



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

"Die Rechtmäßigkeit von Online-Werbung
unter Nutzung von personenbezogenen Daten
nach der Datenschutz-Grundverordnung"

verfasst von / submitted by

Dr. iur. Silke Katharina Graf

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2016 / Vienna, 2016

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it
appears on the student record sheet:

A 992 942

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears
on the student record sheet:

Universitätslehrgang Informations- und Medienrecht

Betreut von / Supervisor:

Prof. Dr. Thomas Hoeren

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	iii
1. Einleitung	1
1.1. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands	1
1.2. Methode.....	2
1.3. Ausgangsfrage	2
2. Grundlagen.....	4
2.1. Begriffsbestimmungen in der DSGVO	4
2.1.1. Verantwortlicher	4
2.1.2. Betroffene Person	4
2.1.3. Personenbezogene Daten	5
2.1.4. Sensible Daten.....	5
2.1.5. Verarbeitung	5
2.2. Online-Werbung.....	6
2.2.1. Verarbeitung personenbezogener Daten.....	6
2.2.2. Einteilung in Gruppen	8
a) Werbung in der Sphäre des Empfängers	8
b) Werbung in der Sphäre des Verantwortlichen bzw des Auftragsverarbeiters	9
2.3. Zulässigkeit der Datenverarbeitung nach der DSGVO.....	10
3. Rechtmäßigkeitsgründe für Online-Werbung.....	12
3.1. Einwilligung	12
3.2. Berechtigtes Interesse des Verarbeiters bzw eines Dritten	12
3.2.1. Definition Direktwerbung	13
a) Wirtschaftliche Bedeutung.....	13
b) Bedeutung in der ePrivacy-RL.....	16
c) Bedeutung in der DSGVO	18
3.2.2. Reichweite des Rechtmäßigkeitsgrunds in Art 6 Abs 1 lit f DSGVO	20
a) Wann darf geworben werden?.....	20
b) Wer darf werben?	23
c) Welche Daten dürfen verarbeitet werden?	24
d) Zu welchem Zweck darf geworben werden?.....	25
e) Wie darf geworben werden?.....	28
3.2.3. Verhältnis zur Regelung betreffend Unerbetene Nachrichten	29

4. Conclusio	33
5. Abstract.....	35
5.1. Deutsch	35
5.2. English	35
6. Quellenverzeichnis	36
6.1. Rechtsquellen.....	36
6.2. Literaturquellen	36

Abkürzungsverzeichnis

DSG	-	Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz 2000 – DSG 2000) BGBl I 1999/165 idF BGBl I 2015/132
DSGVO	-	VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)
ePrivacy-RL	-	RL 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation)
ErläutRV	-	Erläuterte Regierungsvorlage des DSG 2000, 1613 BlgNR 20. GP
ErwGr	-	Erwägungsgrund
idR	-	in der Regel
iSd	-	im Sinne der, des
idZ	-	in diesem Zusammenhang
TKG	-	Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird (Telekommunikationsgesetz 2003 – TKG 2003) BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2016/6

Aus Gründen der leichten Lesbarkeit wird im vorliegenden Text auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung verzichtet. Soweit es möglich ist, werden geschlechtsneutrale Ausdrücke verwendet, andernfalls wird die maskuline Form gewählt. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung für beide Geschlechter.

1. Einleitung

Im Zeitalter des Internets, der Smartphones und der damit einhergehenden alles und jeden umfassenden Online-Präsenz, ist es für Unternehmer einmal mehr überlebenswichtig, (potenzielle) Kunden und Vertragspartner auf elektronischem Weg zu erreichen. So sehr die Bedeutung des Internetauftritts in den letzten Jahren gewachsen ist, so stetig ist auch die Zahl an Rechtsvorschriften im Bereich des E-Commerce angestiegen, die es zu beachten gilt. Unternehmen stehen einer Flut an Regelungen gegenüber, die sich nicht nur laufend ändern, sondern die auch laufend von der Rsp weiterentwickelt werden.

Die vorliegende Arbeit soll sich jedoch nur mit einem sehr kleinen Spektrum dieses Bereichs auseinandersetzen, der in der Folge eingegrenzt werden soll:

1.1. Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands

Das große Themenfeld E-Commerce wird zunächst auf **Online-Werbung** beschränkt, also Werbung, die das Medium Internet nutzt.¹ Da sich diese Arbeit – wie bereits der Titel verrät – mit den potenziellen Änderungen durch die Datenschutz-Grundverordnung² (DSGVO) beschäftigt, interessiert dabei nur jene Online-Werbung, die unter **Nutzung von personenbezogenen Daten** der Werbeempfänger erfolgt. Simple Banner-Werbung, die unabhängig vom jeweiligen Website-Besucher erscheint, soll an dieser Stelle daher ausgeklammert werden. Sehr wohl von Interesse sind jedoch jene Banner, die dem Website-Besucher nur angezeigt werden, weil er zuvor eine bestimmte andere Seite aufgerufen hat, weil er von einem Apple-Computer aus surft oder weil sich sein Standort in der Wiener Innenstadt und nicht im Waldviertel befindet. Solcherart personalisierte Werbeformen nutzen Daten des Werbeempfängers und fallen daher in den Anwendungsbereich der DSGVO. Obwohl die Zulässigkeit oft nicht einfach zu beurteilen ist, ist die solcherart personalisierte Werbung sehr beliebt, weil sie zielgerichteter ist und dadurch geringere Streuverluste aufweist.³

¹ Siehe *Gabler Wirtschaftslexikon*, Onlinewerbung, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/onlinewerbung.html> (10.7.2016).

² VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

³ *Sonntag*, Einführung in das Internetrecht² (2014) 171.

Der gesamte **Offline-Bereich** soll **ausgeklammert** werden. Untersucht werden daher nur solche Fallkonstellationen, in denen der Werbende die personenbezogenen Daten des Werbeempfängers online erfasst. Natürlich gibt es in der Praxis zahlreiche Bsp, bei denen diese Daten dem Verantwortlichen offline, also körperlich, zugetragen werden. Aus Platzgründen können diese Varianten jedoch nicht besprochen werden.

Schließlich wird – wie der Titel schon verrät – bloß die **Rechtslage ab Geltung der DSGVO** besprochen, also ab 25.5.2018.⁴

1.2. Methode

Die sich hier stellenden Fragen werden zum größten Teil mittels Auslegung des vorliegenden Verordnungstextes erörtert, wobei sämtliche Interpretationsmethoden angewendet werden können. Soweit möglich, sollen auch andere Rechts- und Literaturquellen sowie die Rsp berücksichtigt werden. Da es sich bei der DSGVO allerdings um einen sehr jungen Rechtsakt handelt, dessen Regelungen erst in knapp zwei Jahren Geltung haben wird, sind die zur Verfügung stehenden Literaturquellen und Judikatur sehr rar, soweit überhaupt vorhanden. Folglich finden sich im Vergleich zu den meisten wissenschaftlichen Texten wenige Verweise auf andere Quellen und wird größtenteils versucht, eigenständige Lösungen für die aufgeworfenen Fragen anzubieten.

1.3. Ausgangsfrage

Kernfrage dieser Arbeit ist, unter welchen Umständen Online-Werbung unter Verarbeitung personenbezogener Daten nach der DSGVO zulässig ist. Wie auch bisher bietet sich natürlich das Einholen der Zustimmung der anvisierten Empfänger an. Daneben fragt sich allerdings, ob aus Art 6 Abs 1 lit f DSGVO, der die Datenverarbeitung auch bei Vorliegen eines berechtigten Interesses des Werbenden zulässt, für die Online-Werbung etwas gewonnen werden kann.

Stein des Anstoßes dieser Diskussion ist insb der letzte Satz des ErwGr 47 DSGVO, der nähere Erläuterungen zu Art 6 Abs 1 lit f DSGVO und der Frage enthält, welche berechtig-

⁴ Art 99 Abs 2 DSGVO.

ten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten eine Datenverarbeitung⁵ rechtmäßig werden lassen:

"Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden" (ErwGr 47 letzter Satz DSGVO).

Ob aus dieser Passage und der übrigen Ausführungen in diesem ErwGr auf die Rechtmäßigkeit zustimmungsfreier Online-Werbung geschlossen werden kann, soll auf den folgenden Seiten untersucht werden.

Dabei bleibt unter anderem zu klären, was die DSGVO in diesem Zusammenhang unter dem Begriff *Direktwerbung* versteht. Zudem muss geprüft werden, wer welche Daten aufgrund dieses Rechtmäßigkeitsgrunds für welche Werbeformen verarbeiten darf.

Sofern diese Untersuchung ergeben sollte, dass Art 6 Abs 1 lit f DSGVO tatsächlich ein Rechtmäßigkeitsgrund für Online-Werbung sein kann, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis diese Norm zu Art 13 ePrivacy-RL steht, der in Österreich in § 107 TKG umgesetzt wurde. Darin wird nämlich unter der Überschrift "Unerbetene Nachrichten" das grundsätzliche Erfordernis der vorherigen Einholung einer Zustimmung der anvisierten Empfänger von Direktwerbung festgeschrieben. Einzige Ausnahme ist in § 107 Abs 3 TKG geregelt und ist dermaßen eng, dass er mit Art 6 Abs 1 lit f DSGVO nicht in Einklang zu bringen ist. Wie dieser allfällige Normenkonflikt zu lösen ist, soll ebenfalls Bestandteil dieser Arbeit sein.

⁵ Zu den Definitionen s weiter unten Pkt 2.1.5.

2. Grundlagen

2.1. Begriffsbestimmungen in der DSGVO

Da sich mit der DSGVO die in Österreich bisher im Datenschutzrecht üblichen Begriffe ändern, soll an dieser Stelle – zum besseren Verständnis der nachfolgenden Passagen – eine kurze Übersicht über die neue Terminologie folgen. Diese Begriffe werden auch auf den übrigen Seiten dieser Arbeit verwendet:

2.1.1. Verantwortlicher

Der *Verantwortliche* ist "eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet" (Art 4 Z 7 DSGVO). Es handelt sich dabei also um den *Auftraggeber* gem § 4 Z 4 DSG 2000.

2.1.2. Betroffene Person

Eine *betroffene Person* ist eine aufgrund von personenbezogenen Daten "identifizierte oder identifizierbare natürliche Person" (Art 4 Z 1 DSGVO). Anders als beim DSG 2000, das auch juristische Personen und Personengemeinschaften in den Betroffenen-Begriff mit einbezieht, sind andere als natürliche Personen nach der DSGVO jedoch ausgeschlossen.⁶ Sollen Daten einer natürlichen Person verarbeitet werden, ist es grundsätzlich gleichgültig, ob es sich dabei um einen Unternehmer oder einen Verbraucher handelt. Die DSGVO ist daher nicht bloß Verbraucherrecht.

Im Übrigen decken sich die beiden Begriffe.

