

---

# HÄRTING

---

ALLES AUS?  
NEUES DATENSCHUTZRECHT 2018 UND ONLINE-MARKETING

---

Dr. Martin Schirnbacher | HÄRTING Rechtsanwälte  
SEO Campixx 2018, 2.3.2018

---



## GESAMTÜBERSICHT

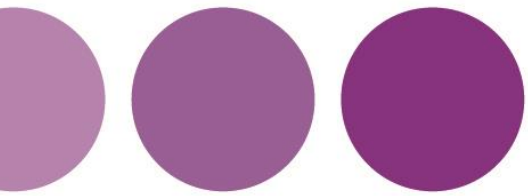
- DSGVO – Grundlagen
  - Rechtsrahmen, Bußgelder, Personenbezug, Verbotsprinzip
- Tracking und Targeting
  - Tracking, Re-Targeting, Facebook Audiences
- E-Mail-Marketing
  - DOI, UWG, Bestandskundenwerbung, Werbeaussteuerung
- Kleines DSGVO-Projekt
  - Herangehen, Must-Haves, Priorisierung



# DSGVO - Grundlagen



# Die DSGVO kommt...



...genau genommen  
ist sie schon da...

## RECHTSRAHMEN UND WIRKSAMWERDEN

- DSGVO – Datenschutz-Grundverordnung
  - am 25.5.2016 in Kraft getreten
  - 99 Artikel, 173 Erwägungsgründe
  - Anwendung ab dem 25.5.2018
- Ablösung nationaler Regelungen aus BDSG, TMG und TKG
- Öffnungsklauseln
- BDSG-neu
- Unsicherheitsfaktor: ePrivacy-Verordnung



# Die DSGVO ist...



...good news...



## DIE DSGVO IST GOOD NEWS...

... für internationale Unternehmen,

weil sie einheitlich in der gesamten Europäischen Union  
und auch für ausländische Unternehmen gilt

... für uns alle,

weil sich der Umgang mit personenbezogenen Daten  
derzeit gravierend ändert und ein deutlich  
stärkeres Bewusstsein für den Datenschutz besteht

