



Die Werbewirtschaft

Überblick über zentrale Regelungen der Datenschutzgrundverordnung (DSVO)

1. Vorbemerkung

Nach vierjährigen Verhandlungen haben EU-Parlament und Ministerrat im April 2016 die Datenschutzgrundverordnung offiziell verabschiedet. Es wird erwartet, dass die EU-Verordnung im Mai 2016 in Kraft tritt und sodann mit einer Übergangsfrist von zwei Jahren ab Mai 2018 unmittelbar in allen EU-Mitgliedstaaten gelten wird.

In den Mitgliedstaaten muss nun der nationale Bestand an Datenschutzregeln angepasst werden. Mehrere so genannte Öffnungsklauseln erlauben den Mitgliedstaaten, Verordnungsvorschriften auf nationaler Ebene auszugestalten bzw. zu konkretisieren. Dies gilt z.B. für die Bereiche der Organisation der Aufsichtsbehörden oder hinsichtlich der Einrichtung von Zertifizierungsstellen. Das federführende Bundesinnenministerium beabsichtigt, die wichtigsten nationalen Anpassungen, Umsetzungen und Spezifizierungen noch in der laufenden Legislaturperiode vorzunehmen. Es sei geplant, noch im Sommer 2016 einen Gesamtentwurf für ein so genanntes Rechtsbereinigungsgesetz ins Kabinett zu geben.

Auf europäischer Ebene hat sich ein Text als einigungsfähig erwiesen, der sicherlich auf absehbare Zeit **erhebliche Rechtsunsicherheit** produziert. Nachdem sich die EU nicht auf konkretere Regelungen der verschiedenen Geschäftsfelder einigen konnte und somit eine Vielzahl von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen Eingang in den Verordnungstext gefunden hat, wird die Zukunft selbst der heute ausdrücklich zulässigen werbewirtschaftlichen Geschäftsmodelle ebenso wie die Möglichkeiten zur Entwicklung neuer Datenverarbeitungsprozesse ganz von der Auslegung der DSVO abhängen. Hierfür zuständig werden in erster Linie die Datenschutzaufsichtsbehörden bzw. das Data Protection Board sein.

Sicherlich sind die erheblich ausgeweiteten neuen Informations-, Auskunfts- und Begründungspflichten mit spürbarem Mehraufwand für die Unternehmen der Werbewirtschaft verbunden. Diese werden Datenverarbeitungen erheblich verkomplizieren.

Den Unternehmen in Deutschland drohen zusätzliche Belastungen durch neue Akteure im Bereich der Rechtsdurchsetzung: Abgesichert durch die Verordnung hat der deutsche Gesetzgeber im Frühjahr 2016 privaten Interessenverbänden Beschwerde- und Klagebefugnisse für Datenschutzverstöße eingeräumt, unabhängig von einem Mandat des Betroffenen. Da Jahre vergehen werden, bis Gerichte, letztlich der EuGH, für Rechtssicherheit bei der Anwendung der DSVO-Vorschriften gesorgt haben, werden Abstimmungen zwischen der Wirtschaft und den Aufsichtsbehörden möglicherweise größere Bedeutung erlangen. Strukturell ist die Werbewirtschaft in Europa und in Deutschland (u.a. durch den [DDOW](#)) aber gut aufgestellt, um sinnvolle Branchenlösungen auszuloten.

Im Hinblick auf die Rechtsdurchsetzung stellt die DSVO ein völlig neues System auf, das oftmals zentrale europäische Entscheidungen erfordert. Ob dies praktikabel umsetzbar ist und in der Folge tatsächlich zu gleichen Wettbewerbsbedingungen führt, ist nicht sicher. Die Möglichkeiten zur **Sanktionierung von Verstößen gegen die DSVO** wurden zugleich erheblich geschärft.

1. Überblick über die zentralen Regelungsaspekte im Bereich des werbewirtschaftlichen Datenschutzes nach der DSVO

• Einwilligung

Eine Grundlage für die Datenverarbeitung ist die Einwilligung (Art. 6 Abs. 1a)). Die Einwilligung in Datenverarbeitungen muss nicht als ausdrückliche Erklärung erfolgen. Es genügt, wenn die Einwilligung unmissverständlich („unambiguous“) erklärt wird, vgl. Definition in Art. 4 Nr. 11. Dies war einer von mehreren Punkten, bei denen sich der ZAW im Laufe der Verhandlungen mit seiner Position letztlich durchsetzen konnte. Die Forderung des EU-Parlaments (nach „explicit consent“, also ausdrücklicher Einwilligung) wäre weitgehend praxisfern gewesen. Etwas Anderes – Erfordernis einer ausdrücklichen Einwilligung – gilt für die Einwilligung in die Verarbeitung sensibler Daten, Art. 9 und bei Art. 22 („Profiling“).