Zwar findet sich in § 4 Z 3 DSG 2000 keine Einschränkung auf die Identifizierbarkeit des Betroffenen. Diese Bestimmung muss jedoch zusammen mit § 4 Z 1 DSG 2000 gelesen werden, wonach *Daten* iSd DSG 2000 *personenbezogene Daten* sind, also Angaben über Betroffene, deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist. Nun kann man mE darüber streiten, ob der Betroffenen-Begriff im DSG 2000 selbst bereits voraussetzt, dass personenbezogene Daten verwendet werden: Der Begriff *Daten* in § 4 Z 1 DSG 2000 mag zwar nur personenbezogene Daten meinen, sodass die Verwendung dieses Begriffs in § 4 Z 3

⁶ Siehe auch ErwGr 14 DSGVO.

DSG 2000 diese Einschränkung bereits enthält. Allerdings ist die Formulierung in § 4 Z 1 DSG 2000 so gewählt, dass Betroffener grundsätzlich jeder sein könnte, weil erst nach Verwendung des Begriffs "Betroffener" die Einschränkung auf die Bestimmtheit bzw Bestimmbarkeit der Identität erfolgt ("Betroffene (Z 3), deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist"). Eine genauere Untersuchung ist letztendlich jedoch nicht relevant, weil sowohl das DSG 2000 als auch die DSGVO eine Einschränkung zur Identifizierbarkeit bzw Bestimmbarkeit enthalten.

2.1.3. Personenbezogene Daten

Die Beschreibung der *personenbezogenen Daten* in Art 4 Z 1 DSGVO (s dazu Pkt 2.1.2) stimmt mit jener in § 4 Z 1 DSG 2000 überein. Es handelt sich dabei um Informationen, die sich auf eine betroffene Person beziehen, also um Daten, über die eine natürlich Person direkt oder indirekt, insb mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann.

2.1.4. Sensible Daten

Im Katalog des Art 4 DSGVO findet sich keine Definition der *sensiblen Daten*. Art 9 DSGVO spricht lediglich von *besonderen Kategorien personenbezogener Daten*, meint damit jedoch die sensiblen Daten. Darunter fallen die bereits in § 4 Z 2 erwähnten Daten: zur rassischen und ethnischen Herkunft, politischen Meinung, religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit und Sexualleben. Eigens erwähnt werden jedoch darüber hinaus die sexuelle Orientierung, die nicht zwangsläufig mit dem Sexualleben übereinstimmen muss und daher mE zurecht mitaufgenommen wurde, sowie genetische Daten und biometrische Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person.

2.1.5. Verarbeitung

Der Begriff der *Datenverarbeitung* entspricht im Wesentlichen dem Begriff des Verwendens gem § 4 Z 9 DSG 2000, der sowohl das Verarbeiten als auch das Übermitteln umfasst.

2.2. Online-Werbung

Die Möglichkeiten der Werbung über das Internet sind sehr vielfältig. Neben der E-Mail- und Banner-Werbung auf Websites zählen die Suchmaschinen-Werbung (Stichwort Key-Advertising), Pop-up- sowie Pop-under-Werbung und Werbung über Social Media Portale wohl zu den bekanntesten Formen. Nicht zu vernachlässigen sind spezielle Werbeformen für mobile Endgeräte, wie bspw Banner-Werbung in Apps oder die Werbung durch den Empfang von Mitteilungen, die über die Apps erfolgen.

2.2.1. Verarbeitung personenbezogener Daten

An dieser Stelle sollen jedoch nur jene Werbeformen näher beleuchtet werden, die unter Nutzung von personenbezogenen Daten erfolgen, denn nur diese Datenverarbeitung fällt in den Anwendungsbereich der DSGVO.

Wie bereits weiter oben erwähnt,⁷ sind Daten dann personenbezogen, wenn sie sich auf eine identifizierte oder identifizierbare betroffene Person beziehen.⁸ Doch welche bei Online-Werbung verarbeiteten Daten fallen nun tatsächlich unter diesen Begriff? Während das bei der E-Mail-Adresse relativ klar ist, mag das zB bei der IP-Adresse oder bei den Daten über das Einkaufsverhalten nicht so deutlich sein. In den Materialien zum DSG wurde bereits festgehalten, dass neben der Adresse auch die Lebensgewohnheiten zu den personenbezogenen Daten zählen.⁹

Art 4 Z 1 DSGVO erwähnt als Bsp für personenbezogene Daten die Zuordenbarkeit über den Namen, Nummern, Standortdaten, Online-Kennungen oder Merkmale, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind.

"Natürlichen Personen werden unter Umständen Online-Kennungen wie IP-Adressen und Cookie-Kennungen, die sein Gerät oder Software-Anwendungen und -Tools oder Protokolle liefern, oder sonstige Kennungen wie Funkfrequenzkennzeichnungen zugeordnet. Dies kann Spuren hinterlassen, die insbesondere in Kombination mit eindeutigen Kennungen und anderen beim Server eingehenden Informationen dazu benutzt werden können, um Profile der natürlichen Personen zu erstellen und sie zu identifizieren." (ErwGr 30 DSGVO; Unterstreichungen hinzugefügt).

⁷ Siehe Pkt 2.1.3.

⁸ Art 4 Z 1 DSGVO.

⁹ Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² § 4 Anm 2.

Die Artikel-29-Datenschutzgruppe hat die Personenbezogenheit dieser Daten in einer Stellungnahme aus dem Jahr 2010 bestätigt und dies sehr anschaulich und verständlich begründet:

"i) Werbung auf Basis von Behavioural Targeting umfasst üblicherweise das Sammeln von IP-Adressen und die Verarbeitung eindeutiger Kennungen (durch den Cookie). Die Verwendung solcher Instrumente mit einer eindeutigen Kennung ermöglicht die Verfolgung von Nutzern eines bestimmten Computers, selbst wenn dynamische IP-Adressen verwendet werden. Anders ausgedrückt ermöglicht die Verwendung solcher Instrumente das 'Auswählen' einzelner betroffener Personen, selbst wenn ihr wirklicher Name nicht bekannt ist. ii) Darüber hinaus beziehen sich die Informationen, die im Zusammenhang mit Werbung auf Basis des Behavioural Targeting erhoben werden, auf die persönlichen Merkmale oder das Verhalten einer Person (d.h. es sind Informationen über die persönlichen Merkmale und das Verhalten) und sie werden dazu genutzt, diese bestimmte Person zu beeinflussen. Diese Ansicht wird weiter bestärkt, wenn man die Möglichkeit in Betracht zieht, dass die Profile jederzeit mit direkt identifizierbaren Informationen verknüpft werden können, die die betroffene Person selbst angibt, wie z. B. mit einer Registrierung verbundene Informationen. Andere Szenarien, die zu einer Identifizierbarkeit führen könnten, sind Zusammenschlüsse, Datenverluste, und die steigende Verfügbarkeit im Internet von personenbezogenen Daten in Verbindung mit IP-Adressen." (Stellungnahme 2/2010; Unterstreichungen hinzugefügt).¹⁰

Ähnliches hat die Artikel-29-Datenschutzgruppe bereits in einer anderen Stellungnahme aus dem Jahr 2008 festgehalten:

"Wenn ein Cookie eine eindeutige Benutzerkennung enthält, handelt es sich bei dieser Kennung eindeutig um personenbezogene Daten. Dauerhafte Cookies oder ähnliche Mittel mit einer eindeutigen Benutzerkennung ermöglichen die Verfolgung der Benutzer eines bestimmten Computers selbst bei Verwendung dynamischer IP-Adressen. Die Verhaltensdaten, die durch den Einsatz dieser Mittel generiert werden, ermöglichen eine noch stärkere Fokussierung auf die persönlichen Merkmale der betreffenden Person." (Stellungnahme 1/2009; Unterstreichungen hinzugefügt).¹¹

Es werden also nicht nur bei der klassischen Newsletter-Werbung personenbezogene Daten verarbeitet, sondern auch bei Banner-Werbung, sofern es sich dabei um *Behavioural Targeting* handelt.

¹⁰ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2010 zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting, 00909/10/DE, 22.6.2010, WP 171, 11.

¹¹ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 1/2009 zu Datenschutzfragen im Zusammenhang mit Suchmaschinen, 4.4.2008, 00737/DE, WP 148, 9.

2.2.2. Einteilung in Gruppen

Für die Zwecke der Rechtmäßigkeitsprüfung¹² (insb hinsichtlich des Rechtmäßigkeitsgrundes des berechtigten Interesses des Verarbeiters)¹³ sollen diese unterschiedlichen Online-Werbeformen zu Gruppen zusammengefasst werden. Irrelevant ist dabei das Endgerät der betroffenen Person, über welches die Werbung empfangen wird, weil die Einteilung möglichst **technologieneutral** erfolgen soll.

Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal ist dabei, ob die Werbung die **Sphäre** des Verantwortlichen bzw des Auftragsverarbeiters ("eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet"; Art 4 Z 8 DSGVO) verlassen hat oder nicht und somit der Sphäre des Empfängers zuzurechnen ist oder nicht. Daneben gibt es natürlich noch andere mögliche Methoden der Kategorisierung. So wäre bspw die Tatsache, ob die Werbung den Empfänger zu einer Handlung auffordert (zB Schließen eines Fensters, Löschen einer Nachricht) ein mögliches Abgrenzungsmerkmal.

In dem Kontext des Datenschutzes, der nicht nur den Schutz der personenbezogenen Daten, sondern ua auch den Schutz des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens zum Ziel hat,¹⁴ ist es mE jedoch am passendsten, zwischen solchen Werbeformen, die sehr weit in den Nahebereich des Empfängers vordringen einerseits, und solchen, die das nicht tun andererseits, zu unterscheiden.

Dabei dient nicht die Betrachtung des technischen Vorgangs als Argument für die Zuordnung in die eine oder andere Gruppe, sondern der mutmaßliche Eindruck des Durchschnittsverbrauchers:

a) Werbung in der Sphäre des Empfängers

In diese Kategorie fällt jedenfalls die klassische **E-Mail-Werbung**. Durch das Zusenden einer E-Mail verlässt die Nachricht die Sphäre des Absenders und tritt dann in jene des Empfängers. Der Absender hat nur noch sehr begrenzte Möglichkeiten, auf die bereits abgesendete E-Mail Einfluss zu nehmen (Stichwort: Rückruf). Nach Empfang der Werbebotschaft kann der Empfänger daher mit ihr verfahren, wie er möchte.

¹² Siehe Pkt 3.

¹³ Siehe hierzu weiter unten Pkt 3.2.

¹⁴ Vgl ErwGr 4 DSGVO.

Hier wird auch der Durchschnittsverbraucher zweifellos den Eindruck gewinnen, dass die Werbung seiner Sphäre und nicht der des Werbenden zuzuordnen ist. Schließlich ist die E-Mail-Werbung wohl jene Online-Werbung, die am weitesten in den persönlichen Nahebereich des Empfängers vordringt.