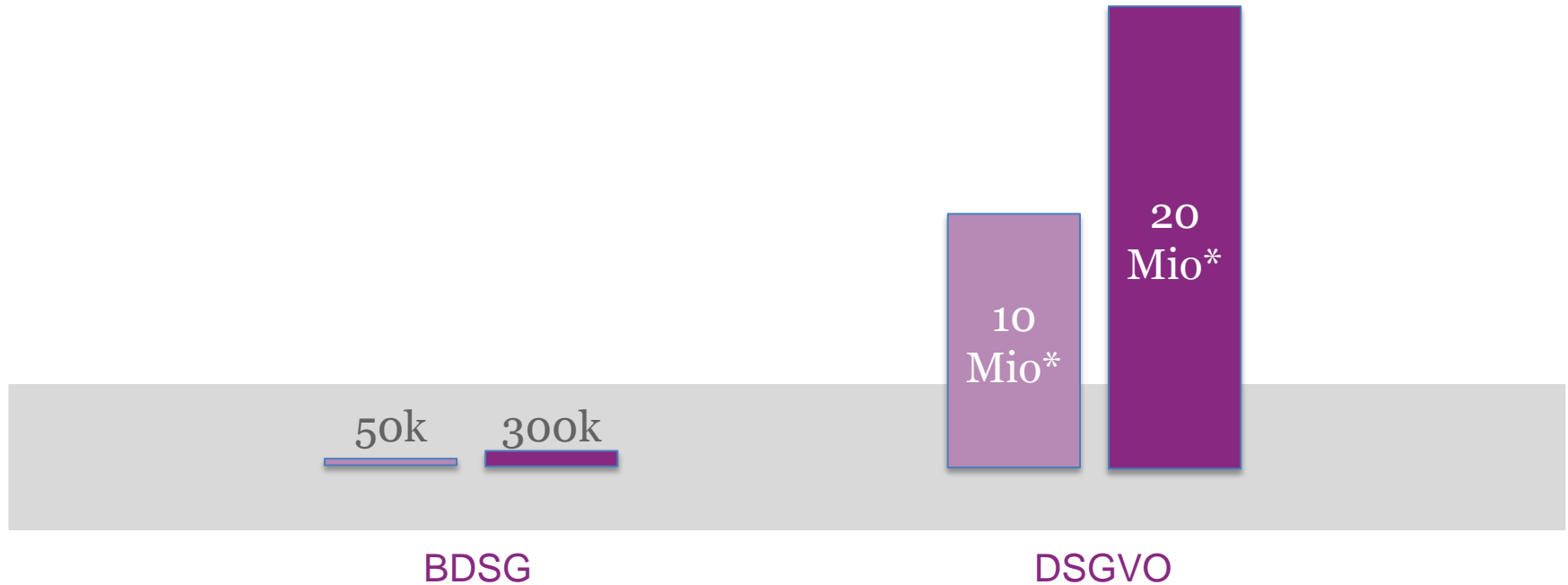
... vor allem für Anwälte und Berater,

weil wir uns eine bessere ABM kaum wünschen konnten



...not so good news...

## BUSSGELDRAHMEN



\* bzw. 2 % oder 4% vom weltweiten Jahresumsatz

## EINIGE ÄNDERUNGEN

- Umkehrung der Beweislast für die Einhaltung der Datenschutzgesetze
  - ✓ Pflicht zum Führen und Vorlage von Verfahrensverzeichnissen
  - ✓ Umfassende Rechenschaftspflichten
  - ✓ Erweiterte Pflicht zur Meldungen von Datenschutzverstößen
- Neue Betroffenenrechte
  - ✓ Privacy by Design
  - ✓ Privacy by Default
  - ✓ Recht auf Datenübertragbarkeit
- Deutlich erweiterte behördliche Sanktionsmöglichkeiten
- Viele Änderungen, viel Unklarheit im Detail



# Verbotsprinzip

## PERSONENBEZOGENE DATEN

- ...alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen (Art. 4 Nr. 1 DSGVO)
- jedenfalls jede Information, die einer natürlichen Person zugeordnet ist, hat Personenbezug
- als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung ... identifiziert werden kann
- Online Identifier haben Personenbezug
- Pseudonyme Daten sind personenbezogene Daten

## RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE

Verarbeitung personenbezogener Daten ist verboten...  
...es sei denn...

Einwilligung  
des  
Betroffenen






Vertrag oder  
ähnliche  
Verbindung

Berechtigtes  
Interesse des  
Unternehmens

**und/oder**

**und/oder**

## PRÜFUNGSUNKTE EINWILLIGUNG

	<b>Freiwillige Erteilung</b>	Grundsatz der Freiwilligkeit
	<b>Kopplungsverbot</b>	Wortlaut nicht ergiebig ✓ keine Beschränkung auf Fälle, in denen der Betroffene keine gleichwertige Alternative hat ✓ Kopplung jedenfalls nicht per se verboten → Interessenabwägung
	<b>Kein klares Ungleichgewicht</b>	Einzelheiten unklar wohl keine Anwendung bei B2B
	<b>Gesonderte Einwilligung</b>	Trend zur granularen Einwilligung Einzelheiten unklar
	<b>Vorabinformation</b>	Datenschutzinformation Widerrufsbelehrung Zweckbindung



