AdOrga Solutions

White Paper

Datenschutz & Werbung
Privacy & Marketing

Personalisierte Werbung

Personalised Advertising

Author: Regina Mühlich
Contact: consulting@adorgasolutions.de

Stand: 05. November 2020
As of: November 5, 2020

Datenschutz & Marketing

Personalisierte Werbung - nicht nur Datenschutz- oder Wettbewerbsrecht. Warum?

Zielgerichtete Werbung ist sowohl für das Unternehmen als auch für den Werbeempfänger interessanter. Die am Adressaten ausgerichtete Werbung wirft aber auch Datenschutzfragen auf und zwischen adressbezogenem Marketing und Datenschutz entsteht ein Spannungsverhältnis.

Gefühlt hat die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) mit in Kraft treten am 25. Mai 2018 vieles im Bereich Direktwerbung geändert, tatsächlich aber nur bedingt. Gefühlt, durch die verschärften Sanktionen von bis zu 20 Mio. Euro bzw. 4 % des weltweiten Vorjahresumsatzes (Art. 84 DS-GVO) und der Datenschutz sowie seine Anforderungen werden jetzt genauer betrachtet.

Bei genauerem Hinsehen zeigt sich aber, dass die Zulässigkeitsanforderungen für personalisierte Direktwerbung in einigen Bereichen im Vergleich zum „alten“ Datenschutzrecht (BDSG a.F.) klarer und auch lockerer geworden sind. Die strengeren deutschen Zulässigkeitsregelungen bei personalisierter Werbung sind dem EU-Maß angepasst worden. Die DS-GVO hat somit nicht nur die Zulässigkeit von personalisierter Werbung in Teilen neu geregelt, sie hat vor allem auch zusätzliche Anforderungen geschaffen.

Was ist neu?

Aufgrund zusätzlicher Pflichten durch die DS-GVO kann von einem Paradigmenwechsel im Datenschutzrecht gesprochen werden. Vor der DS-GVO wurde vorrangig geregelt, ob eine Verarbeitung von Daten für personalisierte Werbung zulässig ist oder nicht. Die DS-GVO

Privacy & Marketing

Personalised advertising - not only data protection or competition law. Why?

Targeted advertising is more interesting for both the company and the advertising recipient. However, advertising targeted at the addressee also raises data protection issues, and a tension arises between address-related marketing and data protection.

The General Data Protection Regulation (GDPR), which will enter into force on 25 May 2018, has changed many things in the area of direct advertising, but only to a limited extent. There is a feeling that the stricter sanctions of up to 20 million Euros or 4 % of the worldwide turnover of the previous year (Art. 84 GDPR) and data protection and its requirements will now be examined more closely.

A closer look reveals, however, that the admissibility requirements for personalized direct advertising have become clearer and also more relaxed in some areas compared to the "old" data protection law (BDSG old version). The stricter German admissibility rules for personalised advertising have been brought into line with EU standards. The GDPR has thus not only partially revised the admissibility of personalised advertising, but, above all, has created additional requirements.

What is new?

Due to additional obligations imposed by the GDPR, we can speak of a paradigm shift in data protection law. Prior to the GDPR, priority was given to regulating whether the processing of data for personalised advertising was permissible or not. The GDPR, on the other

Wir möchten darauf hinweisen, dass die Nutzung der Informationen dieses Dokumentes, auch auszugsweise, oder die Weitergabe an Dritte der Zustimmung der Autorin bedarf.

dagegen sieht jetzt vor allem zusätzliche und umfangreiche Transparenz- und Dokumentationspflichten vor.

Die Verletzung der Rechenschaftspflicht (Art. 5 Abs. 2 DS-GVO) kann dazu führen, dass war die Zusendung der Werbung grundsätzlich zulässig ist. Aufgrund der Missachtung der Transparenz- und/oder Dokumentationspflicht dennoch ein Bußgeld verhängt wird.

Die Informationspflichten gegenüber den betroffenen Personen nach Artt. 13 und 14 DS-GVO sind ebenfalls zu erfüllen. Hier ist einfach erkennbar, wie und ob sich der Werbetreibende mit dem Datenschutzrecht befasst hat. Gerade diese Transparenz wird nach außen getragen und wahrgenommen, auch und vor allem vom Empfänger.

Die Nicht-Erfüllung dieser Pflichten durch den Verantwortlichen, d.h. durch den Werbenden, macht die Direktwerbung nicht zwangsläufig unzulässig, aber es drohen drakonische Bußgelder. Art. 83 Abs. 1: *[…] in jedem Einzelfall wirksam, verhältnismäßig und abschreckend ist.*

hand, now primarily provides for additional and extensive transparency and documentation obligations.

