

---

# HÄRTING

---

## ZIELGRUPPENANSPRACHE IN EINER DATENSCHUTZORIENTIERTEN WELT

---

Dr. Martin Schirmbacher | HÄRTING Rechtsanwälte | @mschirmbacher  
München, 2.4.2019

---

## ÜBERSICHT

- Personenbezug
- Verbotsprinzip
- Was Datenschutzbehörden von Tracking und Targeting halten
- Targeting ohne Einwilligung?
  - Beispiel: Re-Targeting
  - Beispiel: Custom Audience
  - Beispiel: Werbeaussteuerung anhand eigener Kundenprofile
- Was folgt daraus für die Praxis?



---

# Personenbezug als Einfallstor für den Datenschutz

## NAHEZU ALLE DATEN SIND 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
- Jeder Bestandskunde, jeder Newsletter-Abonnent, jeder Interessent...
- 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
- Jede IP-Adresse, jeder Online Identifier, jedes Pseudonym...



# Verbotsprinzip

## RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE

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

Einwilligung  
des  
Betroffenen

**und/oder**


Vertrag oder  
ähnliche  
Verbindung

**und/oder**

Berechtigtes  
Interesse

## 3 PRÜFUNGSUNKTE FÜR RECHTFERTIGUNG MIT BERECHTIGTEM 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>



---

# Was Datenschutzbehörden von Tracking und Targeting halten



## POSITIONSBESTIMMUNG DER DSK ZUM TRACKING



**Positionsbestimmung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des  
Bundes und der Länder – Düsseldorf, 26. April 2018**

---

**Zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen ab  
dem 25. Mai 2018**

<http://bit.ly/DSK-Tracking>

## POSITIONSBESTIMMUNG DSK: TRACKING BRAUCHT EINWILLIGUNG

- Nicht bindende Stellungnahme der Datenschutzkonferenz
- Zum TMG:
  - § 15 Abs. 3 TMG, der ein Recht zum Bilden von Nutzerprofilen vorsieht, ist nicht mehr anwendbar
  - Einsatz von Tracking-Tools ist ausschließlich an der DSGVO zu messen
- Zum Tracking:
  - Einwilligung notwendig beim Einsatz von Tracking-Mechanismen, die das Verhalten von Nutzern im Internet nachvollziehbar machen
  - Einwilligung notwendig bei der Erstellung von Nutzerprofilen
  - informierte Einwilligung notwendig, bevor Cookies gesetzt oder ausgelesen werden
  - unbedingt erforderliche Verarbeitungen können ggf. auf berechtigte Interessen gestützt werden



**LfdI Baden-Württemberg**

@lfdi\_bw

Following



Replying to @nhaerting @legalbeaglede and 2 others

Wo immer derzeit Auslegungszweifel zur #DSGVO bestehen, sollten die Verantwortlichen weniger auf die Aufsichtsbehörden starren, sondern selbst vernünftige und praktikable Ergebnisse vorschlagen und umsetzen. Wenn diese vertretbar sind, werden sich die AB nicht einmischen.

Translate Tweet

12:30 PM - 10 Sep 2018

42 Retweets 68 Likes



## POSITIONSBESTIMMUNG DER DSK ZUM TRACKING



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

[bit.ly/DSK-Direktwerbung](https://bit.ly/DSK-Direktwerbung)

## DSK: PROFILBILDUNG BRAUCHT IM REGELFALL EINWILLIGUNG

- Gerechtfertigt mit berechtigten Interessen
  - im Nachgang zu einer Bestellung wird allen Kunden (ohne Selektion) postalisch ein Werbekatalog zugesendet
  - Nutzung von einem (!) Selektionskriterium für die „Einteilung in Werbegruppen“ und „kein zusätzlicher Erkenntnisgewinn“
- Nicht gerechtfertigt (also Einwilligung erforderlich)
  - automatisierte Selektionsverfahren zur Erstellung detaillierter Profile
  - Verhaltensprognosen bzw. Analysen, die zu zusätzlichen Erkenntnissen führen
  - Erstellung eines Profils unter Verwendung externer Datenquellen (z. B. Informationen aus sozialen Netzwerken)



Was Datenschutzbehörden von  
Tracking und Targeting halten?

