

WHITEPAPER

# ONLINEMARKETING UNTER DER DSGVO

Berechtigte Interessen als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung  
zu Werbezwecken

Herausgeber:  
**eco – Verband der Internetwirtschaft e. V.**

Autorin:  
**Eva Focken**  
Rechtsanwältin, Fieldfisher (Germany) LLP.



**Eineinhalb Jahre nach dem Inkrafttreten der DSGVO bestehen nach wie vor Unklarheiten darüber, ob und wie Nutzerdaten zur Aussteuerung automatisierter Online-Werbemittel genutzt werden dürfen.**

**In diesem Beitrag widmen wir uns der Frage, wie es aktuell um die einwilligungsfreie Platzierung von (Tracking-)Cookies nach § 15 Abs. 3 TMG steht, und ob die damit verbundene Datenverarbeitung zum Zwecke der Aussteuerung verhaltensbezogener Online-Werbung auf berechnigte Interessen (Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DSGVO) gestützt werden kann.**

## **1. VERHALTENSBEZOGENE WERBUNG UND COOKIES**

Das Tracking des Nutzerverhaltens im Netz ist für Unternehmen eine wichtige Informationsquelle, um Online-Werbemittel zielgerichtet und effektiv zu platzieren.

Hierzu wird das Nutzerverhalten analysiert, um Interessen und Vorlieben des Nutzers einzuschätzen. Das Ausspielen von Werbung auf Basis solcher Analysen nennt sich verhaltensbasierte Online-Werbung oder, branchentypisch in Englisch, Behavioral Targeting. Die Methode basiert darauf, dass mittels verschiedener Technologien – oft Cookies – Geräte von Nutzern markiert, ihr Verhalten und Interaktionen im Netz erfasst, analysiert und zum Teil auch als (geräteüber-greifendes) Nutzerprofil zusammengeführt werden. Die gesammelten Informationen können Rückschlüsse auf Produktinteressen, Kaufabsichten, Hobbies, aber auch auf Familienstand oder Einkommen zulassen. Ein wertvolles Knowhow, das es Unternehmen ermöglicht, Werbemittel auf das Verhalten der Internetnutzer effektiv und passgenau auszurichten.

Der Rechtsrahmen für die Einbindung solcher (Tracking-)Cookies war in Deutschland vom sog. „Opt-Out“-Ansatz geprägt ([§ 15 Abs. 3 Telemediengesetz – TMG](#)). Diese Norm erlaubt(e) der deutschen Online-Werbeindustrie unter bestimmten Voraussetzungen (Pseudonymisierungspflicht, Transparenz, Widerspruchsmöglichkeit) Nutzungsdaten zu Werbezwecken ohne Einwilligung zu verwenden.

Auch wenn § 15 Abs. 3 TMG immer noch existiert ist es mittlerweile fraglich, ob sich Unternehmen noch auf ein „Opt-Out“ verlassen können. Jüngere Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs lassen es als zumindest sehr zweifelhaft erscheinen, dass es sich bei der Norm um eine richtlinienkonforme Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation handelt ([Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation in der Fassung vom 25. November 2009 – Richtlinie 2009/136/EG](#)). Denn schon im Jahr

2009 galt im Grundsatz ein „informed opt-in“. Eine Widerspruchslösung, wie sie § 15 Abs. 3 TMG vorsieht, käme nach Art. 5 Abs. 3 S. 2 der Richtlinie nur noch in Betracht, wenn die Speicherung von Nutzungsdaten für die Leistungserbringung unbedingt erforderlich ist (siehe unten).

Eine endgültige Klärung, wie mit dem § 15 Abs. 3 TMG in Deutschland zukünftig zu verfahren ist, steht allerdings noch aus. Daran hat auch das viel diskutierte [planet49-Urteil](#) des Europäischen Gerichtshofs nichts geändert.

### **§ 15 Abs. 3 TMG und die Verwirrung um das planet49-Urteil des EuGH**

Um es vorwegzunehmen: Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in seinem planet49-Urteil entgegen einiger Veröffentlichungen weder entschieden, dass für das Setzen von Cookies immer eine Einwilligung erforderlich ist, noch welche Rechtsgrundlage(n) für den Einsatz von Cookies Anwendung finden. Musste er auch gar nicht, denn es war nicht Gegenstand des Verfahrens. Der EuGH hatte sich ausschließlich mit konkreten Fragen nach dem „wie“ zu befassen, d.h. den Anforderungen an eine wirksame Einwilligung nach Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie sowie Art. 6 Abs. 1 Buchst. a), 7 DSGVO. Der EuGH stellte im konkreten Fall fest, dass

- vorangekreuzte Check-Boxen keine wirksame Einwilligung gemäß Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie bzw. Art. 6 Abs. 1 Buchst. a), 7 DSGVO darstellen (s.a. Erwägungsgrund 32 der DSGVO).
- die Anforderungen an eine Einwilligung beim Setzen von Cookies gelten, losgelöst, ob diese Cookies personenbezogene Daten erfassen oder nicht, und
- Nutzer über das Setzen von Cookies, ihre Funktionsweise und Speicherdauer transparent zu informieren sind (Art. 12, 13 DSGVO).