## PRÜFUNGSUNKTE: BERECHTIGTES INTERESSE

<b>1.</b>	<b>Berechtigtes Interesse</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• jedes legale auch wirtschaftliche Interesse</li><li>• geeignetes Interesse richtet sich nach dem Verarbeitungszweck</li></ul>
<b>2.</b>	<b>Notwendigkeit</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• bloße Zweckmäßigkeit nicht ausreichend</li><li>• aber auch nicht Erforderlichkeit im engeren Sinne</li></ul>
<b>3.</b>	<b>Kein Überwiegen der Interessen der Betroffenen</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Gesetzlich anerkanntes Interesse<ul style="list-style-type: none"><li>✓ Direktwerbung, Betrugsverhinderung</li></ul></li><li>• Gesetzlich vermutetes Interesse<ul style="list-style-type: none"><li>✓ Kundenbeziehung, interne Verwaltungszwecke</li></ul></li><li>• Maßgeblich: „<b>vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person</b>“</li><li>• Erwartungen nicht ohne Weiteres durch Information formbar</li></ul>

## OPT-OUT-MÖGLICHKEIT

- Widerrufsrecht bei Einwilligung, Art. 7 Abs. 3 DSGVO
  - Widerspruchsrecht bei berechtigten Interessen, Art. 21 Abs. 1 DSGVO
    - besondere Situation des Betroffenen als Voraussetzung, die über das hinaus geht, was bereits Bestandteil der ersten Interessenabwägung war
    - Verarbeitungsstopp bis zur Prüfung des Widerspruchs
    - zweite Interessenabwägung
  - Widerspruch bei Direktwerbung und Profiling, Art. 21 Abs. 2 und 3 DSGVO
    - Begründung nicht notwendig, da Weiterverarbeitung nicht vorgesehen
    - Verarbeitungsstopp
- stets Opt-out-Möglichkeit für den Nutzer bei Direktmarketing



# Informationspflichten und Transparenz

## DATENSCHUTZERKLÄRUNG

- Pflicht zur Information über die Datenerhebung (online und offline)
- Mindestinhalt einer Datenschutzzinformation, u.a.
  - Namen und Kontaktdaten des Verantwortlichen sowie ggf. seines Vertreters
  - Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten
  - Zwecke und Rechtsgrundlagen der Datenverarbeitung
  - Ggf. die berechtigten Interessen an einer Datenverarbeitung
  - Ggf. Empfänger oder Kategorien von Empfängern der personenbezogenen Daten
  - Dauer der Datenspeicherung (Löschkonzept)
  - Bestehen von Betroffenenrechten wie Auskunft, Berichtigung, Löschung, Sperrung, Widerrufsrecht, Widerspruchsrecht, Datenübertragbarkeit

→ Deutlich umfangreichere Datenschutzerklärung, detaillierte Prüfung erforderlich



# Tracking und Targeting



# Tracking

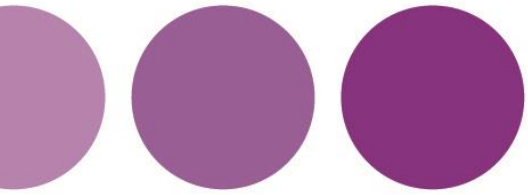
## BEISPIEL: TRACKING

		Mask-IP	ungekürzte IP	Cross Device
0.	<b>Personenbezug</b>	(+/-)	(+)	(+)
1.	<b>Berechtigtes Interesse</b>	(+) Direktmarketing	(+) Direktmarketing	(+) Direktmarketing
2.	<b>Notwendigkeit</b>	(+)	(+/-)	(+)
3.	<b>Kein Überwiegen der Interessen des Nutzers</b>	(+)	(+/-)	(-)

## TRACKING: UMSETZUNG NACH DSGVO

- Personenbezug: im Zweifel gegeben
- Erforderlich: Konkretes Assessment von Notwendigkeit und beidseitigen Interessen für jede Trackingmethode
- Schutz der Daten erforderlich (TOM)
- Anpassung der Datenschutzerklärung
- Umsetzung von Opt-out-Möglichkeit
- Zusätzliche Einwilligung?
  - nur bei Freiwilligkeit = echte Wahlmöglichkeit?
  - Umsetzung in Cookie-Bar mit Weiternutzung als Zustimmung?





