail-Adressen, die unmittelbar von den betroffenen Personen im Rahmen einer Geschäftsbeziehung (Bestandskunden) erhoben wurden, können grundsätzlich für E-Mail-Werbung genutzt werden, wenn dieser Zweck der E-Mail-Werbung entsprechend Art. 13 Abs. 1 lit c DS-GVO den betroffenen Personen bei der Datenerhebung transparent dargelegt worden ist. Überwiegende schutzwürdige Interessen der betroffenen Person nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO sind insbesondere dann nicht gegeben, wenn die in § 7 Abs. 3 UWG enthaltenen Vorgaben für elektronische Werbung eingehalten werden.

#### 1.4.2 Nutzen von Telefonnummern

Für Anrufe bei **Verbrauchern** zu Zwecken der Direktwerbung sieht das UWG (§ 7 Abs. 2 Nr. 2) 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 an den überwiegenden schutzwürdigen Interessen der betroffenen Personen gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO scheitert.

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

Siehe zum Verbot der Telefonwerbung gegenüber Gewerbetreibenden dazu ergänzend auch BGH, Urteil vom 16. November 2006, Az. I ZR 191/03, und BGH, Urteil vom 20. September 2007, Az. I ZR 88/05.

#### 1.5. Zweckänderung

Sofern personenbezogene Daten für Werbezwecke verwendet werden sollen, die ursprünglich nicht (auch) zu Zwecken der Werbung erhoben worden sind, sind die Regelungen des Art. 6 Abs. 4 DSGVO (Zweckänderung) zu beachten. Eine Zweckänderung kann auch bei Fällen der Übermittlung an Dritte für Werbezwecke und bei der Nutzung von Fremdadressen für Werbung einschlägig sein, wenn sich die Datenverarbeitung nicht im Rahmen des Erhebungszweckes bewegt.

Um herauszufinden, ob der Werbezweck mit der ursprünglichen Zweckbestimmung vereinbar ist, müssen Verantwortliche eine sog. Kompatibilitätsprüfung durchführen.

## 2. Informationspflichten<sup>1</sup>

### 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.

Bei einer nachträglichen Änderung der Verarbeitung auch für Zwecke der Direktwerbung schreibt Art. 13 Abs. 3 DS-GVO eine vorherige Information vor. Diese Information ist mit einem Hinweis auf das Werbewiderspruchsrecht zu versehen.

Grundsätzlich ist vom Verantwortlichen zum Zeitpunkt der Datenerhebung über alle Themen nach Art. 13 Abs. 1 und 2 DS-GVO zu informieren. Allerdings besteht schon rein praktisch nicht immer die Möglichkeit, der betroffenen Person alle Informationen aus Art. 13 Abs. 1 und 2 DS-GVO sofort vollständig geben zu können, z. B. bei Bestell-Postkarten als Zeitschriften-Beilage, bei Bestellungen am Telefon oder bei Kaufverträgen an Automaten. Die Aufsichtsbehörden unterstützen daher den Vorschlag der Artikel 29-Gruppe (WP 260, S. 17) für ein zweistufiges Informationsmodell.

Aus den Informationspflichten nach Art. 13 Abs. 1 und 2 DS-GVO ergeben sich in der Regel folgende grundsätzliche Mindestanforderungen (entscheidend ist aber stets der Informationsbedarf im Einzelfall), die regelmäßig auf einer ersten Stufe umgesetzt werden müssen:

- Identität des für die Verarbeitung Verantwortlichen (Name einschließlich Kontaktdaten)
- Kontaktdaten des betrieblichen Datenschutzbeauftragten (soweit benannt)
- Verarbeitungszwecke und Rechtsgrundlage in Schlagworten
- Angabe des berechtigten Interesses, soweit die Verarbeitung darauf beruht
- Empfänger oder Kategorien von Empfängern der personenbezogenen Daten
- Übermittlung in Drittstaaten
- Widerspruchsrecht nach Art. 21 DS-GVO
- Hinweis auf Zugang zu den weiteren Pflichtinformationen gem. Art. 13 Abs. 1 und 2 DS-GVO (wie Auskunftsrecht, Beschwerderecht), z. B. auch mittels QR-Code oder Internet-Link