ME ist auch die Werbung durch App-Mitteilungen auf mobilen Endgeräten, auch als **Push-Benachrichtigungen** bekannt, in diese Gruppe einzuordnen. Im Unterschied zur E-Mail sind diese Benachrichtigungen idR flüchtig, der Empfänger kann sie nicht speichern. Damit kann er in einem geringeren Ausmaß auf die Werbebotschaft Einfluss nehmen. Dennoch dringt die Nachricht sehr weit in den Nahebereich des Empfängers ein. Mit Inbetriebnahme der App wird zudem eine eindeutige Kennung sowohl für die App als auch für das Gerät vergeben, die bei beim jeweiligen Operating system push notification service registriert werden.¹⁵ Auf diese Weise kann der Absender ganz gezielt einzelne Empfänger auswählen – die App fungiert ähnlich einer E-Mail-Adresse als eindeutige Zieladresse.

b) Werbung in der Sphäre des Verantwortlichen bzw des Auftragsverarbeiters

Die meisten Werbeformen, die man auf Websites findet, wie bspw die **Banner-Werbung**, verbleiben dagegen in der Sphäre des Verantwortlichen bzw des Auftragsverarbeiters. Schließlich verlässt die Werbung nicht die Seite des Werbenden bzw des Dritten, auf dessen Seite geworben wird. Überdies kommt der Empfänger der Werbung mit dieser bloß deshalb in Berührung, weil er die jeweilige Website ansteuert. Das ist auch dem Durchschnittsverbraucher sehr wohl bewusst, der das Surfen im Internet – im Gegensatz zum Abruf seiner Inbox – wohl nicht als seiner eigenen Sphäre zugehörig betrachten wird. Während vom Empfänger einer Werbe-E-Mail für den Empfang alleine zudem keinerlei Zutun erforderlich ist, muss er für den Empfang dieser Werbeform aktiv werden und insoweit in die Sphäre des Werbenden bzw eines Dritten eintreten.

Auch Werbeformen, die sich von den Websites quasi loslösen und damit stärker auf die Sphäre des Empfängers zusteuern, von ihm meist auch eine Handlung provozieren, wie bspw **Pop-ups** bzw **Pop-unders**, sind mE dieser Kategorie zuzuordnen. Da die

¹⁵ Siehe *Urban Airship*, Push Notifications Explained, <https://www.urbanairship.com/push-notifications-explained> (17.7.2016).

Werbung hier in Form einer Website erscheint, wird sie der Durchschnittsverbraucher auch als solche betrachten und sie der Sphäre des Absenders zuordnen und nicht als eine an eine bestimmte Adresse gerichtete Benachrichtigung wahrnehmen.

Ebenso ist mE die bloße **Banner-Werbung in Apps** auf mobilen Empfangsgeräten Teil dieser Kategorie. Zwar ist der App-Content insofern näher beim Empfänger, als dass die App – wie oben beschrieben – eine eindeutige Kennung enthält und sich auf dem Endgerät des Empfängers befindet. Sie ist somit eine eindeutige Zieladresse, weshalb man diese Werbeform durchaus auch der anderen Kategorie zuordnen könnte. Der Durchschnittsverbraucher nimmt die Werbung jedoch mE anders wahr. Die geöffnete App wirkt auf den Nutzer häufig so wie auch eine reguläre Website, weshalb er mE die Banner-Werbung in einer App ebenso einordnen würde, wie die Banner-Werbung auf einer Website.

2.3. Zulässigkeit der Datenverarbeitung nach der DSGVO

Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist an mehrere Voraussetzungen, die sogenannten Grundsätze gem Art 5 DSGVO, gebunden. So dürfen bspw nur jene Daten verarbeitet werden, die für den jeweiligen Zweck wirklich notwendig sind (Art 5 lit c DSGVO). Außerdem muss die Datenverarbeitung für die betroffene Person nachvollziehbar sein. Neben weiteren Datenverarbeitungsgrundsätzen spielt allerdings vor allem die Rechtmäßigkeit (Art 4 lit a DSGVO)¹⁶ eine besondere Rolle, die in dieser Arbeit näher beleuchtet werden soll. Gem Art 6 Abs 1 DSGVO ist eine Datenverarbeitung nur rechtmäßig, wenn eine der darin aufgezählten Fallvarianten erfüllt ist:

"(1) Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist:

- a) Die betroffene Person hat ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben;
- b) die Verarbeitung ist für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen;
- c) die Verarbeitung ist zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich, der der Verantwortliche unterliegt;

¹⁶ Vgl auch ErwGr 40 DSGVO.

- d) die Verarbeitung ist erforderlich, um lebenswichtige Interessen der betroffenen Person oder einer anderen natürlichen Person zu schützen;
- e) die Verarbeitung ist für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde;
- f) die Verarbeitung ist zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt." (Unterstreichungen hinzugefügt).

Die Liste ist zwar ihrem Wortlaut nach taxativ; es können sich allerdings daneben auch andere Rechtsgrundlagen im sonstigen Unionsrecht oder im Recht der Mitgliedstaaten finden.¹⁷

Im Zusammenhang mit der Online-Werbung kommen vorrangig zwei Rechtmäßigkeitsgründe in Betracht:

- Die Einwilligung der betroffenen Person (Art 6 Abs 1 lit a DSGVO);
- Ein berechtigtes Interesse des Verantwortlichen oder eines Dritten (Art 6 Abs 1 lit f DSGVO).

¹⁷ Siehe ErwGr 40 DSGVO.

3. Rechtmäßigkeitsgründe für Online-Werbung

3.1. Einwilligung

Dieser in Art 6 Abs 1 lit a DSGVO enthaltenen Rechtmäßigkeitsgrund soll an dieser Stelle bloß der Vollständigkeit erwähnt, jedoch nicht im Detail behandelt werden. Festgehalten wird jedenfalls, dass die Einwilligung nach wie vor ein möglicher und – wie die nachfolgende Erläuterung zeigt – sehr wichtiger Rechtmäßigkeitsgrund ist. Die mit ihr einhergehenden Rechtsfragen stellen sich aber hauptsächlich auf Ebene der Gestaltung- und Informationsanforderung. Diese ebenfalls sehr spannenden Fragen können an dieser Stelle jedoch aus Platzgründen nicht behandelt werden.

3.2. Berechtigtes Interesse des Verantwortlichen bzw eines Dritten

Schließlich kann die Datenverarbeitung auch aufgrund berechtigter Interessen des Verarbeiters bzw eines Dritten rechtmäßig sein. Es liegt auf der Hand, dass die Möglichkeit zu werben im Interesse des Verantwortlichen und allenfalls auch eines Auftragsverarbeiters oder eines Dritten ist. Dass es sich dabei auch um ein solches berechtigtes Interesse handelt, das die Datenverarbeitung zulässig machen kann, ergibt sich aus ErwGr 47 letzter Satz DSGVO:

"Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden."

Diese Passage führt allerdings zu mehreren Folgefragen, die die DSGVO unbeantwortet lässt.¹⁸ Sie sind aber für die Beantwortung der Ausgangsfrage wesentlich, ob die Datenverarbeitung zur Online-Werbung auch ohne Einwilligung der betroffenen Person zulässig ist. Daher muss zunächst geklärt werden:

- Was bedeutet Direktwerbung in diesem Zusammenhang?
- Wann ist Direktwerbung ein berechtigtes Interesse und wann nicht?

¹⁸ Kritisch dazu auch *Schrems* in *Knyrim*, Datenschutz-Grundverordnung (2016) 35.

3.2.1. Definition Direktwerbung

Den Begriff *Direktwerbung* definiert die DSGVO leider nicht. Auch in den ErwGr finden sich keine näheren Ausführungen zur Bedeutung dieses Worts, weshalb zur Ergründung zunächst auf andere Quellen zurückgegriffen werden muss:

a) Wirtschaftliche Bedeutung

Sucht man im Internet oder in Bibliotheken nach einer Erklärung, was Direktwerbung nun genau ist, wird man mit einer Fülle an zT sehr unterschiedlichen Erklärungsversuchen konfrontiert:

Im *Online-Duden* wird Direktwerbung definiert als

"direkt auf einen möglichen Endverbraucher zielende Werbung (z.B. Direct Mailing)".¹⁹

Diese Beschreibung ist denkbar weit; ein Unterschied zur Werbung als Überbegriff lässt sich hieraus nicht ableiten. Spezifischer ist die Erklärung auf *Wikipedia*:

"Direktwerbung ... bezeichnet eine individuelle, meist schriftliche Form werblicher Kommunikation zwischen Anbietern und (potentiellen) Nachfragern".²⁰

Nach dieser Ansicht ist wohl ausschlaggebend, ob die Werbung **individuell gestaltet** ist. Welcher Grad an Individualität gefordert wird, geht aus dieser Erläuterung nicht hervor. Zumindest muss es sich allerdings um Werbung handeln, die zwischen unterschiedlichen *Zielgruppen* unterscheidet. Dass in der Gestaltung zwischen den einzelnen *Zielpersonen* unterschieden wird, wird dagegen wohl nicht zu fordern sein, wenn dies auch grundsätzlich möglich wäre.

Ebenfalls auf *Wikipedia*, allerdings im Artikel zum Thema *Direktmarketing*, findet sich eine davon etwas abweichende Interpretation:

"Im Unterschied zur allgemeinen Massenwerbung hat die Direktwerbung ... eine viel höhere Zielgruppensicherheit, weil sie im Gegensatz z.B. zur Radio- oder Fernsehwerbung entweder personifiziert oder direkt zugestellt wird".²¹

Hiernach ist relevant, dass die Werbung **personalisiert**²² ist oder **dem Empfänger direkt zugestellt** wird. Hier stellt sich allerdings wieder die Frage, was unter einer per-

¹⁹ *duden.de*, Direktwerbung, <http://www.duden.de/rechtschreibung/Direktwerbung> (10.7.2016).

²⁰ *Wikipedia*, Direktwerbung, <https://de.wikipedia.org/wiki/Direktwerbung> (10.7.2016).

²¹ *Wikipedia*, Direktmarketing, <https://de.wikipedia.org/wiki/Direktmarketing> (10.7.2016).

sonalisierten Werbung zu verstehen ist: Muss der Empfänger namentlich genannt sein oder sollen die Inhalte passend zu einem bekannten Benutzerprofil gestaltet sein?

Nach der Definition von *Siegert/Brecheis* kommt es hauptsächlich auf die Möglichkeit des Empfängers an, durch die Direktwerbung mit dem Absender in Kontakt zu treten – die sogenannte **Responsemöglichkeit**:

"Werbung, bei der eine Kontaktadresse des Absenders konstitutiver Bestandteil des eingesetzten Werbemittels ist, um es den Rezipienten zu ermöglichen, ohne weitere Informationsbeschaffungsmühe mit dem Absender direkten Kontakt aufzunehmen".²³

Dieses Verständnis findet sich auch in diversen Onlinequellen, wobei zusätzlich häufig die **Zuordenbarkeit einer Rückmeldung zu einem bestimmten Kunden** gefordert wird:

"Im Gegensatz zur klassischen Werbung wird mit jeder Direktwerbeaktion versucht, einen gezielten Dialog mit einem potenziellen Kunden zu beginnen. Dazu wird dem Empfänger die Möglichkeit gegeben, per Post, Fax, Telefon oder E-Mail direkt zu antworten.