Nicht so viel...

Jedenfalls nicht ohne vorherigen  
Einwilligung des Nutzers!



**Lfdi Baden-Württemberg** ✓

@lfdi\_bw

Following



Replying to [@MalteEngeler](#) [@Loeffel\\_Abrar](#) and 3 others

Wer sich v unverbindlichem  
Verwaltungshandeln, das zu unserer Pflicht  
zählt (Aufklärung u Sensibilisierung,  
Orientierungshilfen), nicht angesprochen fühlt  
kann jederzeit sein Ding machen.  
Die Äußerungen der AB werden oft  
überbewertet - wir brauchen selbstbewusste  
Verantwortliche.

Translate Tweet

1:33 PM - 9 Feb 2019

4 Retweets 3 Likes



1



4



3



## POSITIONSBESTIMMUNG DER DSK TEILWEISE NICHT HALTBAR

- Offensichtlich falsch ist, dass sich nach der DSGVO eine „Erstellung von Nutzerprofilen“ ausschließlich auf eine Einwilligung des Nutzers stützen lässt
  - Art. 21 Abs. 1 S. 1 DSGVO gibt explizites Widerspruchsrecht „für das Profiling, soweit es mit solcher Direktwerbung in Verbindung steht.“ Einer solchen Klausel bedürfte es nicht, wenn jede Profilbildung nur mit Einwilligung zulässig wäre.
- DSGVO lässt (anders als BDSG-alt) auch für Werbung eine Rechtfertigung mit berechtigten Unternehmerinteressen zu (Erwägungsgrund (47) DSGVO)
- Zielgerichtetes Marketing im Unterschied zum Marketing mit der Gießkanne liegt im Regelfall sogar im Interesse der Kunden.
- Entscheidend für die Interessenabwägung sind die berechtigten Nutzererwartungen, also eine Einzelfallentscheidung für jedes Tool und jede Datensammlung





Targeting ohne Einwilligung?  
Es kommt auf die Details an!

## RECHTFERTIGUNG MIT BERECHTIGTEM INTERESSE

<b>0.</b>	<b>Personenbezug</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Jede ID hat Personenbezug</li> <li>• Jedes Profil hat Personenbezug</li> </ul>
<b>1.</b>	<b>Berechtigtes Interesse</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Auslieferung von gesteuerter Werbung mit dem Zweck höherer Conversion ist berechtigtes Interesse</li> </ul>
<b>2.</b>	<b>Notwendigkeit</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Datenverarbeitung notwendig für das Targeting?</li> </ul>
<b>3.</b>	<b>Kein Überwiegen der Interessen der Betroffenen</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Einerseits: Direktwerbung als anerkanntes Interesse</li> <li>• Teilweise Kundenbeziehung als gesetzlich vermutetes Interesse</li> <li>• Andererseits: Interesse der Kunden/Interessenten daran, dass keine Profile gebildet oder genutzt werden</li> <li>• Maßgeblich: „<b>vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person</b>“</li> </ul>

## MAßGEBLICH IST DIE KONKRETE TARGETING-METHODE

- Ziel: Auslieferung von gesteuerter Werbung mit dem Zweck höherer Conversion
- Targeting-Varianten mit externen Daten
  - technisches Targeting
  - Geo-Targeting
  - Re-Targeting
  - OBA
  - Custom Audience (z.B. bei Facebook)
  - Sonstige Daten aus Werbenetzwerken
  - jedwede Kombination
- Targeting anhand eigener Daten über Bestandskunden