### 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.

---

<sup>1</sup> Siehe dazu auch das WP 260 der Art.-29-Gruppe unter <http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news-overview.cfm>

Eine unverzügliche oder separate Information fordert das Gesetz zwar nicht. Die Information muss jedoch innerhalb einer angemessenen Frist, jedenfalls zum Zeitpunkt der Aussendung einer Werbung, spätestens aber innerhalb eines Monats nach einer Verarbeitung erfolgen. Erfolgt die Information in Verbindung mit der ersten Werbezusendung, sind beide Bestandteile (Information und Werbetext) klar voneinander zu trennen und die Information (einschließlich Hinweis auf das Werbewiderspruchsrecht) entsprechend deutlich herauszustellen.

### **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...“).

Die Art.-29-Gruppe geht jedoch im Hinblick auf ErwGr. 171 Satz 2 („Verarbeitungen, die zum Zeitpunkt der Anwendung dieser Verordnung bereits begonnen haben, sollten innerhalb von zwei Jahren nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung mit ihr in Einklang gebracht werden.“) und der Grundsätze aus Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO zur Transparenz bei der Erarbeitung des WP 260 davon aus, dass bei den künftigen Kontakten mit den betroffenen Personen die neuen Informationspflichten in angemessener Weise umzusetzen bzw. nachzureichen sind (siehe dazu unter Nr. 2.1, Mindestinformationen, Verweis, wo alle Informationen unschwer zu erlangen sind).

## **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 Satz 1 lit. a DS-GVO nur wirksam, wenn sie freiwillig und – bezogen auf einen bestimmten Fall – informiert abgegeben wird. Informiert setzt voraus, dass auch die Art der beabsichtigten Werbung (Brief, E-Mail/SMS, Telefon, Fax), die Produkte oder Dienstleistungen, für die geworben werden soll, und die werbenden Unternehmen genannt werden, um den Transparenzanforderungen von Art. 12 Abs. 1 und Art 13 Abs. 1 lit. c DS-GVO sowie der bisher insoweit ergangenen Rechtsprechung zu genügen (siehe z. B. BGH-Urteil vom 14.03.2017, Az. VI ZR 721/15).

Erforderlich ist nach Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 Abs. 2 DS-GVO eine unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung in einer klaren und einfachen Sprache oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person ihr Einverständnis zur Verarbeitung der sie betreffenden Daten erteilt.

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. Um dieser Verpflichtung nachkommen zu können, ist den Verantwortlichen anzuraten, sich regelmäßig um eine Einwilligung in Schriftform mit handschriftlicher Unterschrift oder mindestens in Textform (z. B. E-Mail) zu bemühen.

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

### **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 weiterer Umstände für den Verantwortlichen eine Nachweisbarkeit der Einwilligung 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 (je nach konkreter Art des Kontaktes: E-Mail oder SMS), wobei die Nachweis-Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 DS-GVO und des BGH (Urteil vom 10. Februar 2011, I ZR 164/09) bei der Protokollierung zu berücksichtigen sind. Das bloße Abspeichern der IP-Adressen von Anschlussinhabern und die Behauptung, dass von diesen eine Einwilligung vorliege, genügen dem BGH nicht. Der Nachweis der Einwilligung erfordert mehr, z. B. die Protokollierung des gesamten Opt-In-Verfahrens und des Inhalts der Einwilligung.

Ein solcher Nachweis reicht jedoch nicht im Fall der vorgesehenen Nutzung von über Website-Eintragungen erlangten Telefonnummern für Werbeanrufe aus. 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 E-Mail-Adresse und/oder einer Telefonnummer zu Werbezwecken ist regelmäßig die beste Möglichkeit für eine spätere Belegbarkeit einer Einwilligung.