Für Direktwerbung sind drei Merkmale wesentlich: Zielrichtung auf den Einzelnen[,] Identifizierung der einzelnen Person über den Rücklauf/Response[,] Das Erfassen, Speichern, Aufbereiten der gewonnenen Daten als Grundlage für weitere Aktivitäten".²⁴

Tapella ist dagegen der Ansicht, dass Direktwerbung alle direkten, individuellen aber nicht persönlichen Formen werblicher Kommunikation bezeichne, wobei wesentlich sei, dass die Werbebotschaft **ohne Vermittlung eines Werbeträgers** erfolge. Ein Dialog mit dem Kunden werde gerade nicht angestrebt.²⁵

Schließlich gibt es noch eine Reihe weiterer Erklärungen, die meist Mischungen der bereits dargelegten Interpretationen sind. So sieht *Nalepka* bspw in der Direktwerbung eine Werbung, die sowohl **an einen bestimmten Empfänger gerichtet** ist als

²² Das Wort "personifiziert" bedeutet eigentlich "vermenschlichen" bzw "verkörpern": *duden.de*, personifizieren, <http://www.duden.de/rechtschreibung/personifizieren> (14.7.2016). Es ist daher anzunehmen, dass der Autor auf die Bedeutung des ähnlich klingenden Worts "personalisieren" hinaus wollte.

²³ *Siegert/Brecheis*, Werbung in der Medien- und Informationsgesellschaft² (2010) 40.

²⁴ *Vertriebslexikon*, Direktwerbung, <http://www.vertriebslexikon.de/Direktwerbung.html> (10.7.2016).

²⁵ *Tapella*, Recht der Direktwerbung (2008) 33.

auch eine **Aufforderung zur Rückmeldung** enthält, also eine Responsemöglichkeit bietet:

"Die Direktwerbung ist die persönliche, namentliche Ansprache der Zielpersonen und enthält eine Aufforderung zur sofortigen Reaktion".²⁶

Nach *Schweiger/Schrattenecker*²⁷ erfolgt die Direktwerbung nur dann mit **persönlicher Ansprache**, wenn sie als Individualkommunikation genutzt wird. Sie kann allerdings auch der Massenkommunikation zugeordnet werden, muss also grundsätzlich nicht eine persönliche Ansprache beinhalten, wobei die Werbung (in diesem Fall) dem Empfänger **direkt zugestellt** werden muss. Auch die **Responsemöglichkeit** ist – dem Wortlaut der Autoren folgend – nur eine optionale Eigenschaft der Direktwerbung:

"Die Direktwerbung soll hier ebenfalls zur Individualkommunikation gezählt werden ...: Sie richtet sich an namentlich ausgewählte Zielpersonen und erfüllt damit das Kriterium der Direktheit. Als zweiseitige Kommunikation kann sie aber nur angesehen werden, wenn dem Medium ... ein Antwortinstrument ... beigelegt und dieses in der Folge genutzt wird. Manche Formen der Direktwerbung, wie z.B. ungezielte Postwurfsendungen an Haushalte, sind der Massenkommunikation zuzurechnen".²⁸

Weiter hinten in derselben Quelle findet sich eine Definition, die von dem zuvor gesagten leicht abweicht:

"Unter Direktwerbung versteht man
- die direkte Übermittlung der Werbebotschaft an den Empfänger ...
- in Form eines selbständigen Werbemittels
- ohne Einschaltung eines Massenmediums".²⁹

Danach kann die Direktwerbung auch personalisiert sein; unerlässliches Kriterium ist dies allerdings keines.³⁰

Für *Fill* wiederum ist Direktwerbung ein Kommunikationsmittel des Direktmarketing.³¹

²⁶ *Nalepka*, Grundlagen der Werbung (2000) 15.

²⁷ *Schweiger/Schrattenecker*, Werbung – Eine Einführung⁸ (2013) 9.

²⁸ *Schweiger/Schrattenecker*, Werbung – Eine Einführung⁸ (2013) 9.

²⁹ *Schweiger/Schrattenecker*, Werbung – Eine Einführung⁸ (2013) 131.

³⁰ *Schweiger/Schrattenecker*, Werbung – Eine Einführung⁸ (2013) 131.

³¹ *Fill*, Marketing-Kommunikation² (2001) 28; vgl. auch *Meffert/Burmann/Kirchgeorg*, Marketing¹⁰ (2008) 671.

Dies ist nur eine kleine Auswahl aus den in der Lit zu findenden Definitionen des Begriffs *Direktwerbung*. Viele setzen ihn im Übrigen mit dem Begriff *Direktmarketing* gleich, wie bspw *Kapfer-Klug/Essl*, deren Werk den Titel "Direktwerbung" trägt und sich dann doch mit Direktmarketing befasst.³² Ebenso häufig stößt man jedoch auf den Hinweis, dass sich diese Begriffe eben nicht decken, sondern Direktwerbung ein Teilbereich des Direktmarketing sei.³³

Ein Grund für diese Vielzahl an sehr unterschiedlichen Interpretationen ist wohl die Tatsache, dass sich die Bedeutung, das Erscheinungsbild und damit auch das Verständnis dieser Werbeform mit dem Aufkommen neuer Technologien geändert hat.³⁴ Im Laufe der Zeit wurden dadurch Abgrenzungsmerkmale zur klassischen Werbung in den Hintergrund gedrängt.³⁵ Es ist daher verständlich, dass es heute nicht die eine richtige, allgemein anerkannte Definition zur Direktwerbung gibt.

Mag dieses Zwischenergebnis auch zunächst ernüchternd wirken, weil es die Suche nach dem Bedeutungsgehalt des Begriffs *Direktwerbung* iSd DSGVO verbreitert anstatt einzuengen, so verschafft es doch eine wichtige Erkenntnis: So vielzählig die Interpretationen in der Wirtschaft sind, so vielzählig sind auch die rechtlichen Bedeutungsvarianten.

b) Bedeutung in der ePrivacy-RL

Auf der Suche nach der Auslegung des Begriffs *Direktwerbung* iSd DSGVO ist zu berücksichtigen, dass dieser auch in anderen Rechtsakten der EU verwendet wird. Dabei ist vor allem die ePrivacy-RL von Bedeutung, weil dort umfangreiche Regelungen zur Zulässigkeit der Direktwerbung, nämlich im Zusammenhang mit **unerbetenen Nachrichten**, getroffen werden.

Auch bei dieser RL mangelt es jedoch an einer eindeutigen Definition; in den ErwGr finden sich aber zumindest nähere Erläuterungen, die auf das dortige Verständnis des Richtliniengebers schließen lassen:

³² *Kapfer-Klug/Essl*, *Direktwerbung* (1996); vgl auch *Albrecht*, *Das neue EU-Datenschutzrecht – von der Richtlinie zur Verordnung*, CR 2016, 88 (92).

³³ Siehe bspw *Siebert/Brecheis*, *Werbung in der Medien- und Informationsgesellschaft*² (2010) 37.

³⁴ Vgl *Kotler/Keller/Bliemel*, *Marketing-Management – Strategien für wertschaffendes Handeln*¹² (2010) 961; *Kotler/Bliemel*, *Marketing-Management – Analyse, Planung, Umsetzung*¹⁰ (2001) 1186.

³⁵ *Siebert/Brecheis*, *Werbung in der Medien- und Informationsgesellschaft*² (2010) 37.

"Es sollten Vorkehrungen getroffen werden, um die Teilnehmer gegen die Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung, insbesondere durch automatische Anrufsysteme, Faxgeräte und elektronische Post, einschließlich SMS, zu schützen. Diese Formen von unerbetenen Werbenachrichten können zum einen relativ leicht und preiswert zu versenden sein und zum anderen eine Belastung und/oder einen Kostenaufwand für den Empfänger bedeuten. Darüber hinaus kann in einigen Fällen ihr Umfang auch Schwierigkeiten für die elektronischen Kommunikationsnetze und die Endgeräte verursachen. Bei solchen Formen unerbetener Nachrichten zum Zweck der Direktwerbung ist es gerechtfertigt, zu verlangen, die Einwilligung der Empfänger einzuholen, bevor ihnen solche Nachrichten gesandt werden ..." (ErwGr 40 ePrivacy-RL).

Darin wird ausgeführt, dass die Bestimmungen zur Direktwerbung in Art 13 ePrivacy-RL dem **Schutz der Privatsphäre** der potenziellen Empfänger dienen. Die in ErwGr 40 angesprochene Belastung ist wohl als Belästigungspotenzial zu interpretieren, weil sie dem ebenso drohenden erhöhten Kostenaufwand durch Direktwerbung gegenübergestellt wird.

Der Richtliniengeber sieht den Schutz der Privatsphäre insb bei der Verwendung bestimmter Werbeträger gefährdet, wobei es sich zudem um eine Werbeform handeln muss, die mit wenig Zeit- und Kostenaufwand ein großes Publikum erreichen muss.³⁶

Das bedeutet allerdings nicht, dass der Richtliniengeber nur solche Werbeformen als Direktwerbung versteht. In ErwGr 42 ePrivacy-RL weist er sehr deutlich darauf hin, dass es auch andere Formen der Direktwerbung gibt, die von der RL aber nicht abgedeckt werden:

"Sonstige Formen der Direktwerbung, die für den Absender kostspieliger sind und für die Teilnehmer und Nutzer keine finanziellen Kosten mit sich bringen, wie Sprach-Telefonanrufe zwischen Einzelpersonen, können die Beibehaltung eines Systems rechtfertigen, bei dem die Teilnehmer oder Nutzer die Möglichkeit erhalten, zu erklären, dass sie solche Anrufe nicht erhalten möchten ..." (ErwGr 42 ePrivacy-RL).

Gänzlich unerwähnt bleiben die in der Wirtschaft mit Direktwerbung in Verbindung gebrachten Eigenschaften, also bspw die individuelle Gestaltung der Werbung oder die damit einhergehende Responsemöglichkeit. Ob sich der Richtliniengeber ob der verschiedenen Auslegungen des Begriffs *Direktwerbung* überhaupt bewusst war, geht

³⁶ Vgl den Hinweis auf Telefonwerbung, die nicht durch automatisierte Anrufsysteme, sondern von Personen getätigt werden in ErwGr 42 ePrivacy-RL.

aus der RL nicht hervor. Ebenso wenig findet sich zu diesen Überlegungen in der DSGVO und den einzelnen Verordnungsentwürfen sowie Stellungnahmen ein Hinweis.³⁷

Es kann daher angenommen werden, dass diese Aspekte für die Qualifikation als Direktwerbung für den Richtliniengeber irrelevant sind. Diese Schlussfolgerung wird auch durch die Tatsache gestützt, dass diese Gesichtspunkte für das zumindest mit der Werbung in der Sphäre des Empfängers³⁸ einhergehende Belästigungspotenzial keine Rolle spielen. Für eine allfällige Gefährdung der Privatsphäre macht es nämlich keinen Unterschied, ob die Werbung persönlich adressiert ist oder eine Feedbackfunktion enthält.