Die Regelung zur Wirksamkeit der Einwilligung, insbesondere bei Koppelungssituationen (Art. 7 Abs. 4) ist nicht als starres Verbot formuliert, kann aber möglicherweise in diese Richtung ausgelegt werden. Einwilligungen von Personen unter 16 Jahren in Bezug auf eine Datenverarbeitung bei Diensten der Informationsgesellschaft, die diesen direkt angeboten werden, bedürfen der Zustimmung oder Genehmigung durch die Erziehungsberechtigten; Mitgliedstaaten können die Altergrenze herabsetzen, nicht aber unter 13 Jahre.

• Interessenabwägung als Rechtfertigung der Opt-Out-Datenverarbeitung

Die so genannte Interessenabwägungsklausel des Art. 6 Abs. 1f) ist eine weitere, gleichberechtigt neben der Einwilligung stehende Voraussetzung für die Verarbeitung personenbezogener Daten. Die maßgebliche Formulierung der DSVO entspricht

weitgehend der Bestimmung der geltenden Richtlinie 95/46 EG (s. Art. 7 f)), und zwar auch in Bezug auf die Berücksichtigungsfähigkeit von Drittinteressen im Rahmen des Erlaubnistatbestands der Interessenabwägung. Für diese Fortgeltung der Interessenabwägungsklausel hat sich der ZAW intensiv eingesetzt. Sie ist ein gewichtiges Argument auch für die künftige Zulässigkeit der etablierten Geschäftsmodelle im Bereich Direktmarketing und der auf Datenverarbeitungen beruhenden Online-Werbung auf Opt-out-Basis: Bei im Wesentlichen unverändertem Regelungsgehalt des Erlaubnistatbestands müssen die danach bisher zulässigen Verarbeitungen auch weiterhin erlaubt sein. Das Element der „reasonable expectations“ - im Vergleich zur Richtlinie ist dies begrifflich ein neues Kriterium für die Interessenabwägung, das faktisch jedoch auch bisher mitgedacht werden musste - wurde auf der Ebene des Erwägungsgrunds 47 verortet.

Erwägungsgrund 47 beinhaltet zudem die folgende Formulierung: „**The processing of personal data for direct marketing purposes may be regarded as carried out for a legitimate interest**“. Die für die Auslegung der Interessenabwägungsklausel wichtige Formulierung ist so ausdrücklich in der geltenden EU-Datenschutzrichtlinie nicht enthalten und bildet damit nun explizit die bisher geltende europäische Rechtslage hinsichtlich der Datenverarbeitung zu Zwecken des Direktmarketing ab, die weiterhin nicht auf bestimmte Datenkategorien beschränkt ist. Die Interessenabwägungsklausel erkennt daher nach Einschätzung des ZAW einen relevanten Spielraum für eine praxisgerechte Opt-out-Datenverarbeitung zu Marketingzwecken mindestens in dem Umfang des bisherigen EU-Rechts an.

- **Weiterverarbeitung von Daten bei Zweckänderung**

Zulässig ist die Datenverarbeitung ferner, wenn die Daten zu anderen Zwecken weiterverarbeitet werden als zu denjenigen Zwecken, zu denen sie erhoben wurden, soweit eine Verwendung zu den geänderten Zwecken mit der ursprünglichen Erhebung „**vereinbar**“ ist (Art. 6 Abs. 4).

Die Frage nach der Vereinbarkeit der weiteren Datenverarbeitung im Verhältnis zur ursprünglichen Erhebung der Daten ist in diesen Fällen von zentraler Bedeutung für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung. Der Grundsatz ist recht eindeutig: Ist Kompatibilität gegeben, reicht die Berufung auf die ursprüngliche Ermächtigungsgrundlage zur Datenverarbeitung – zentral ist hierbei Art. 6 Abs. 1 – aus, es bedarf keiner gesonderten Rechtsgrundlage. Aus deutscher Sicht ist dieses Konzept neu. Es ist als Kompromiss zwischen ausdrücklicher Zulassung der Datenverarbeitung zu inkompatiblen Zwecken vorbehaltlich einer weiteren Interessenabwägung – so ursprünglich vorgesehen vom Ministerrat - und einem ausdrücklichen Verbot der Weiterverarbeitung zu inkompatiblen Zwecken - so initial textiert von der Kommission - einzuordnen.