# Targeting

## TARGETING

		Re-Targeting	OBA	FB Audiences
0.	<b>Personenbezug</b>	(+)	(+)	(+)
1.	<b>Berechtigtes Interesse</b>	(+) Direktmarketing	(+) Direktmarketing	(+) Direktmarketing
2.	<b>Notwendigkeit</b>	(+)	(+)	(+)
3.	<b>Kein Überwiegen der Interessen des Nutzers</b>	Einfaches Re-Targeting (+) Cross-Device-Targeting (-)	(+/-) Bei Einhaltung von Branchenstandards denkbar	FB-Pixel (+) Audiences anhand von E-Mail-Adressen (-)

## WIDERSPRUCHSRECHT

- Für das Widerspruchsrecht gelten gesonderte Informations- bzw. Hinweispflichten
- (P) Von anderen Informationen getrennt
- In der Datenschutzerklärung muss gem. Art. 21 Abs. 4 DSGVO ein
  - „Hinweis ... in einer verständlichen und von anderen Informationen getrennten Form ... erfolgen.
  - i.d.R. Umrandung, Fettschrift, farbige Hervorhebung
  - Kann aber auch als gesonderte Information außerhalb der DSE verstanden werden



# E-Mail-Marketing

## RECHTSQUELLEN IM E-MAIL-MARKETING

	<b>Wettbewerbs- recht</b>	<b>Datenschutzrecht</b>	<b>Zivilrecht</b>
<b>Deutschland</b>	<b>§ 7 UWG</b>	<b>(BDSG) TMG</b>	<b>§ 823 BGB § 1004 BGB</b>
<b>EU</b>	<b>UGP-RL</b>	<b><del>EU-DS-RL</del> DSGVO <del>ePrivacy-RL</del> ePrivacyVO</b>	

## § 7 UWG – DIE ZULÄSSIGKEITSAMPEL

	Post	Telefon		Fax	E-Mail
ausdrückliche Einwilligung		Abs. 2 Nr. 2		Abs. 2 Nr. 3	
mutmaßliche Einwilligung		B2C	B2B	Abs. 2 Nr. 3	
Bestandskunden		Abs. 2 Nr. 2	Abs. 2 Nr. 2	Abs. 2 Nr. 3	Abs. 3
keine Äußerung		Abs. 2 Nr. 2		Abs. 2 Nr. 3	
erkennbar unerwünscht	Abs. 1 S. 2				

## GRUNDLAGEN

- An der Double-Opt-in-Empfehlung ändert sich nichts
- Einwilligung in die Werbung per E-Mail enthält weiterhin Einwilligung in die Verarbeitung der Daten zu Werbezwecken iSv Art. 4 Nr. 11 DSGVO
- Aber:
  - Belehrung über Identität des Verantwortlichen
  - Angaben zu den Zwecken, denen die Datenverarbeitung dient
  - Recht auf Widerruf der Einwilligung
  - Allgemeine Informationspflichten, Art. 13 DSGVO

## WERBUNG AN BESTANDSKUNDEN NACH UWG

- E-Mail-Werbung im Rahmen von § 7 Abs. 3 UWG
  - E-Mail-Adresse im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts erhalten
  - Werbung für eigene ähnliche Produkte
  - kein Widerspruch des Kunden
  - Hinweis auf Widerspruchsmöglichkeit bei Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen



## WERBUNG AN BESTANDSKUNDEN NACH DSGVO

1.	<b>Berechtigtes Interesse</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• ErwGr (47) S. 6 DSGVO: Direktwerbung</li><li>• Hier: Bestandskunden</li><li>• Legales Direktmarketing als berechtigtes Interesse</li></ul>
2.	<b>Notwendigkeit</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• (+)</li></ul>
3.	<b>Kein Überwiegen der Interessen des Kunden</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Rückgriff auf vernünftige Erwartungen</li><li>• Bestandskundenwerbung ist gesetzliche Ausnahme: damit muss Kunde rechnen</li><li>• Opt-out-Möglichkeit nach UWG und Art. 21 Abs. 2 DSGVO</li></ul>