Insgesamt enthält die RL nur wenige Anhaltspunkte zu der Frage, was Direktwerbung ist bzw in welcher Weise sie sich von Werbung im Allgemeinen unterscheidet.

Die beispielhafte Aufzählung der unter Art 13 ePrivacy-RL fallenden Werbeformen in ErwGr 40 sowie die Erwähnung der Sprach-Telefonanrufe zwischen Einzelpersonen sprechen allerdings mE für die Annahme, dass es sich bei **Direktwerbung iSd ePrivacy-RL** um **Werbung in der Sphäre des Empfängers** handeln muss, wie sie oben erläutert ist (vgl Pkt 2.2.2). Schließlich werden an dieser Stelle ausschließlich Endgeräte mit einer eindeutigen und einmaligen Zieladresse erwähnt. Erfolgt die Werbung an eben diesen Endgeräten, handelt es sich mE jedenfalls um Werbung in der Sphäre des Empfängers. So wird in ErwGr 40 auch bspw die elektronische Post genannt und nicht das Internet schlechthin. Banner-Werbung hat der Richtliniengeber mE somit nicht als eine Form der Direktwerbung betrachtet.

c) Bedeutung in der DSGVO

Es läge grundsätzlich nahe anzunehmen, dass der europäische Gesetzgeber den Begriff *Direktwerbung* einheitlich ausgelegt wissen will, dass also Direktwerbung iSd DSGVO ebenfalls Werbung in der Sphäre des Empfängers ist.

³⁷ Siehe Verfahren 2012/0011/COD.

³⁸ Zur Definition s Pkt 2.2.2.a).

Allerdings verfolgt die DSGVO andere Zwecke als die ePrivacy-RL, wobei idZ vor allem das Ziel, das **Recht auf Schutz personenbezogener Daten** zu wahren, relevant ist.³⁹ Es ist zwar eng mit dem Ziel des Schutzes der Privatsphäre verwandt;⁴⁰ es geht aber über dieses hinaus und reicht auch in das wirtschaftliche oder politische Leben.⁴¹

Was der Ordnungsgeber nun unter diesem Begriff wirklich verstanden wissen wollte, lässt sich – wie bereits erwähnt – nur sehr schwer deuten. Aufgrund der Zielsetzung der DSGVO lässt sich aber zunächst festhalten, dass die Wahrung des Rechts auf Datenschutz keine Einschränkung auf Werbung in der Sphäre des Empfängers verlangt. Schließlich ist die Nutzung personenbezogener Daten nicht notgedrungen mit einem Belästigungspotenzial verbunden, das durch Art 13 ePrivacy-RL vermieden werden soll. Häufig wissen die Betroffenen gar nicht, dass und welche Daten von ihnen genutzt werden.

ME ist der Begriff der Direktwerbung iSd DSGVO daher sehr weit auszulegen und bezieht **jede Werbung** mit ein, **bei der personenbezogene Daten verarbeitet werden**. Eine tiefere Bedeutung des Wortbestandteils "direkt" ist in der gesamten VO nicht zu finden. Ein Argument für ein weites Verständnis des Begriffs Direktwerbung in der DSGVO findet sich in der französischen Fassung. Dort wird der Ausdruck *prospection* verwendet, der auf Deutsch übersetzt schlicht *Kundenwerbung* bedeutet.⁴² Es mangelt also hier überhaupt an dem Wortbestandteil "direkt".

Allerdings enthalten sowohl die englische (*direct marketing*), die spanische (*mercado-tecnia directa*) als auch die italienische (*marketing diretto*) Fassung das Element *direkt*, was wiederum gegen diese Interpretation spricht.

Dennoch: Unter Einbeziehung der Zielrichtung der DSGVO ist Direktwerbung iSd DSGVO mE jede Werbung, bei der personenbezogene Daten verarbeitet werden.

Zudem sind folgende Aspekte zu bedenken:

³⁹ Vgl. ErwGr 2 DSGVO.

⁴⁰ Vgl. bspw. KOM (2012) 11 endgültig vom 25.1.2012 Vorschlag für Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (im Folgenden: Entw-DSGVO 2012), 7.

⁴¹ Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² (Stand: 26.11.2015) § 1 Anm 5.

⁴² Siehe Pons, *prospection*, http://de.pons.com/übersetzung?q=prospection&l=de&r=ac_fr&lf=de (8.7.2016); Leo, *prospection*, https://dict.leo.org/frde/index_de.html#/search=prospection&searchLoc=0&-resultOrder=basic&multiwordShowSingle=on&pos=0 (8.7.2016).

- Durch Art 6 Abs 1 lit f DSGVO wird ein Rechtmäßigkeitsgrund für die Verarbeitung personenbezogener Daten geschaffen, nämlich das berechtigte Interesse des Verarbeiters bzw eines Dritten. Es wäre **paradox**, wenn lediglich Werbung in der Sphäre des Empfängers ein berechtigtes Interesse darstellen könnte und zu einer einwilligungsfreien Datenverarbeitung berechtigte, wo doch dieser Werbetyp weit tiefer in die Privatsphäre des Empfängers vordringt als die restlichen Werbeformen.
- Direktwerbung ist zudem nur **eines von vielen möglichen Beispielen**, die ein berechtigtes Interesse begründen können. Selbst wenn man daher den Begriff der Direktwerbung enger auslegen würde, wäre damit noch nicht ausgeschlossen, dass auch die übrigen Werbeformen grundsätzlich ein berechtigtes Interesse bedeuten könnten.

Welche Interpretation des Worts *Direktwerbung* man nun vertreten mag – sie ist nicht jedenfalls ein berechtigtes Interesse des Verantwortlichen, sondern nur ein potenziell mögliches.⁴³ Denn das berechtigte Interesse des Verantwortlichen muss besonders sorgfältig mit den Interessen sowie Grundrechten und -freiheiten der betroffenen Person abgewogen werden.⁴⁴ Es soll daher in der Folge untersucht werden, **unter welchen Bedingungen Online-Werbung gem Art 6 Abs 1 lit f DSGVO** und damit ohne Einwilligung der betroffenen Person **rechtmäßig ist**:

3.2.2. Reichweite des Rechtmäßigkeitsgrunds in Art 6 Abs 1 lit f DSGVO

Vorab soll bereits angemerkt sein, dass eine abschließende und detaillierte Beurteilung der einzelnen Teilfragen aus Platzgründen nicht möglich ist. Es sollen hier allerdings Denkanstöße für mögliche Lösungsansätze erarbeitet werden, die bei der Beantwortung konkreter Praxisfälle helfen sollen.

a) Wann darf geworben werden?

In ErwGr 47 DSGVO finden sich mehrere Aspekte, die es bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen gilt. *Kastelitz* plädiert für das Heranziehen der Stellungnahme 06/2014 der Artikel-29-Datenschutzgruppe bei der Vornahme der Interessenabwä-

⁴³ In ErwGr 47 DSGVO wird bloß festgehalten, dass Direktwerbung ein berechtigtes Interesse des Verantwortlichen sein *kann*; vgl *Schrems* in *Knyrim*, Datenschutz-Grundverordnung (2016) 36.

⁴⁴ Vgl ErwGr 47 DSGVO.

gung.⁴⁵ ME sind die Ausführungen in ErwGr 47 DSGVO aber sehr eindeutig hinsichtlich der zu berücksichtigenden Aspekte:

"Die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung kann durch die berechtigten Interessen eines Verantwortlichen ... oder eines Dritten begründet sein, sofern die Interessen oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person nicht überwiegen; dabei sind die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person, die auf ihrer Beziehung zu dem Verantwortlichen beruhen, zu berücksichtigen. Ein berechtigtes Interesse könnte beispielsweise vorliegen, wenn eine maßgebliche und angemessene Beziehung zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen besteht, z. B. wenn die betroffene Person ein Kunde des Verantwortlichen ist oder in seinen Diensten steht. Auf jeden Fall wäre das Bestehen eines berechtigten Interesses besonders sorgfältig abzuwägen, wobei auch zu prüfen ist, ob eine betroffene Person zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten und angesichts der Umstände, unter denen sie erfolgt, vernünftigerweise absehen kann, dass möglicherweise eine Verarbeitung für diesen Zweck erfolgen wird. Insbesondere dann, wenn personenbezogene Daten in Situationen verarbeitet werden, in denen eine betroffene Person vernünftigerweise nicht mit einer weiteren Verarbeitung rechnen muss, könnten die Interessen und Grundrechte der betroffenen Person das Interesse des Verantwortlichen überwiegen ..." (ErwGr 47 DSGVO; Unterstreichungen hinzugefügt).

Diese Aspekte spielen auf die Fallgestaltung, also die Situation rund um die Datenverarbeitung an. Sie beziehen sich jeweils auf die **vernünftigen Erwartungen** der betroffenen Person im Hinblick auf ...

- ... die **Beziehung** zum Verantwortlichen:

Die erwähnte maßgebliche und angemessene Beziehung zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ist ein Grund für ein berechtigtes Interesse. Der ErwGr 47 führt als Bsp für eine solche Beziehung die bestehende **Kundenbeziehung** an.⁴⁶ Von dieser auf der Hand liegenden Variante abgesehen wäre eine ein berechtigtes Interesse für die Zustellung von Werbung begründende Beziehung wohl auch dann anzunehmen, wenn die betroffene Person **Interesse an dem Verantwortlichen gezeigt** hat, bspw durch das *Liken* bzw Abonnieren der Unternehmensseite in den sozialen Medien oder die Teilnahme an einem Gewinnspiel des Verantwortlichen. Ob der **bloße Besuch** auf einer Unternehmenswebsite ausreicht ist fraglich, mE jedoch zu verneinen. Anders könnte die Beur-

⁴⁵ Kastelitz in Knyrim, Datenschutz-Grundverordnung (2016) 107.

⁴⁶ Vgl ErwGr 47 DSGVO.

teilung dieses Aspekts möglicherweise dann ausfallen, wenn die betroffene Person auf der Website des Verantwortlichen einen Bestellvorgang zumindest begonnen hat. Die Argumentation wird jedoch im Einzelfall sehr schwer werden und wohl auch davon abhängen, in welchem Bestellstadium sich die betroffene Person bei Abbruch befunden hat.

- ... die **Umstände** bei der Datenerhebung:

Hiebei ist vor allem von Bedeutung, ob die betroffene Person auch den Zweck der Datenverarbeitung erkennen konnte. Dieser Aspekt wird wohl auch stets mit dem **Beziehungs-Aspekt** ineinandergreifen. So dürfte bei einer bestehenden Kundenbeziehung der Empfänger vernünftigerweise damit rechnen können und müssen, Werbung zu erhalten, wobei hier noch im Detail untersucht werden muss, mit *welcher* Werbung er rechnen muss.⁴⁷ Auch bei einer Gewinnspielteilnahme oder dem Abonnieren bzw Folgen auf Social Media Plattformen wird die betroffene Person nicht durch Werbung des jeweiligen Verantwortlichen überrascht werden.