# Beispiel: Re-Targeting

## RECHTFERTIGUNG MIT BERECHTIGTEM INTERESSE DENKBAR

<b>0.</b>	<b>Personenbezug</b>	(+)
<b>1.</b>	<b>Berechtigtes Interesse</b>	(+)
<b>2.</b>	<b>Notwendigkeit</b>	(+)
<b>3.</b>	<b>Kein Überwiegen der Interessen der Betroffenen</b>	<p>Einfaches Re-Targeting (+)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Mit der Auslieferung von Werbung für Produkte, die angeschaut, aber nicht gekauft wurden, rechnen die Nutzer</li> </ul> <p>Cross-Device-Targeting (-)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Eine geräte- oder browserübergreifende „Verfolgung“ wird die meisten potenziellen Kunden überraschen</li> </ul>



# Beispiel: Custom Audiences

## CUSTOM AUDIENCE ÜBER KUNDENLISTE IST RECHTSWIDRIG

- LDA Bayern vom 4.10.2017 (zu BDSG/TMG): Custom Audience über Kundenliste nur mit Einwilligung zulässig
- VGH München vom 26.9.2018, Az. 5 CS 18.1157
  - Facebook Custom Audience über die Kundenliste ist nur nach voriger Einwilligung des Nutzers rechtmäßig
  - Websitebetreibender hat zwar ein berechtigtes Interesse an zielgerichteter Werbung, diesem Interesse stehen jedoch die überwiegenden, schutzwürdigen Interessen der Betroffenen gegenüber, die insbesondere nicht damit rechnen, dass ihre E-Mail-Adresse an Facebook übermittelt wird.
  - Facebook ist nicht Auftragsverarbeiter, sondern Dritter
- Custom Audience besser bleiben lassen...



## Werbetreibende, mit denen du interagiert hast

Schließen ^

Who use a contact list added to Facebook

deren Website oder App du verwendet hast

Die du besucht hast

Mehr ▾

These advertisers are running ads using a contact list they or their partner uploaded that includes info about you. This info was collected by the advertiser or their partner, typically after you shared your email address with them. [Mehr dazu.](#)



Spotify



Tutima Glashütte



Polarstern Energie



PayPal



Airbnb



Horizn Studios



Competition Crazy UK



Anderson .Paak



Mainova



Son of a Tailor



OPUS Fashion



New Zealand Offers



## FACEBOOK-TARGETING

FACEBOOK-TARGETING		Facebook Pixel	Facebook Custom Audience
0.	<b>Personenbezug</b>	(+)	(+)
1.	<b>Berechtigtes Interesse</b>	(+)	(+)
2.	<b>Notwendigkeit</b>	(+)	(+)
3.	<b>Kein Überwiegen der Betroffeneninteressen</b>	Eher (-), weil Facebook die Information nutzen kann und wird	(-), weil Facebook die Information nutzen kann und wird und niemand mit der Weitergabe der E-Mail-Adresse an FB rechnet



---

# Beispiel: Werbeaussteuerung über eigene Kundenprofile

## BEISPIELE FÜR WERBEAUSSTEUERUNG AUFGRUND EIGENER NUTZERPROFILE

- Auslieferung von Werbung
  - im eigenen Login-Bereich
  - im eigenen Shop
  - auf Seiten von Schwestergesellschaften
  - auf Websites Dritter
- Aussteuerung von
  - Print-Mailings
  - Katalogen
  - Telefonkampagnen
- Ausgestaltung/Individualisierung von
  - Landingpages
  - Newslettern
  - Preisen