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

Das bisher schon bestehende Koppelungsverbot für Werbung findet sich auch in der DS-GVO wieder, ist aber nicht mehr davon abhängig, ob ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen möglich ist. 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 per-

sonenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich ist (Art. 7 Abs. 4 DS-GVO).

### **3.5 „Verfall“ der Einwilligung, Verwirkung**

Die Zivilgerichte sehen bei erteilten Einwilligungen zur werblichen Kontaktaufnahme teilweise keine unbegrenzte Gültigkeit. So hat das LG München I mit Urteil vom 8. April 2010, Az. 17 HK O 138/10, entschieden, dass eine vor 17 Monaten erteilte und bisher nicht genutzte Einwilligung zur E-Mail-Werbung „ihre Aktualität verliert“ und deshalb insoweit keine rechtliche Grundlage mehr ist.

### **3.6 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 zulässig. Von Relevanz ist dies z. B. für Unternehmen und Berufe des Gesundheitswesens (Apotheken, Sanitätshäuser, Optiker, Orthopäden usw.).

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

### **4.1 Veröffentlichung von Kontaktdaten in Rufnummernverzeichnissen**

Telekommunikationsdienste-Anbieter müssen für die Zulässigkeit der Veröffentlichung von Telefonnummern und weiteren Kontaktdaten von Anschlussinhabern berücksichtigen, was die betroffene Person bei Vertragsabschluss oder später beantragt (keinerlei Veröffentlichung, Veröffentlichung nur in gedruckten oder auch in elektronischen Verzeichnissen). Andere Verzeichnisanbieter müssen dies bei der Interessenabwägung von nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO zu beurteilenden Sachverhalten beachten.

Eine darüber hinaus gehende Verarbeitung solcher Kontaktdaten in Rufnummernverzeichnissen wäre unzulässig.

### **4.2 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 Satz 1 lit. f DS-GVO zulässig, wenn über die werbliche Datenverarbeitung informiert wurde; eine Einwilligung der betroffenen Personen ist bei solchen Sachverhalten dann nicht erforderlich. Die Anforderungen aus Nr. 2.1 sind zu beachten.

#### **4.3 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. § 55 Abs. 2 RStV veröffentlicht. Mangels Freiwilligkeit der Veröffentlichung führt die Interessenabwägung gem. Art. 6 Abs. 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.

#### **4.4 Nennung des für die Verarbeitung der Daten Verantwortlichen sowie der Quelle von personenbezogenen Daten bei Fremdadressenbewerbung**

Unter der Voraussetzung der Zulässigkeit der Datenübermittlung an Dritte (Punkt 1.3. bzw. Punkt 1.5) müssen der für die personenbezogenen Daten Verantwortliche, das werbende Unternehmen und die Quelle der Daten aus einer Werbung eindeutig hervorgehen und klar ersichtlich sein. Ein Verantwortlicher ist 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 Satz 1, Art. 13 Abs. 1 lit. a und Art. 14 Abs. 1 lit. a DS-GVO nicht.

#### **4.5 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 Satz 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, wonach für Fremdwerbung keine Erleichterungen gelten.

#### **4.6 Direktwerbung anhand von Dritten erlangten Postadressdaten („Freundschaftswerbung“)**

Einer Praxis, weitere Postadressdaten bei Kunden- und Interessentenbesuchen durch Befragen Dritter zu erheben und für Zwecke der Direktwerbung zu verarbeiten, 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.

#### **4.7 Empfehlungswerbung**

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, Az. 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.

Damit wird von den Gerichten klargestellt, dass über solche Konstrukte der Empfehlungswerbung das geltende Einwilligungserfordernis in E-Mail-Werbung nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG außerhalb von Bestandskundenverhältnissen im Sinne des § 7 Abs. 3 UWG nicht umgangen werden kann.