Allerdings können die Umstände mE auch dann dazu führen, dass die betroffene Person vernünftigerweise mit Werbung rechnen musste, wenn eine Beziehung zum Verantwortlichen verneint würde oder zumindest als so lose betrachtet wird, dass sie kein berechtigtes Interesse des Verantwortlichen begründen könnte. So wird auch der Durchschnittsverbraucher mE mit Werbung des Verantwortlichen rechnen, wenn er auf dessen Website einen **Bestellvorgang in Gang setzt**, auch wenn er diesen abbrechen sollte; an dieses Vorgehen ist er mE nämlich schon gewöhnt. Der durchschnittliche Besucher einer Website erwartet sich mE also auch ohne Vornahme einer Bestellung personalisierte Werbung. Damit wird dieser Aspekt wohl weniger rasch gegen ein berechtigtes Interesse des Verantwortlichen sprechen als die Beziehung.

Sollten die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person hinsichtlich einer dieser beiden Aspekte gegen eine Datenverarbeitung gem Art 6 Abs 1 lit f DSGVO sprechen, bedeutet das noch nicht ein endgültiges Aus für diesen Rechtmäßigkeitsgrund.

⁴⁷ Siehe dazu gleich unten Pkt 3.2.2.c).

Schließlich handelt es sich dabei nicht um ein starres System, bei dem stets beide Aspekte kumulativ für das Überwiegen der berechtigten Interessen des Verantwortlichen sprechen müssen. Vielmehr ist die Interessenabwägung als ein lockeres System zu verstehen, in dem die einzelnen Aspekte gegeneinander abzuwägen sind.

Der Ordnungsgeber dürfte im Übrigen den vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person im Hinblick auf die **Umstände** bei der Datenerhebung, aus denen die betroffene Person eine mögliche Datenverarbeitung erkennen müsste, ein **größeres Gewicht** beimessen als der Beziehung zum Verantwortlichen. Schließlich hebt er das Fehlen der Erkennbarkeit in ErwGr 47 DSGVO als möglichen Ausschlussgrund besonders hervor. Das ist durchaus schlüssig, weil – wie soeben erläutert – die Umstände weniger rasch gegen die Datenverarbeitung sprechen werden als die häufig gar nicht bestehende Beziehung zum Verantwortlichen.

b) Wer darf werben?

Die Frage, wer für Werbezwecke personenbezogene Daten der betroffenen Person verarbeiten darf, mag auf den ersten Blick verwundern: Natürlich der Verantwortliche, zum dem die eben angesprochene Beziehung besteht. Allerdings wirft das in der DSGVO angedeutete **Konzernprivileg** die Frage auf, ob auch mit dem eigentlichen Verantwortlichen verbundene Unternehmen werben dürften. Das Interesse an einer Ausweitung der Werbemöglichkeit auf konzernverbundene Unternehmen wäre jedenfalls gegeben. Werden doch derzeit bei den Zustimmungserklärungen solche Unternehmen häufig mitaufgenommen. Die relevante Passage zum Konzernprivileg findet sich in der DSGVO in ErwGr 48:

"Verantwortliche, die Teil einer Unternehmensgruppe oder einer Gruppe von Einrichtungen sind, die einer zentralen Stelle zugeordnet sind können ein berechtigtes Interesse haben, personenbezogene Daten innerhalb der Unternehmensgruppe für interne Verwaltungszwecke, einschließlich der Verarbeitung personenbezogener Daten von Kunden und Beschäftigten, zu übermitteln. Die Grundprinzipien für die Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb von Unternehmensgruppen an ein Unternehmen in einem Drittland bleiben unberührt." (ErwGr 48 DSGVO; Unterstreichungen hinzugefügt).

Ins Auge sticht sofort, dass personenbezogene Daten bloß für interne Verwaltungszwecke ausgetauscht werden dürfen. Werbung ist kein solcher interner Vorgang,

weshalb das Konzernprivileg hier **keine Ausweitung** auf andere Verantwortliche zulässt.

Das ist mE auch stimmig, schließlich würde man bei anderen Verantwortlichen ohnedies idR bei der Interessenabwägung aussteigen, weil die betroffene Person einerseits häufig keine Beziehung zu diesen Unternehmen haben wird und andererseits die Umstände bei der Datenerhebung des Verantwortlichen im Allgemeinen wohl nicht darauf schließen lassen, dass auch andere Unternehmen die erhobenen Daten zu Werbezwecken nutzen werden. Die betroffene Person wird daher nicht damit rechnen müssen, Werbung von anderen Unternehmen zu erhalten, als jenem, der die Daten ursprünglich erhoben hat.

c) Welche Daten dürfen verarbeitet werden?

Auch die Frage nach den Daten, die zu Werbezwecken verarbeitet werden dürfen, ist mE von der Interessenabwägung abhängig. Ausschlaggebend sind demnach die **vernünftigen Erwartungen** der betroffenen Person. Es muss ihr also einigermaßen bewusst sein, welche Daten von ihr erhoben werden.

Gibt sie die Daten selbst dem Verantwortlichen bekannt, bspw durch Eingabe in einer Bestellmaske, so umfasst der Rechtmäßigkeitsgrund des Art 6 Abs 1 lit f DSGVO mE den Großteil diese Daten, also bspw Name, Geburtsdatum, Kontaktdaten und Angaben zu Personenstand und Haushalt.

Anders könnte das bei Daten aussehen, die von der betroffenen Person gesammelt werden, ohne dass sie es unmittelbar bemerkt (von allfälligen aufklärenden Hinweisen abgesehen), wobei auch hier die Erwartungshaltung des durchschnittlichen Website-Besuchers für eine Datenverarbeitung spricht. So ist der gelegentliche Online-Shop-Nutzer gewohnt, dass er nach Suche eines Produkts in der Folge auf Werbeeinschaltungen zu eben diesem stoßen wird, auch wenn hier die Beziehung zum Verantwortlichen, wenn überhaupt, sehr lose gestaltet sein wird. Die Verarbeitung der IP-Adresse und des Suchverhaltens werden daher wohl im Rahmen der vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person liegen. Einschränkungen sind bei der Verarbeitung von Daten, die im Zuge eines bloßen Website-Besuchs erhoben wurden, wohl eher bei der Form der Werbung zu erwarten.

d) Zu welchem Zweck darf geworben werden?

Ist geklärt, dass geworben werden darf, stellt sich schließlich auch die Frage, **wofür**? Darf nur für solche Produkte bzw Dienstleistungen geworben werden, für die die betroffene Person Interesse gezeigt hat? Sind auch ähnliche Produkte und Dienstleistungen abgedeckt, ähnlich wie bei § 107 Abs 3 Z 2 TKG 2003? Wie sieht es mit fremden Produkten bzw Dienstleistungen aus?

Wie auch schon bei den Teilfragen zuvor ist hier die Erwartungshaltung der betroffenen Person ausschlaggebend. Konnte sie damit rechnen, dass ihre Daten zu Werbezwecken für diese oder jene Produkte bzw Dienstleistungen verwendet werden, ist die Werbung rechtmäßig iSd Art 6 Abs 1 lit f DSGVO.

Hier spielt mE der **Beziehungsaspekt** eine ausgeprägtere Rolle. Hat sich die betroffene Person in irgendeiner Weise zum Verantwortlichen bekannt, bspw durch Installation einer App, durch Einkäufe auf der Website oder durch *Liken* der Unternehmensseite in den Sozialen Medien, sind die erlaubten Werbezwecke weiter zu sehen, also bei einer sehr losen Beziehung. Diesfalls wird der Verantwortliche Werbung nicht nur für einzelne Produkte oder von bestimmten Produzenten zusenden bzw schalten dürfen, sondern kann die Werbung mE auf das gesamte Produktportfolio ausdehnen. Die durchschnittlich betroffene Person wird nämlich bei einer relativ engen Beziehung zum Verantwortlichen mit Werbung von diesem zu eben seiner gesamten Produktpalette rechnen.

Besteht dagegen nur eine sehr lose oder gar keine Beziehung, ist die betroffene Person also lediglich Besucher einer Website, ist für die Beantwortung dieser Frage mE die **Art der Website entscheidend**, auf der die Daten gesammelt werden:

- Website, auf der Produkte bzw Dienstleistungen *des Verantwortlichen*, also *eines einzigen* Unternehmers, angeboten werden

Hier ist mE klar, dass der Verantwortliche nur für **eigene Produkte** bzw Dienstleistungen werben darf, weil die betroffene Person Werbung für Fremde aufgrund der Umstände bei der Datenerhebung nicht erwarten wird.⁴⁸

⁴⁸ Siehe hierzu bereits oben Pkt 3.2.2.b).

Nicht eindeutig kann die Frage beantwortet werden, welche eigenen Produkte bzw Dienstleistungen der Verantwortliche bewerben darf. Das wird sehr stark von der Produkt- bzw Dienstleistungspalette des Unternehmens abhängen. ME ist der Maßstab hier jedoch nicht allzu hoch zu setzen. Rechnet die betroffene Person grundsätzlich mit der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zu Werbezwecken durch einen bestimmten Verantwortlichen, sollte die Art des Produkts mE nebensächlich sein. Schließlich handelt es sich bei der Interessenabwägung um ein Ventil, das die betroffene Person vor **Überrumpelung schützen** soll. Das ergibt sich mE aus ErwGr 47 DSGVO, der dabei lediglich auf die vernünftige Erwartungshaltung der betroffenen Person abstellt. Diese Überrumpelungsgefahr kann mE nicht bei einzelnen Produkt- bzw Dienstleistungsgruppen bestehen und bei anderen fehlen. Erwartet sich eine betroffene Person daher Werbung zu einem Produkt bzw einer Dienstleistung eines Verantwortlichen, schlägt die Interessenabwägung mE **auch bei anderen Produkten bzw Dienstleistungen** zugunsten des Verantwortlichen aus. Man mag argumentieren, dass vernünftigerweise bloß Werbung zu den gesuchten Artikeln erwartet werden kann, also die betroffene Person bei andere Produkten bzw Dienstleistungen sehr wohl auch überrumpelt wäre. ME wiegt jedoch die Frage, von wem sich die betroffene Person Werbung erwartet, also wen sie als potenziell Verantwortlichen identifiziert schwerer als die Frage, zu welchen Produkten sie sich die Werbung erwartet. Besucht sie eine Website eines bestimmten Unternehmers und interessiert sie sich für ein bestimmtes Produkt, ist die Überrumpelungsgefahr bei Bewerbung sonstiger Produkte dieses Unternehmers mE daher vernachlässigbar. In jedem Fall überwiegt überdies mE das Interesse des Verantwortlichen an der Bewerbung seiner Produktpalette gegenüber einer Person, die bereits Interesse an einzelnen Produkten gezeigt hat.