## AUSSTEUERUNG VON WERBUNG IN ABHÄNGIGKEIT WISSEN ÜBER DEN KUNDEN

1.	<b>Berechtigtes Interesse</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• ErwGr (47) S. 6 DSGVO: Direktwerbung</li></ul>
2.	<b>Notwendigkeit</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• (+)</li></ul>
3.	<b>Kein Überwiegen der Interessen des Kunden</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Rückgriff auf vernünftige Erwartungen</li><li>• Umfangreiche Erhebung von Daten (Kaufverhalten, Klickverhalten, Widerrufsverhalten usw.)</li><li>• Einfache Personalisierung erwartbar</li><li>• Medienbrüche (online zu offline)?</li><li>• Jedenfalls Opt-out-Möglichkeit nach UWG und Art. 21 Abs. 2 DSGVO</li></ul>

## EINWILLIGUNG BESEITIGT ZWEIFEL

- Sauberste Lösung = gesonderte Einwilligung
  - Ja, ich möchte den Newsletter von XYZ erhalten.
  - Ich bin damit einverstanden, dass für die Zusammenstellung und Auslieferung des Newsletters mein Kaufverhalten und mein Klickverhalten im Newsletter und im Online-Shops ausgewertet wird. Sie können diese Einwilligung jederzeit widerrufen.
- Mittelweg = Einheitliche Einwilligung
  - Ja, ich möchte einen personalisierten Newsletter von XYZ erhalten. Sie können diese Einwilligung jederzeit widerrufen.
- Wohl nicht ausreichend = Einwilligung und Datenschutzerklärung
  - Ja, ich möchte den Newsletter von XYZ erhalten.  
Es gilt unsere Datenschutzerklärung.



# Kleines DSGVO-Projekt

## 10-PUNKTE-PAPIER DER AUFSICHTSBEHÖRDEN

1. Sensibilisierung durchführen
2. Bestandsaufnahme machen
3. Rechtsgrundlage prüfen
4. Personenbezogene Daten von Kindern besonders prüfen
5. Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen („Privacy-by-Design“ und „Privacy-by-Default“) umsetzen
6. Verträge checken
7. Datenschutzfolgeabschätzung implementieren
8. Melde- und Konsultationspflichten organisieren
9. Betroffenenrechte und Informationspflichten umsetzen
10. Dokumentation organisieren

Abrufbar unter: <http://bit.ly/10-Punkte-DSGVO> (PDF)

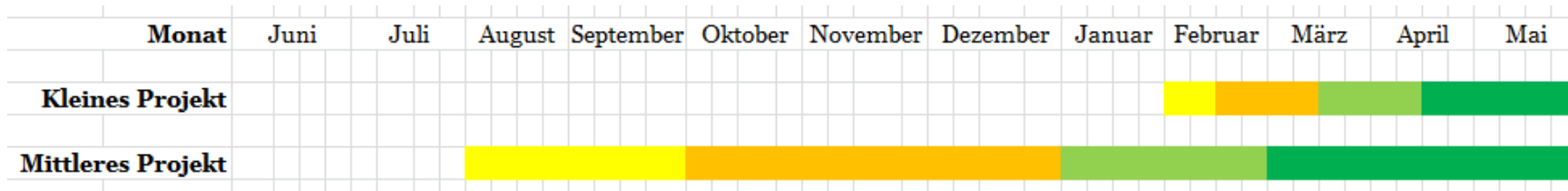
## 4-PHASEN-MODELL

- Phase 1: Bestandsaufnahme/Audit
  - Durchsicht Verzeichnisse und ADV-Vereinbarungen
  - Ergänzung nach Bestandsaufnahme (HR, Finance, Marketing, IT)
- Phase 2: Gap-Analyse
  - Cursorische Prüfung der einzelnen Vorgänge auf DSGVO-Compliance
  - Priorisierung und Prüfung von Einzelheiten
- Phase 3: Anpassung Rechtstexte
  - Datenschutzerklärungen, etwaige Nutzungsbedingungen
  - Einwilligungserklärungen (sowohl von Kunden als auch von Mitarbeitern)
  - Standard-A(D)V-Vereinbarungen (in beide Richtungen)
- Phase 4: Datenschutzrichtlinie/Compliance
  - Fertigstellung des Verzeichnisses über die Verarbeitungstätigkeiten
  - Festlegung von Technischen und organisatorischen Maßnahmen
  - Betroffenenrechte, Datenschutzfolgenabschätzung, Meldepflichten