Although the violation of accountability (Art. 5 (2) GDPR) may result in the sending of advertising being permissible in principle, a fine is nevertheless imposed for failure to comply with the transparency and/or documentation obligations.

The duties to inform the data subjects pursuant to Artt. 13 and 14 GDPR must also be fulfilled. Here it is easy to see how and whether the advertiser has dealt with data protection law. It is precisely this transparency that is communicated and perceived externally, also and above all by the recipient.

Failure by the Controller, i.e. by the advertiser, to fulfill these obligations does not necessarily make direct advertising illegal, but draconian fines are threatened. Article 83 (1*): [...] is effective, proportionate and dissuasive in each individual case.*

Wann greift das Wettbewerbsrecht?

Das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) und das Datenschutzrecht kommen parallel und rechtlich unabhängig voneinander zur Anwendung. Bei der Bewertung der Zulässigkeit der Direktwerbung entscheidet im ersten Schritt § 7 UWG darüber, ob eine Einwilligung erforderlich ist. Im zweiten Schritt erfolgt die Prüfung nach den datenschutzrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen (z.B. Art. 6 Abs. 1 lit. a, f DS-GVO). Zu denen zählt auch Erwägungsgrund 47 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO: *[…] Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden.*

Die Zulässigkeit von Werbemaßnahmen ist im UWG von verschiedenen Voraussetzungen

When does competition law apply?

The “Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb” (UWG; “Unfair Competition Act”) and data protection law apply in parallel and legally independently of each other. When assessing the admissibility of direct advertising, the first step is to decide whether consent is required under § 7 UWG. In the second step, the assessment is made in accordance with the admissibility requirements under data protection law (e.g. Art. 6 (1) (a), (f) GDPR). These include recital 47 in conjunction with Art. 6 (1) lit. f GDPR: *[...] The processing of personal data for the purpose of direct advertising can be regarded as processing in the interests of a legitimate interest.*

In the UWG, the permissibility of advertising measures is subject to various conditions which depend on the communication medium

Wir möchten darauf hinweisen, dass die Nutzung der Informationen dieses Dokumentes, auch auszugsweise, oder die Weitergabe an Dritte der Zustimmung der Autorin bedarf.

abhängig, welche sich nach dem Kommunikationsmedium der Direktwerbung richten. So ist z. B. die Briefpostwerbung, sowohl im B2C- wie auch im B2B-Bereich ohne Einwilligung zulässig (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG). Und zwar so lange, bis der Empfänger widerspricht (Opt-Out-Verfahren). Für elektronische Post (E-Mail) dagegen ist sowohl nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG wie auch nach dem Datenschutzrecht eine vorherige Einwilligung (Art. 6 Abs. 1lit. a DS-GVO) durch den Empfänger zwingend erforderlich. Allerdings sieht § 7 Abs. 3 UWG für die E-Mail-Werbung auch eine Ausnahme von dem Einwilligungserfordernis vor, was aber die strikte Umsetzung der in § 7 Abs. 3 UWG genannten Vorgaben voraussetzt. Dies gilt sowohl für B2C- wie auch für B2B-Emfänger.

of direct advertising. For example, letter mail advertising, both in the B2C and B2B sectors, is permissible without consent (Section 7 (2) No. 1 UWG). And this will continue until the recipient objects (opt-out procedure). For electronic mail (e-mail), on the other hand, both under Section 7 (2) no. 3 UWG and under data protection law, prior consent (Art. 6 (1) lit. a GDPR) by the recipient is mandatory. However, § 7 para. 3 UWG also provides for an exception to the consent requirement for e-mail advertising, but this requires strict implementation of the requirements set out in § 7 para. 3 UWG. This applies to both B2C and B2B recipients.

Fazit:

Adressbezogene Werbung ist ansprechender und erfolgversprechender. Auch durch die DSGVO ist das Einwilligungserfordernis nicht vollständig abgeschafft worden. Aber das UWG sieht auch Befreiungen vom Einwilligungserfordernis vor, wenn die dort genannten Voraussetzungen gegeben sind. Eine pauschale Einordnung ist nicht möglich. Gutes Marketing setzt auch unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten eine Vorbereitung und Befassung mit den Anforderungen voraus.