Fraglich ist allerdings, ob man diesen Schluss auch bei Shopping-Plattformen ziehen kann:

- Website, auf der die Produkte bzw Dienstleistungen *mehrerer* Unternehmer beworben/angeboten werden

Shopping-Plattformen wie bspw *Amazon* oder *Zalando* bieten zT sehr unterschiedliche Produkte von jedenfalls verschiedenen Anbietern an. Ist ein Kunde interessiert an dem Produkt eines **bestimmten Anbieters**, stellt sich daher die Frage, ob die Plattform der betroffenen Person – aus rein datenschutzrechtlicher Sicht; lauterkeitsrechtliche Fragen können an dieser Stelle aus Platzgründen nicht behandelt werden – auch gleiche Produkte anderer Anbieter bewerben darf.

Das ist mE idR zu verneinen: Da die betroffene Person auf diesen Plattformen nicht nach Produkten des Verantwortlichen selbst sucht, ist der Beziehungsaspekt mE zu diesem noch loser, als es bereits bei den oben besprochenen Websites der Fall ist, auf denen sich bloß Produkte bzw Dienstleistungen des Verantwortlichen selbst finden. In Wahrheit ist der Fokus der betroffenen Person auf ein bestimmtes Unternehmen der Plattform und nicht auf den Plattformbetreiber selbst gerichtet, sie ist sich der übrigen Anbieter auf der Website uU gar nicht bewusst. Damit kann sich ihre Erwartungshaltung jedoch nicht auf Werbung zu diesen anderen Unternehmern beziehen. Inwiefern sich diese Beurteilung ändert, wenn der Verantwortliche nicht nur Händler, sondern auch als Produzent auf dieser Plattform auftritt, wäre ebenso diskussionsbedürftig.

Es ist allerdings auch der umgekehrte Fall denkbar: Der Kunde sucht nach einem **bestimmten Produkt** und sieht sich dabei Artikel unterschiedlicher Hersteller an. Darf die Plattform in der Folge ganz andere Produkte eines dieser Hersteller bewerben? Dieser Fall ist mE weniger streng bzw in Anlehnung an die oben besprochene Website zu beantworten, auf der nur Produkte des Verantwortlichen beworben werden: Da die betroffene Person bereits Interesse an dem Unternehmen gezeigt hat und grundsätzlich Werbung zu diesem erwartet, wird sie Werbung zu neuen Produkten von diesem nicht überrumpeln bzw muss es diese in Kauf nehmen, weil das Interesse des Verantwortlichen überwiegen wird.

e) Wie darf geworben werden?

Die Frage hierbei ist, ob der Verantwortliche in seiner **Sphäre** oder auch in der des Empfängers werben darf⁴⁹ und welche **Kanäle** er dabei verwenden darf. Die Antwort darauf lautet – wie auch bei den vorangehenden Teilfragen zuvor –, dass stets nur das erlaubt ist, womit die betroffene Person vernünftigerweise rechnen musste.

IdZ spielt mE der **Beziehungsaspekt** ebenfalls – wie auch bei der Frage nach den möglichen Werbezwecken⁵⁰ – eine große Rolle. Hat die Verbindung eine gewisse Intensitätsstufe erreicht, besteht also bspw eine Kundenbeziehung, kann auch eine Kontaktaufnahme in der Sphäre der betroffenen Person erwartet werden, selbst wenn die konkret zu verarbeiteten Daten nur in der Sphäre des Verantwortlichen gesammelt wurden.

Sofern die Beziehung zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen die erforderliche Intensität nicht erreicht, ist mE für die Beurteilung dieser Frage ausschlaggebend, **wie die Datenerhebung erfolgte**:

- Hat die betroffene Person bspw eine E-Mail-Anfrage zu einem Produkt übermittelt, hat die Kontaktaufnahme somit aus der Sphäre der betroffenen Person heraus stattgefunden, kann der Verantwortliche auch in der Sphäre des Empfängers werben.
- Wurde die E-Mail-Adresse dagegen bloß im Zuge eines Besuchs auf der Website bei einem abgebrochenen Warenkauf angegeben, kann die betroffene Person nicht mit Werbung in ihrer Sphäre rechnen. Der Verantwortliche wäre mE auf Werbung in seiner bzw in der Sphäre Dritter beschränkt.

Auch hier wird die Beurteilung jedoch stark vom jeweiligen Einzelfall abhängig sein, weshalb eine abschließende Beantwortung dieser Teilfrage nicht möglich ist.

⁴⁹ Vgl hierzu Pkt 2.2.2.

⁵⁰ Siehe Pkt 3.2.2.d).

3.2.3. Verhältnis zur Regelung betreffend Unerbetene Nachrichten

Schließlich stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis Art 6 Abs 1 lit f DSGVO und § 107 TKG zueinanderstehen. Letztere Bestimmung legt nämlich unter anderem fest, dass Direktwerbung via E-Mail nur bei vorheriger Einwilligung des Empfängers zulässig ist:

"(2) Die Zusendung einer elektronischen Post – einschließlich SMS – ist ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, wenn

1. die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt oder
2. an mehr als 50 Empfänger gerichtet ist." (§ 107 Abs 2 TKG 2003; Unterstreichungen hinzugefügt).

Eine vorherige Zustimmung ist nur dann nicht erforderlich, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind, wobei insb relevant ist, dass die Daten im Zuge des Verkaufs eines Produkts bzw der Erbringung einer Dienstleistung erhoben wurde und lediglich eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen beworben werden. Zudem darf der Empfänger nicht auf der Robinson-Liste stehen und muss die Möglichkeit haben, dieser Nutzung zu widersprechen:

"(3) Eine vorherige Zustimmung für die Zusendung elektronischer Post gemäß Abs. 2 ist dann nicht notwendig, wenn

1. der Absender die Kontaktinformation für die Nachricht im Zusammenhang mit dem Verkauf oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhalten hat und
2. diese Nachricht zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgt und
3. der Empfänger klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei deren Erhebung und zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen und
4. der Empfänger die Zusendung nicht von vornherein, insbesondere nicht durch Eintragung in die in § 7 Abs. 2 E-Commerce-Gesetz genannte Liste, abgelehnt hat." (§ 107 Abs 3 TKG; Unterstreichungen hinzugefügt).

Neben dieser sehr eingeschränkten Ausnahme ermöglicht Art 6 Abs 1 lit f DSGVO aber nun (ab 25.5.2018) die einwilligungsfreie Zusendung von Direktwerbung. Wie weiter oben dargelegt, wird hier die Ansicht vertreten, dass dadurch auch außerhalb von Kundenbeziehungen Werbung rechtmäßig sein kann.⁵¹ Damit widersprechen sich diese beiden Bestimmungen jedoch in einem ganz wesentlichen Punkt.

§ 107 TKG basiert auf der bereits erwähnten ePrivacy-RL, nämlich auf **Art 13 ePrivacy-RL**:

⁵¹ Siehe Pkt 3.2.2.a).

"(1) Die Verwendung von automatischen Anruf- und Kommunikationssystemen ohne menschlichen Eingriff (automatische Anrufmaschinen), Faxgeräten oder elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung darf nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer oder Nutzer gestattet werden.

(2) Ungeachtet des Absatzes 1 kann eine natürliche oder juristische Person, wenn sie von ihren Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung gemäß der Richtlinie 95/46/EG deren elektronische Kontaktinformationen für elektronische Post erhalten hat, diese zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen verwenden, sofern die Kunden klar und deutlich die Möglichkeit erhalten, eine solche Nutzung ihrer elektronischen Kontaktinformationen zum Zeitpunkt ihrer Erhebung und bei jeder Übertragung gebührenfrei und problemlos abzulehnen, wenn der Kunde diese Nutzung nicht von vornherein abgelehnt hat." (Unterstreichungen hinzugefügt).

Diese Norm ist ebenso wie Art 6 Abs 1 lit f DSGVO Teil des Sekundärrechts. Die DSGVO und ePrivacy-RL stehen daher auf ein und **derselben Ebene im Stufenbau** der Rechtsordnung.

Allerdings decken sich die **Anwendungsbereiche** dieser beiden Rechtsakte nicht ganz, weil – wie weiter oben erläutert wurde – die Bedeutung des Begriffs *Direktwerbung* in der DSGVO weiter ist als in der ePrivacy-RL.⁵² Der Normenkonflikt besteht daher mE nur bei Werbung in der Sphäre des Empfängers, während bei Werbung in der Sphäre des Verantwortlichen bzw eines Dritten die ePrivacy-RL ohnedies nicht anzuwenden ist.

Für diesen Bereich stellt sich nun die Frage, welche der beiden Rechtsakte Vorrang hat. Art 95 DSGVO hält dazu Folgendes fest:

"Diese Verordnung erlegt natürlichen oder juristischen Personen in Bezug auf die Verarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Union keine zusätzlichen Pflichten auf, soweit sie besonderen in der Richtlinie 2002/58/EG festgelegten Pflichten unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen." (Unterstreichungen hinzugefügt).

Auf diese Kollisionsnorm nimmt zudem ErwGr 173 DSGVO Bezug:

"Diese Verordnung sollte auf alle Fragen des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten Anwendung finden, die nicht den in der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates bestimmte Pflichten, die dasselbe Ziel verfolgen, unterliegen, einschließlich der Pflichten des Verantwortlichen und der Rechte natürlicher Personen. Um das Verhältnis zwischen der vorliegenden Verordnung und

⁵² Siehe dazu Pkt 3.2.1.b) sowie 3.2.1.c).

der Richtlinie 2002/58/EG klarzustellen, sollte die Richtlinie entsprechend geändert werden. Sobald diese Verordnung angenommen ist, sollte die Richtlinie 2002/58/EG einer Überprüfung unterzogen werden, um insbesondere die Kohärenz mit dieser Verordnung zu gewährleisten." (ErwGr 173 DSGVO; Unterstreichungen hinzugefügt).

Diese Norm mag auf den ersten Blick den Vorrang der ePrivacy-RL festlegen. Tatsächlich ist sie jedoch auf den hier vorliegenden Normenkonflikt überhaupt nicht anwendbar.

Zum einen ist fraglich, ob die beiden Bestimmungen wirklich **dasselbe Ziel** iSv Art 95 DSGVO verfolgen. Während nämlich Art 13 ePrivacy-RL die Privatsphäre der betroffenen Person schützen will,⁵³ dient die DSGVO dem Schutz der personenbezogenen Daten. Die Interessenabwägung bei der Prüfung, ob die Datenverarbeitung aufgrund eines berechtigten Interesses des Verantwortlichen oder eines Dritten rechtmäßig ist, hat ergeben, dass dabei entscheidend ist, ob die betroffene Person mit der Datenverarbeitung zu Werbezwecken vernünftigerweise rechnen kann. Damit dient sie insb dem Schutz vor Überrumpelung. Art 13 ePrivacy-RL will den Empfänger hingegen vor einer Belastung und/oder vor einem Kostenaufwand schützen.⁵⁴

Zum anderen regelt Art 95 DSGVO nur den Fall, dass die DSGVO weitergehende **Pflichten** auferlegt. Art 6 Abs 1 lit f DSGVO legt jedoch überhaupt keine weiteren Pflichten auf, als dies Art 13 ePrivacy-RL tut, sondern räumt dem Verantwortlichen weitere **Rechte** ein, nämlich die Verarbeitung personenbezogener Daten ohne vorheriger Einwilligung der betroffenen Person. Welcher Rechtsakt in diesem Fall Vorrang genießt, wird in Art 95 DSGVO aber nicht behandelt.