Der somit entscheidende Vereinbarkeitstest ist in Art. 6 Abs. 4 generalklauselartig geregelt. Anders als bisher nach dem BDSG, das für eine Reihe spezifischer,

zweckändernder Datenverarbeitungen, darin eingeschlossen zentrale werbewirtschaftliche Geschäftsmodelle, insbesondere im Bereich des Direktmarketing quasi das Ergebnis des Kompatibilitätstests schon festgeschrieben hat, wird im Anwendungsbereich der DSGVO die Zulässigkeit dieser und weiterer zweckändernder Datenverarbeitungen insbesondere anhand der in Art. 6 Abs. 4 aufgeführten Kriterien ermittelt werden müssen. Da es nach der DSGVO erforderlich sein wird, in jedem Fall schon bei der Erhebung von Daten, die etwa zum Zweck der Vertragsdurchführung benötigt werden, auf eine beabsichtigte spätere Verarbeitung auch für Werbezwecke hinzuweisen, bestehen Anhaltspunkte, um die zweckändernde Datenweiterverarbeitung zu Werbezwecken als mit der ursprünglichen Datenerhebung vereinbar anzusehen. Gleichwohl dürfte der Kompatibilitätstest zukünftig ein zentrales Feld für unterschiedlichste Auslegungen und damit Anlass von Rechtsunsicherheit sein.

- **Profiling**

Die Verordnung stellt weitere Anforderungen für Entscheidungen auf, die auf einer automatisierten Datenverarbeitung, einschließlich so genanntem Profiling, beruhen.

Nach der Definition (Art. 4 Nr. 4) umfasst Profiling nahezu jedwede Auswertung personenbezogener Daten - auch für Werbezwecke. Allein hieran knüpft Art. 22 jedoch noch keine weiteren Voraussetzungen. Vielmehr beinhaltet diese Vorschrift im Kern nunmehr einen speziellen Erlaubnistatbestand für bestimmte Formen **qualifizierten Profilings**. Angelehnt an die bisherige Regelung zu automatisierten Einzelentscheidungen nach der Datenschutz-Richtlinie 95/46 EG knüpft Art. 22 an eine „decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her“ (eine ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhende Entscheidung, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt) an. Nur diese qualifizierte Datenverarbeitung hängt u.a. von einer expliziten Einwilligung des Betroffenen ab. Direktmarketing, Werbescoring und OBA-Zielgruppensegmente sollten damit von Art. 22 nicht erfasst sein. Denn: Auch wenn diese Profiling im Sinne der Legaldefinition voraussetzen, kann vertreten werden, dass mit der bloßen Werbeansprache weder „legal effects“ verbunden sind, noch hieraus für den Betroffenen Auswirkungen resultieren, die als „similarly significantly“ einzustufen sind. Insbesondere die vom ZAW erfolgreich vertretene Einfügung des Wortes „similarly“ dürfte klar machen, dass tatsächliche Effekte in der Schwere einem rechtlichen Effekt vergleichbar sein müssen, mit der Folge, dass die bloße Werbekommunikation nicht als Entscheidung im Sinne von Art. 22 Abs. 1 einzustufen ist.

- **Widerspruchsrecht**

In Fällen der Opt-out-Datenverarbeitung steht dem Betroffenen ein Widerspruchsrecht (Art. 21) zu. Sofern die Daten zu Zwecken des Direktmarketing verwendet werden, ist der Widerspruch – der geltenden Rechtslage entsprechend - an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft (Art. 21 Abs. 2). Das EU-Parlament hat durchgesetzt, dass das „Werbewiderspruchsrecht“ nach Art. 21 Abs. 2 explizit auch für „Profiling“ gilt („... which includes profiling to the extent that it is related to such direct marketing“). Als solches dürfte dies aber nicht über den Stand dessen hinausgehen, was bereits heute nach dem nationalen Recht gilt. Die Informationspflicht in Bezug auf das Widerspruchsrecht ist – was ihren Zeitpunkt anbelangt – praxistauglich auch im Sinne der Werbewirtschaft ausgefallen. Art. 21 Abs. 4 bestimmt, dass diese spätestens bei der ersten Kommunikation mit dem Betroffenen zu erfolgen hat, also nicht vor der werblichen Kommunikation. Schließlich lässt sich aus dem Wortlaut und der Systematik der Regelungen herauslesen bzw. interpretatorisch vertreten, dass die Pflicht zur Information über das Widerspruchsrecht nicht auf rein interne Vorgänge bezogen ist, wenn also das Profiling kommunikativ folgenlos ist. Der (auch von Deutschland) befürwortete Ansatz, in allen Fällen des Profiling gesonderte Informationen über das Widerspruchsrecht zu geben, wäre sehr negativ gewesen, konnte aber verhindert werden.