#### **4.8 Mögliche Nutzungsdauer von Kontaktdaten der betroffenen Person für Zwecke der Direktwerbung**

Nicht eindeutig zu beantworten ist die Frage, wie lange Kontaktdaten nach dem letzten aktiven Geschäfts- oder Direktwerbekontakt zu einer betroffenen Person für die werblichen Zwecke der Reaktivierung, Rückgewinnung etc. noch genutzt werden dürfen, bzw. ab wann nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO überwiegende schutzwürdige Interessen der betroffenen Person einer länger währenden werblichen Nutzung entgegenstehen.

Eine konkrete Frist hat der Gesetzgeber nicht vorgesehen.

Entscheidend ist, ob aufgrund der Art der Geschäftsbeziehung noch eine Erforderlichkeit zur weiteren Nutzung der Daten für Zwecke der Direktwerbung von dem Verantwortlichen nachvollziehbar dargelegt werden kann. Wenn nach der Rechtsprechung eine vor 17 Monaten erteilte und bisher nicht genutzte Einwilligung zur E-Mail-Werbung „ihre Aktualität verliert“ und deshalb insoweit keine rechtliche Grundlage mehr ist (siehe hierzu unter 3.5), kann dieser zeitliche Maßstab auch bei der Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO zu den vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person eine Orientierung bieten, wenn nach einer langen „Werbepause“ die Kontaktdaten der Person plötzlich wieder für eine Werbezusendung verarbeitet werden. Auch dürfen keine überwiegenden schutzwürdigen Interessen der betroffenen Personen einer werblichen Nutzung entgegenstehen. So kann z. B. die Konditionenabfrage bei einem Bestattungsunternehmen keine längerfristige Datennutzung für werbliche Zwecke rechtfertigen.

## 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 vorrangig von einer werblichen Ansprache durch das Unternehmen verschont bleiben, ist dafür die Aufnahme ihrer Kontaktdaten in eine Werbesperrdatei bei diesem Unternehmen das richtige Mittel zur Berücksichtigung ihres Willens. Bei der Nutzung von Fremddaten kann dann durch Abgleich mit der Werbesperrdatei sichergestellt werden, dass die Kontaktdaten dieser betroffenen Person nicht verwendet werden.

Solche Werbesperrdateien sind damit aufgrund von Art. 21 Abs. 3, Art. 17 Abs. 3 lit. b und Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DS-GVO zur Berücksichtigung der Werbewidersprüche von betroffenen Personen zulässig (zur notwendigen Sicherstellung der Beachtung des geltend gemachten Rechtsanspruchs).

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, sollte sie darauf hingewiesen werden, dass sie bei einem künftigen - rechtlich zulässigen - Einsatz von Fremddaten eventuell wieder Werbung erhalten kann.

Der Werbewiderspruch einer betroffenen Person kann sich, je nach ihrer Willenserklärung, datenschutzrechtlich gegen den Dateneigner und/oder den Werbenden als Verantwortliche nach Art. 4 Nr. 7 DS-GVO richten. Beide müssen ggfls. diesen Werbewiderspruch künftig berücksichtigen (durch Aufnahme in eine Werbesperrdatei). Im Hinblick auf Art. 12 Abs. 2 Satz 1 DS-GVO haben die Verantwortlichen für die effektive Durchsetzung des Widerspruchsrechts der betroffenen Person zusammenzuwirken (z. B. Weiterleitung des Widerspruchs).

Ergänzend kann ein Hinweis für die betroffene Person auf die sog. Robinsonlisten der Werbewirtschaft hilfreich sein, siehe z. B. unter [www.ichhabediewahl.de](http://www.ichhabediewahl.de) oder [www.robinsonliste.de](http://www.robinsonliste.de).

### 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 Werbung 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.

Im Sinne des Art. 12 Abs. 2 Satz 1 DS-GVO ist für die Einlegung des Werbewiderspruchs auch eine elektronische Kommunikationsmöglichkeit anzubieten.

### **5.3 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 einem eventuell damit in Verbindung stehenden Profiling muss in dem betreffenden Unternehmen unverzüglich erfolgen.

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.

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

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.