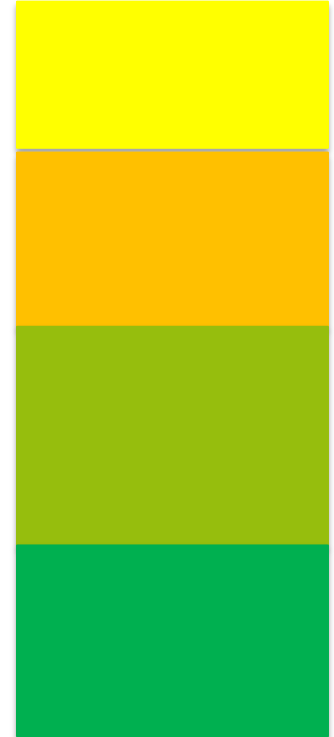
## ZEITBEDARF

- Bestandsaufnahme: zwischen 2 und 8 Wochen
- Gap-Analyse: zwischen 4 und 12 Wochen
- Rechtstexte: zwischen 4 und 8 Wochen
- Compliance-Richtlinie: zwischen 6 und 12 Wochen
- Deadline: 25. Mai 2018



## MUST-HAVES

- Phase 1: Bestandsaufnahme/Audit
  - Durchsicht Verzeichnisse und ADV-Vereinbarungen
  - Ergänzung nach Bestandsaufnahme (HR, Finance, Marketing, IT)
- Phase 2: Gap-Analyse
  - Kursorische Prüfung der einzelnen Vorgänge auf DSGVO-Compliance
  - Priorisierung und Prüfung von Einzelheiten
- Phase 3: Anpassung Rechtstexte
  - **Datenschutzerklärungen**, etwaige Nutzungsbedingungen
  - **Einwilligungserklärungen** (sowohl von Kunden als auch von Mitarbeitern)
  - **Standard-A(D)V-Vereinbarungen** (in beide Richtungen)
- Phase 4: Datenschutzrichtlinie/Compliance
  - Fertigstellung des **Verzeichnisses über die Verarbeitungstätigkeiten**
  - Festlegung von Technischen und organisatorischen Maßnahmen
  - **Betroffenenrechte**, Datenschutzfolgeabschätzung, Meldepflichten





## PRIORITÄTEN

- Verzeichnis über die Verarbeitungstätigkeiten
  - Setzt intensive Bestandsaufnahme voraus
  - Setzt Kenntnis über die eingesetzten Tools und deren Datenverarbeitung voraus
- Datenschutzerklärung
  - Setzt Kenntnis über die Datenverarbeitungsprozesse (auch von Drittanbietern) voraus
- Einwilligungserklärungen
  - Setzt Kenntnis über die Datenverarbeitungsprozesse und Prüfung der Notwendigkeit voraus
- Standard-A(D)V-Vereinbarungen
- Betroffenenrechtenmanagement

---

# HÄRTING



---

Dr. Martin Schirnbacher  
Fachanwalt für IT-Recht

[www.online-marketing-recht.de](http://www.online-marketing-recht.de)

Online-Marketing-Recht-Seminare:  
<http://bit.ly/OM-Recht-Seminar>

DSGVO-Seminare:  
<http://bit.ly/DSGVO-Online-Marketing>



**HÄRTING Rechtsanwälte** | [www.haerting.de](http://www.haerting.de)

*Chausseestraße 13, 10115 Berlin | Tel. +49 30 28 30 57 40 | Fax. +49 30 28 30 57 44*