Ein Spezialproblem besteht wegen Art. 21 Abs. 5. Die Norm bestimmt, dass das Widerspruchsrecht im digitalen Bereich durch „automated means using technical specifications“ (automatisierte Verfahren, bei denen technische Spezifikationen verwendet werden) ausgeübt werden kann. Einerseits könnte hierunter das Präferenzmanagementsystem des [DDOW](#) fallen als Ausdruck eines umfassenden, [europäisch harmonisierten und anerkannten Marktstandards bei OBA](#). Andererseits besteht die Gefahr, dass bestimmte, von Gatekeepern angebotene technische Voreinstellungen ebenfalls als rechtsverbindliche Widerspruchsmöglichkeiten verstanden werden. Unter Wettbewerbsgesichtspunkten kann dies sehr negative Folgen im Bereich der digitalen Werbewirtschaft haben, da die marktstarken bis marktdominanten Internetdienste, deren Geschäftsmodelle auf Login-Strukturen beruhen, hiervon in wettbewerbsverzerrender Weise profitieren könnten. Die Auswirkungen und mögliche Reaktionen/Maßnahmen werden bereits auf der Ebene der europäischen Online-Werbeselbstregulierung geprüft.

- **Verarbeitung pseudonymisierter Daten und Pseudonymisierung**

Art. 4 Nr. 5 enthält eine praktikable Definition der Pseudonymisierung. Die vom ZAW vertretene Absicherung der Pseudonymisierung bzw. der Verarbeitung pseudonymer Daten auf der Ebene der Erlaubnistatbestände oder der dazugehörigen Erwägungsgründe konnte sich nicht durchsetzen. Hinsichtlich der angestrebten Zukunftstauglichkeit der DSVO stellt dies sicherlich eine verpasste Chance dar und schwächt den Datenschutz der Betroffenen. Allerdings werden Pseudonymisierung

und Verschlüsselung in Art. 6 Abs. 4 e) als Umstände genannt, die offenbar für die Vereinbarkeit der pseudonymisierten Datenverarbeitung mit der Ursprungsdatenverarbeitung sprechen sollen. Dies ist möglicherweise auch über den Bereich der Zweckänderung hinaus interpretatorisch bedeutsam, um im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 f) (insbesondere für die zielgruppenspezifische Online-Werbung) Bewegungsspielräume zu erhalten.

- **Informations- und Auskunftspflichten**

Die Informationspflichten der Art. 12 ff. gehen sowohl qualitativ als auch quantitativ weit über das hinaus, was bisher von den Unternehmen verlangt wird. Die Informationen müssen beispielweise in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglichen Form in einer klaren, einfachen Sprache gegeben werden (Art. 13). Sie müssen grundsätzlich unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden. Die Forderung des EU-Parlament, diese zusätzlich verpflichtend mittels sog. Piktogramme vorzuhalten, konnte sich nicht durchsetzen. Die Bereitstellung standardisierter Bildsymbole ergänzend zu den Informationen ist lediglich auf freiwilliger Basis vorgesehen.

Die Informationsregelungen sind **nach Basis- und Zusatzinformationen aufgeteilt** (Art. 13, 14). Während die Basisinformationen immer zu geben sind, müssen die weiteren Informationen nur dann zur Verfügung gestellt werden, wenn sie notwendig sind, um eine faire und transparente Verarbeitung sicherzustellen. Wann dies der Fall ist, muss stets durch eine Auslegung im Einzelfall ermittelt werden, was wiederum mit großer Rechtsunsicherheit verbunden sein wird. Wenn die Daten beim Betroffenen erhoben werden, müssen die Informationen bereits zum Zeitpunkt der Erhebung gegeben werden (Art. 13).