## RECHTFERTIGUNG MIT BERECHTIGTEM INTERESSE DENKBAR

<b>0.</b>	<b>Personenbezug</b>	(+)
<b>1.</b>	<b>Berechtigtes Interesse</b>	(+)
<b>2.</b>	<b>Notwendigkeit</b>	(+)
<b>3.</b>	<b>Kein Überwiegen der Interessen der Betroffenen</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Rückgriff auf vernünftige Erwartungen</li> <li>• Umfangreiche Erhebung von Daten (Kaufverhalten, Klickverhalten, Widerrufsverhalten usw.)</li> <li>• Transparente Information</li> <li>• Einfache Personalisierung erwartbar</li> <li>• Medienbrüche (online zu offline) eher unerwartet</li> <li>• Problematisch: gläserner Kunde</li> </ul>

## AUSSTEUERUNG VON WERBUNG – HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

- wo möglich sollten die Daten anonymisiert verarbeitet werden (z.B. bei allgemeinen Analysen für die Geschäftsleitung)
- erhobene Daten und Zweck der Datenverarbeitung müssen jeweils im Voraus festgelegt werden
- es dürfen nur solche Daten verarbeitet werden, die für den jeweiligen Zweck erforderlich sind (z.B. Alter anstelle des Geburtsdatums für eine Klassifizierung der Werbung nach Altersgruppen)
- wo möglich sollten vorab Cluster gebildet werden, bevor eine Analyse erfolgt (z.B. Affinitäten für bestimmte Warengruppen, anstelle einer Verarbeitung der einzelnen Kaufdaten bei jeder Analyse)
- wo dies möglich ist, sollte aus Gründen der Datensparsamkeit mit Pseudonymen gearbeitet werden



---

Was folgt daraus für die  
Praxis?

## DOKUMENTATION UND PRÜFUNG IS EVERYTHING

- Bestandsaufnahme: Überblick/Kontrolle über eingesetzte Trackingtools und Targeting-Maßnahmen
- (rechtliche) Prüfung der Datenverarbeitungsvorgänge und -zwecke
- Dokumentation des Ergebnisses der Prüfung
- ggf. Datenschutzfolgeabschätzung bei weitgehender Profilbildung
- Regelmäßige Re-Evaluation
- Zusammenarbeit mit Dienstleistern
  - Was sagt Ihr zur DSGVO?
  - Abschluss von Joint Control- oder AV-Vereinbarungen
- Datenschutzerklärung anpassen und Opt-out implementieren
- Einwilligungen einholen für Vorgänge, die anderenfalls nicht gerechtfertigt sind



What is yet to come?





4 7 7



**BM der Justiz und für Verbraucherschutz** ✓  
@BMJV\_Bund

"Wir werden unser europäisches Datenschutz- und Wettbewerbsrecht klar und hart durchsetzen", betonte BM [@katarinabarley](#). "Und wir brauchen neue Regeln für Algorithmen und den Schutz vor uferlosem Tracking."  
[#Algorithms](#) [#DSGVO](#)

[Translate Tweet](#)

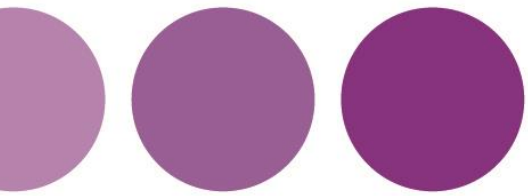
5:13 PM · Apr 1, 2019 · [Twitter Web Client](#)

#ePrivacy



---

# Fazit



#esistkompliziert  
und  
#jederfallistanders



Reines Re-Targeting ist  
ohne Einwilligung  
zulässig

Cross-Device-  
Re-Targeting nicht



Facebook-Pixel ist  
mindestens zweifelhaft



Von Custom Audiences  
mit Kundenlisten lässt  
man besser die Finger



Reguläre Kundenprofile  
dürfen ohne Einwilligung  
erstellt werden



Personalisierte Werbung  
ist zulässig, man sollte es  
aber nicht übertreiben





Wichtig ist die Bildung  
von Clustern vor der  
Segmentierung



Dokumentation ist  
essentiell

---

# HÄRTING

---

Dr. Martin Schirmbacher  
Fachanwalt für IT-Recht

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

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