Empfehlenswert ist es während der Kampagnenplanung und vor Versand sowohl eine Prüfung nach § 7 UWG (1. Prüfstufe) und nach DSGVO (2. Prüfstufe) durchzuführen. Diese Prüfung ist gemäß Art. 5 Abs. 2 DSGVO (Rechenschaftspflicht) nachzuweisen, die Verarbeitungen sind gemäß Art. 30 DS-GVO im Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten zu dokumentieren. Um Unterlassungsklagen nach § 8 UWG und/oder Beschwerden von Betroffenen (Art. 77 DS-GVO) sowie Sanktionen nach Art. 83 DS-GVO zu vermeiden, sollten diese sorgfältig erfolgen.

Conclusion:

Address-related advertising is more appealing and promising. The GDPR has not completely abolished the consent requirement either. However, the UWG also provides for exemptions from the consent requirement if the conditions specified therein are met. A blanket classification is not possible. Good marketing also requires preparation and dealing with the requirements from a data protection point of view.

It is advisable to carry out an inspection in accordance with § 7 UWG (1st inspection stage) and in accordance with GDPR (2nd inspection stage) both during campaign planning and before dispatch. Proof of this check must be provided in accordance with Art. 5 Para. 2 of the GDPR (accountability), and the processing operations must be documented in the list of processing activities in accordance with Art. 30 of the GDPR. In order to avoid injunctions pursuant to Art. 8 UWG and/or complaints by data subjects (Art. 77 GDPR).

Wir möchten darauf hinweisen, dass die Nutzung der Informationen dieses Dokumentes, auch auszugsweise, oder die Weitergabe an Dritte der Zustimmung der Autorin bedarf.

Mit anderen Worten: Während sich Vereinfachungen bei der Bewertung der Zulässigkeit ergeben haben, sind – wie bei allen Datenverarbeitungen – durch die DSGVO neue Aufwände durch Formalien und Dokumentationen entstanden. Dies gilt vor allem bezüglich der Transparenzpflichten. Gerade der Aufwand der Vorbereitung, der Gestaltung und Umsetzung dieser formalen Pflichten wird in der Praxis häufig unterschätzt. Werden die Anforderungen der DS-GVO von vornherein berücksichtigt und nicht auf die Frage „Darf ich?“ verdichtet, lassen sie sich gut umsetzen.

Auch im Bereich Marketing muss mit Blick auf die DSGVO ganzheitlich gedacht werden und sich von der im alten Datenschutzrecht üblichen Beschränkung auf die Frage „Darf ich?“ verabschiedet werden.

and sanctions pursuant to Art. 83 GDPR, these should be carried out with great care.

In other words: While there have been simplifications in the assessment of admissibility, the GDPR - as with all data processing - has created new expenses due to formalities and documentation. This applies in particular to the transparency obligations. The effort involved in preparing, designing and implementing these formal obligations in particular is often underestimated in practice. If the requirements of the GDPR are taken into account from the outset and not condensed to the question "May I?", they can be easily implemented.

Also in the area of marketing, a holistic approach must be taken with regard to the GDPR, and the usual limitation to the question "May I?" in the old data protection law must be abandoned.

Wir möchten darauf hinweisen, dass die Nutzung der Informationen dieses Dokumentes, auch auszugsweise, oder die Weitergabe an Dritte der Zustimmung der Autorin bedarf.

Weiterführende Literatur:
Datenschutz & Marketing – Wie Sie Recht und Praxis partnerschaftlich zusammenbringen
Dr. Eckhardt Jens, (2019), 1. Auflage, TKMmed!a
https://www.tkmmedia.de/produkte/details/datenschutz-marketing/

* Hinweis: Der Übersichtlichkeit wegen werden im Folgenden nur die männlichen Formen verwendet.

* Note: For the sake of clarity, only the male forms are used in the following.

© Copyright 2020 Regina Mühlich I AdOrga Solutions GmbH I E-Mail: consulting@adogasolutions.de

© Copyright 2020 Regina Mühlich I AdOrga Solutions GmbH I E-Mail: consulting@adogasolutions.de

Dieses Dokument ist auf dem Stand des ersten Tages der Veröffentlichung und kann von Regina Mühlich jederzeit geändert werden.

Wir möchten darauf hinweisen, dass die Nutzung der Informationen dieses Dokumentes, auch auszugsweise, oder die Weitergabe an Dritte der Zustimmung der Autorin bedarf.

This document is up to date on the first day of publication and may be changed by Regina Mühlich at any time.

We would like to point out that the use of the information contained in this document, even in part, or its disclosure to third parties, requires the consent of the author.

Wir möchten darauf hinweisen, dass die Nutzung der Informationen dieses Dokumentes, auch auszugsweise, oder die Weitergabe an Dritte der Zustimmung der Autorin bedarf.