Für die Fälle, in denen die Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben werden, wurde der **Zeitpunkt der Informationsgabe** angemessener ausgestaltet: Die Informationen müssen abhängig von den Umständen des Einzelfalls innerhalb einer angemessenen Frist nach Erlangung der Daten, spätestens jedoch binnen eines Monats erteilt werden. Falls die Daten zur Kommunikation mit der betroffenen Person verwendet werden sollen, müssen die Informationen spätestens zum Zeitpunkt der ersten Mitteilung an diese zur Verfügung gestellt werden. Die Aufnahme dieser auch vom ZAW geforderten Regelung, verhindert unnötige mehrfache Informationen des Betroffenen und damit auch zumindest zu einem kleinem Bruchteil überflüssige Bürokratie bei den Unternehmen. Das Gegenteil von praxistauglich ist der Informationszeitpunkt im Falle einer nachträglichen zweckändernden Datenverarbeitung. Die Verordnung bestimmt, dass in diesem Fall die Informationen noch vor der Weiterverarbeitung zur Verfügung gestellt werden müssen, was in der Praxis häufig nicht möglich sein oder aber mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden sein wird.

Da den ausgeweiteten Informationspflichten **keine ausreichenden Ausnahmen** gegenüberstehen, drohen durch diese in der Praxis erhebliche Hemmnisse für eine praktikable Datenverarbeitung und enorme Belastungen für die Unternehmen. Insbesondere konnte sich nicht die Forderung nach einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitsklausel durchsetzen für die Fälle, in denen die Bereitstellung der Informationen einen unverhältnismäßigen Aufwand darstellt oder sogar unmöglich ist.

- **Datenverarbeitung zu wissenschaftlichen Zwecken**

Art. 89 sieht eine Reihe von zulässigen Abweichungen von den Vorgaben der DSVO vor, wenn die Datenverarbeitung u.a. zu wissenschaftlichen oder statistischen Zwecken erfolgt und die Mitgliedstaaten von der Öffnungsklausel Gebrauch machen. Gleichzeitig werden gewisse Vorgaben („safeguards“) für die Datenverarbeitung zu den dort genannten Zwecken festgelegt, insbesondere Daten zu pseudonymisieren, ohne dass jedoch der Verpflichtungsumfang aus der Regelung näher hervorgeht. Die hierhinter stehende Überlegung scheint zu sein: Werden die (lediglich allgemein beschriebenen) Verpflichtungen erfüllt, bestehen bestimmte Erleichterungen für die Datenverarbeitung zu wissenschaftlichen oder statistischen Zwecken, etwa im Zusammenhang mit dem Kompatibilitätstest, Art. 5 Abs. 1 b). Ob die angewandte Markt-, Meinungs- und Sozialforschung unter Art. 83 fällt, ist auch unter Zuziehung der Erwägungsgründe unsicher. Die DSVO vermittelt damit in diesem Bereich weitaus weniger Rechtssicherheit als das BDSG, wenn die betroffenen Institute der Markt-, Meinungs- und Sozialforschung personenbezogene Daten verarbeiten. Sofern sie aber, entsprechend den anerkannten Branchenstandards, Daten anonymisieren und mit anonymen Daten umgehen, sind sie von den unklaren Vorgaben der DSVO nicht betroffen.

- **Verbandsklage**

Art. 80 sieht in Absatz 1 eine Verbandsklage unter der Voraussetzung eines Mandats des Betroffenen vor. Schadensersatzansprüche sind hiernach nur bei entsprechender Ermächtigung durch die Mitgliedstaaten erfasst. Art 80 Abs. 2 erlaubt den Mitgliedstaaten die Einführung einer Verbandsklage ohne Mandat Betroffener. Die Regelung war auf ausdrücklichen Wunsch Deutschlands eingefügt worden und soll die Änderungen des Unterlassungsklagegesetzes, auf die sich die Koalitionsfraktionen [erst kürzlich verständigt](#) haben, absichern. Die vom EU-Parlament verlangte Erstreckung dieser unmandatierten Klagemöglichkeit auf Schadensersatzforderungen konnte verhindert werden. Dennoch werden die Änderungen bzw. Öffnungsklauseln das Risiko missbräuchlicher Rechtsverfolgung für Unternehmen (insbesondere Abmahnungen) spürbar erhöhen und der einheitlichen Auslegung des Datenschutzrechts im Wege stehen.