Nun kann dem Ordnungsgeber nicht unterstellt werden, er hätte diesen Normenkonflikt nicht bedacht; schließlich zeigt die Existenz des Art 95 DSGVO und des ErwGr 173 DSGVO, dass er sich der Widersprüche durchaus **bewusst** war. Er erwähnt sogar die Notwendigkeit, die ePrivacy-RL entsprechend anzupassen, was mE für den Vorrang der DSGVO spricht.

Andererseits könnte man auch aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen und der einander nicht deckenden Anwendungsbereiche zu der Annahme gelangen, dass die DSGVO bloß dort uneingeschränkt gilt, wo die ePrivacy-RL nicht zur Anwendung gelangt.

⁵³ Siehe dazu Pkt 3.2.1.b).

⁵⁴ Siehe ErwGr 40 ePrivacy-RL.

Der Rechtmäßigkeitsgrund in Art 6 Abs 1 lit f DSGVO könnte sich damit auf Werbung in der Sphäre des Verantwortlichen bzw eines Dritten beschränken; bei Werbung in der Sphäre des Empfängers würde dann – wie bisher – Art 13 ePrivacy-RL gelten. Das wäre aber deshalb unlogisch, weil Werbung in der Sphäre des Empfängers idR nach der oben erfolgten Prüfung der DSGVO ohnedies nur möglich ist, wenn der Beziehungsaspekt eine gewisse Intensität aufweist.⁵⁵ Der Rechtmäßigkeitsgrund des berechtigten Interesses des Verantwortlichen bzw eines Dritten hätte also gerade dann keine Bedeutung, wenn das berechnigte Interesse im Vergleich zu den Interessen der betroffenen Person besonders ausgeprägt ist. Das kann der Verordnungsgeber mE so nicht gewollt haben.

Nun könnte man mit der *lex posterior derogat legi priori* Regelung zu dem Schluss gelangen, dass Art 13 ePrivacy-RL durch die Regelung der DSGVO teilweise außer Kraft gesetzt wird. Die Annahme einer Derogation ist jedoch mE gar nicht erforderlich:

Ein Bestehen beider Regelungen ist nämlich dann denkbar, wenn man Art 6 Abs 1 lit f DSGVO als **zusätzliche Ausnahme vom absoluten Zustimmungserfordernis** in Art 13 Abs 1 ePrivacy-RL betrachtet, wie es auch eine in dessen Abs 2 gibt. Damit würde der Tatsache Rechnung getragen werden, dass Art 13 ePrivacy-RL eben doch eine andere Zielsetzung verfolgt, die von Art 6 Abs 1 lit f DSGVO nicht berücksichtigt wird, und so ein Weiterbestehen beider Regelungen ermöglicht.

⁵⁵ Siehe Pkt 3.2.2.e).

4. Conclusio

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Verarbeitung personenbezogener Daten für Online-Werbung erfolgen darf, ist zunächst einfach zu beantworten: Wenn eine Einwilligung der betroffenen Person vorliegt (Art 6 Abs 1 lit a DSGVO) oder das berechtigte Interesse des Verantwortlichen die Interessen der betroffenen Person überwiegt (Art 6 Abs 1 lit f DSGVO).

Es ist vor allem dieser zweite Rechtmäßigkeitsgrund, der dem Leser der DSGVO mehrere Rätsel aufgibt. Die zentralen Erkenntnisse dieser Untersuchung sind wie folgt:

- **Jegliche Online-Werbung kann ein berechtigtes Interesse des Verantwortlichen für die Datenverarbeitung sein:** Der in ErwGr 47 DSGVO verwendete Begriff *Direktwerbung* ist einerseits sehr weit auszulegen und andererseits ohnedies nur ein Bsp für ein berechtigtes Interesse, weshalb mE Werbung schlechthin ein berechtigtes Interesse sein kann.
- Das berechtigte Interesse des Verantwortlichen muss mit den Interessen der betroffenen Person abgewogen werden. Bei dieser Interessenabwägung wird **geprüft, ob die betroffene Person im Hinblick auf die Beziehung zum Verantwortlichen und die Umstände bei der Datenerhebung vernünftigerweise mit der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten für Werbung rechnen konnte.**
- **Diese Interessenabwägung muss hinsichtlich der einzelnen Aspekte der geplanten Online-Werbung vorgenommen werden.** So muss vor allem geprüft werden, welche Daten zur Bewerbung welcher Produkte bzw Dienstleistungen verarbeitet werden und über welche Kanäle geworben werden darf.

Diese Interessenabwägung ist ein komplexes Unterfangen und konnte im Rahmen dieser Masterarbeit nur in groben Zügen vorgenommen werden, weil aus Platzgründen nicht auf alle möglichen Werbeformen und Fallkonstellationen im Detail eingegangen werden konnte. Um dennoch einige Denkansätze für diese Prüfungen anzubieten, wurden stets einzelne Problemkreise angesprochen.

Gelangt man aufgrund der Interessenabwägung zu dem Schluss, dass die geplante Online-Werbung auch ohne vorherige Einwilligung der betroffenen Person rechtmäßig wäre,

stellt sich allerdings die Frage, ob nicht aufgrund **Art 13 ePrivacy-RL** (in Österreich in § 107 TKG umgesetzt) dennoch eine vorherige Zustimmung eingeholt werden muss. Dabei ist zunächst zu beachten, dass die Anwendungsbereiche mE nur teilweise deckungsgleich sind: Während Art 13 ePrivacy-RL bloß die Werbung in der Sphäre des Empfängers betrifft, erstreckt sich die DSGVO auch auf die Werbung in der Sphäre des Verantwortlichen.⁵⁶ Eine die unterschiedlichen Ziele berücksichtigende und mE auch formschöne Lösung dieses Normenkonflikts ist die Annahme, dass **Art 6 Abs 1 lit f DSGVO eine zusätzliche Ausnahmebestimmung zu Art 13 Abs 1 ePrivacy-RL** darstellt, wie sie es bereits in dessen Abs 2 gibt.

An dieser Stelle soll allerdings festgehalten werden, dass eine ganze Reihe an Unklarheiten mit Art 6 Abs 1 lit f DSGVO verbunden sind und andere Lehrmeinungen nicht nur denkbar, sondern sehr wahrscheinlich sind. Der **Praxis** ist daher trotz der hier vertretenen Ansicht **zu raten, stets** – solange Art 13 ePrivacy-RL unverändert weiterbesteht und der europäische Gesetzgeber zu diesem Normenkonflikt keine Stellungnahme abgibt – eine (die Form- und Inhaltsvorschriften einhaltende) **Einwilligung** der betroffenen Person für die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten für die geplante Werbung **einzuholen**.

⁵⁶ Siehe zu der hier vorgenommenen Einteilung der Werbeformen Pkt 2.2.2.

5. Abstract

5.1. Deutsch

Diese Arbeit befasst sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Verarbeitung personenbezogener Daten zur Online-Werbung nach der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) zulässig ist. Dabei wird insb Art 6 Abs 1 lit f DSGVO und die Bedeutung des sich darauf beziehenden Erwägungsgrunds (ErwGr) 47 DSGVO näher beleuchtet.

Einer der zentralen Punkte dieser Untersuchung ist die Auslegung des Begriffs *Direktwerbung* in ErwGr 47 DSGVO. Hierfür wird die Bedeutung in der Wirtschaft sowie in der ePrivacy-RL erörtert, wo dieser Begriff im Zusammenhang mit unerbetenen Nachrichten verwendet wird. Außerdem wird die Reichweite des Rechtmäßigkeitsgrunds in Art 6 Abs 1 lit f DSGVO untersucht und unter anderem geprüft, wer welche Daten zu welchen Werbezwecken verarbeiten und in welcher Form dabei geworben werden darf.

Schließlich wird versucht, den Normenkonflikt von Art 6 Abs 1 lit f DSGVO und Art 13 ePrivacy-RL zu lösen.

5.2. English

This paper examines the question, under which circumstances the General Data Protection Regulation (GDPR) allows the processing of personal data for online advertisements. Art 6 para 1 litera f GDPR and the Recital 47 GDPR are of particular importance, since they offer the possibility of processing personal data for direct marketing without previous consent of the data subject.

One of the key issues concerns the interpretation of the term *direct marketing*. The paper looks into the meaning in the economy as well as in the ePrivacy Directive. Furthermore, the paper examines the scope of the reason for lawfulness in Art 6 para 1 litera f GDPR. The essential questions are: Who may process what kind of data for what purposes precisely and what types of advertisement is allowed.

Finally, the paper tries to find a solution for the conflict of laws that exists between Art 6 para 1 litera f GDPR and Art 13 ePrivacy Directive.

6. Quellenverzeichnis

6.1. Rechtsquellen

- Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz 2000 – DSG 2000) BGBl I 1999/165 idF BGBl I 2015/132. (kurz: DSG)
- Erläuterte Regierungsvorlage des DSG 2000, 1613 BlgNR 20. GP,
https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XX/I/I_01613/fname_140537.pdf
(17.02.2013). (kurz: ErläutRV)
- Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird (Telekommunikationsgesetz 2003 – TKG 2003) BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2016/6. (kurz: TKG)
- VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung). (kurz: DSGVO)
- KOM (2012) 11 endgültig vom 25.1.2012 Vorschlag für Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung). (kurz: Entw-DSGVO 2012)
- RL 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation). (kurz: ePrivacy-RL)
- Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 2/2010 zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting, 00909/10/DE, WP 171.

6.2. Literaturquellen

- Albrecht*, Das neue EU-Datenschutzrecht – von der Richtlinie zur Verordnung, CR 2016, 88
- Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² (Stand: 26.11.2015)
- Fill*, Marketing-Kommunikation² (2001)
- Kapfer-Klug/Essl*, Direktwerbung (1996)
- Knyrim*, Datenschutz-Grundverordnung (2016)
- Kotler/Bliemel*, Marketing-Management – Analyse, Planung, Umsetzung¹⁰ (2001)
- Kotler/Keller/Bliemel*, Marketing-Management – Strategien für wertschaffendes Handeln¹² (2010)
- Meffert/Burmann/Kirchgeorg*, Marketing¹⁰ (2008)
- Nalepka*, Grundlagen der Werbung (2000)
- Schweiger/Schrattenecker*, Werbung – Eine Einführung⁸ (2013)
- Siebert/Brecheis*, Werbung in der Medien- und Informationsgesellschaft² (2010)
- Sonntag*, Einführung in das Internetrecht² (2014)
- Tapella*, Recht der Direktwerbung (2008)