

# Kunden und ihre Daten - alles verboten oder was?

Die Kundenakquise ist für viele Unternehmen eine Herausforderung. In der modernen Welt können Daten die Akquisebemühungen allerdings sehr wirksam unterstützen. Ich gehe daher in diesem Beitrag der Frage nach, ob die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) den Werbetreibenden heutzutage das Leben schwerer macht als zuvor.

Dr. Christian Laux, LL.M., Rechtsanwalt

Abbildung 1:  
Kreislauf der  
Datenverwendung  
in der Werbung



Dieser Beitrag betrachtet die folgenden vier Ablaufschritte, die es zu unterscheiden gilt: Datenbeschaffung, Erstellung Werbeinhalt, Versand und Post-Processing (siehe auch Abbildung 1).

Die Einzelschritte im Kreislauf möchte ich im Folgenden isoliert betrachten:

## 1. Datenbeschaffung zur weiteren werblichen Verwendung (Sourcing)

Durch die Brille des Datenschutzes geht es bei der Datenbeschaffung um das Sammeln und Anreichern von Adressen. Beim Anreichern geht es darum, die Präferenzen der angeschriebenen Person kennen zu lernen, weshalb Hinweise über die angeschriebene Person aus verschiedenen Quellen zusammengetragen werden. Wenn dies automatisiert geschieht und die Wirkung hat, dass bestimmte persönliche Eigenschaften von einer gewissen Bedeutung (wirtschaftliche Situation, persönliche Vorlieben, etc.) den Adressdatensatz anreichern und zwecks Analyse oder Prognose bewertet werden, spricht man rasch von einem sogenannten Profiling. Profiling löst unter der Datenschutzgrundverordnung im Kontext Direktmarketing ein voraussetzungsloses Widerspruchsrecht aus. Dieses wurde mit der Datenschutzgrundverordnung neu eingeführt.

Man spricht gerade unter Einfluss der DSGVO davon, dass die Datenbeschaffung zu Werbezwecken nur mit der Einwilligung der konkret angesprochenen Person möglich sei. Diese Darstellung ist allerdings nicht korrekt. Der Werbetreibende kann auch den alternativen Grund des berechtigten Interesses anführen: Direktwerbung ist ein Teilaspekt des verfassungsmässig geschützten wirtschaftlichen Tätigwerdens, was Erwägungsgrund 47 zur DSGVO ausdrücklich betont: «Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden.» Ist die Datenerhebung angemessen, kann mit Blick auf die üblicherweise erhobenen Angaben (blosse Adressangaben wie Strasse und Wohnort sowie E-Mail-Adresse) von einer gestützt auf Art. 6(1)(f) DSGVO berechtigten Datenerhebung gesprochen werden. Dies gilt zumindest im B2B-Kontext, wo beispielsweise die Anschrift und die E-Mail-Adresse weniger mit der Person der Empfängerin als mit deren Arbeitgeberin verknüpft ist. Art. 6(1)(f) DSGVO befreit Werbetreibende somit weitgehend von dem Einwilligungserfordernis.

Die Datenerhebung muss jedoch transparent erfolgen (Art. 13 und Art. 14 DSGVO). Diesem Zweck dienen Datenschutzbedingungen. Kurz: Wer eine passende Datenschutzerklärung verwendet, kann also meistens auch ohne Einwilligungserklärungen der Empfänger arbeiten. Vorausgesetzt die Datensammlung bleibt angemessen. Der Volksmund würde sagen: "Man darf halt nicht über die Stränge hauen" (das heisst, man soll nur das erheben, was zum Versand von Werbematerial zwingend nötig ist, namentlich

Adressen, etc.). Was bleibt ist, dass die DSGVO die Rechtslage in Bezug auf die Datenerhebung nicht besonders verschärft hat, sondern mit Erwägungsgrund 47 eher klärend präzisiert.

### 2. Erstellung des Werbeinhalts

Zusätzlich können Anforderungen aufgestellt werden, wie beispielsweise Werbenachrichten gestaltet werden. Wobei es in diesem Beispiel vor allem um Vorschriften ausserhalb des Datenschutzrechts geht. Das allgemeine Werberecht stellt Vorschriften zum Schutz von Minderjährigen vor Alkohol und Tabak und dergleichen auf. Im Einzelfall können sich aber auch aus dem Datenschutzrecht Anforderungen an die Gestaltung der Werbeansprache ergeben. Ein Beispiel kann sich aus dem bereits erwähnten Profiling ergeben: Die angeschriebene Person muss über das Profiling informiert werden. Die DSGVO will, dass dies "spätestens zum Zeitpunkt der ersten Kommunikation mit ihr" und ausdrücklich geschieht. Dieser Hinweis hat in einer verständlichen Form zu erfolgen und muss von anderen Informationen getrennt daherkommen. Wenn möglich, ist diese Information bereits vorgängig (schon vor Versand der Werbenachricht) übermittelt worden. Wurde dies versäumt, so muss die Werbenachricht mit dieser besonderen Information versehen werden, was in der Regel vermieden werden sollte.

### 3. Versand

Im Zentrum des Interesses steht regelmässig die Frage, wie die Werbebotschaft dann an den Kunden ausgespielt werden darf und welche vorgängigen Massnahmen und Dokumentationen dafür geschaffen werden sollten (man spricht rasch von "E-Mail-Spam").

Hier geht es regelmässig darum, ob eine genügende Einwilligung vorliegt (Opt-in, Double Opt-in, etc.). Diese Regeln sind jedoch in der Datenschutzgrundverordnung gerade nicht besonders behandelt. Die ePrivacy Verordnung soll diesbezüglich zum Teil weitere Klärungen bringen, aber sie ist noch nicht in Kraft. Es gilt somit noch immer die entsprechende Richtlinie. Die nationalen Umsetzungsregeln variieren diesbezüglich stark.

### 4. Post-Processing

Mittels Nachbearbeitungsmassnahmen können letztlich die Grundlagen dafür geschaffen werden, dass weitere Daten zu den Basisdaten hinzukommen. Es geht dabei um die Analyse, welcher Werbeversand gut "angekommen" ist, welche Click Raten erzeugt wurden und welche Nachricht kaum auf Interesse stiess (Beacons oder Firmenlogos in der E-Mail oder personalisierte Links). Hier geht es erneut um Datenerhebung (zur rechtlichen Beurteilung siehe Punkt (1)), womit sich der Kreislauf wieder schliesst.

Die Ausführungen haben demnach gezeigt, dass die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) in diesem Kreislauf nur teilweise relevant ist. Und, wie es so ist, gar nicht so problematisch, wie das vielleicht oft erwartet wird.



Dr. Christian Laux, LL.M. ist Gründer von LAUX LAWYERS AG, einer auf alle Bereiche des Informationsrechts spezialisierten Anwaltskanzlei mit Büros in Zürich und Basel.