Aus dem planet49-Urteil lässt sich also weder eine allgemeine Cookie-Einwilligungspflicht, noch eine Auseinandersetzung mit der (Fort-)Geltung des § 15 Abs. 3 TMG für die deutsche Werbeindustrie ableiten.

### **Opt-In oder Opt-Out – Wie geht es jetzt weiter?**

Der Ball liegt – zumindest für das planet49-Verfahren – beim zuständigen Bundesgerichtshof (BGH). Dass dieser an der Anwendbarkeit des § 15 Abs. 3 TMG festhalten wird, ist aufgrund der aktuellen Entwicklungen auf europäischer und nationaler Ebene allerdings nicht zu erwarten.

Spannend gestaltet sich in diesem Zusammenhang auch die Folgefrage, auf welche Rechtsgrundlage das Setzen von Cookies in Deutschland sodann zu stützen wäre. Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie kommt keine unmittelbare Wirkung zu, ein Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens um die e-Privacy-Verordnung ist auch noch nicht in Sicht.

Die [deutschen Datenschutzbehörden](#) gehen davon aus, dass § 15 Abs. 3 TMG unter der DSGVO nicht mehr anwendbar ist und zielen auf Art. 6 DSGVO. Ein möglicher Ansatz unter der DSGVO wäre, in Anlehnung an Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie für sog. nicht unbedingt erforderliche Cookies (vgl. Art. 5 Abs. 3 S.1 der Richtlinie) sich auf die Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. a) DSGVO zu stützen, für sog. unbedingt erforderliche Cookies (vgl. Art. 5 Abs. 3 S. 2 der Richtlinie) auf berechnete Interessen gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO.

Da sich der EuGH im planet49-Verfahren zu der Frage der Erforderlichkeit von Cookies nicht äußern musste, wird auch der Maßstab „unbedingt erforderlich“ zu diskutieren sein. Neben Cookies, welche für die Bereitstellung der vom Nutzer angefragten Leistung unerlässlich sind (z.B. Warenkorb-Cookies im Webshop oder Cookies, die die Cookie-Einwilligung speichern), deutet die aktuelle [Positionierung der französischen Datenschutzbehörde](#) (CNIL) darauf hin, dass zumindest First-Party-Analyse-Cookies unter bestimmten Voraussetzungen als unbedingt erforderlich gelten. Anders fallen hingegen erste Beurteilungen für die Einbindung von Third-Party-Cookies zu Analyse, Werbe- und Profiling-Zwecken aus (vgl. die [britische Datenschutzbehörde](#) - ICO).

Auch wenn das Ergebnis abzuwarten ist, wird Unternehmen empfohlen, die weiteren Entscheidungen und Entwicklungen auf nationaler und internationaler Ebene zu beobachten. Dies betrifft neben der ausstehenden BGH-Entscheidung insbesondere die ebenfalls verkündeten Bestrebungen des Bundeswirtschaftsministeriums [Änderungen am Telemediengesetz](#) vorzunehmen.

Wer kein Risiko eingehen möchte, sollte seine aktuellen Cookies-Praktiken neben § 15 Abs. 3 TMG am Maßstab des Art. 5 Abs. 3 S. 2 der Richtlinie prüfen und im Bedarfsfall eine explizite Cookie-Einwilligung auf der Webseite vorsehen, welche die Anforderungen des EuGH entsprechend berücksichtigt.

## **Wo immer automatisierte Verarbeitungen von Nutzerdaten „im Hintergrund“ laufen, gelten (auch) die Spielregeln der DSGVO**

Die Verarbeitung von Cookie-basierten Nutzerdaten zum Zwecke der Aussteuerung verhaltensbezogener Werbung umfasst eine Vielzahl an Datenverarbeitungsvorgängen, z.B.

- die Analyse und Auswertung von Nutzerverhalten,
- die Erstellung (pseudonymer) Nutzerprofile und ggf. die Verknüpfung mit anderen Datensätzen (z.B. Kundenprofil),
- die Aussteuerung von Online-Werbemitteln an ausgewählte Zielgruppen sowie
- die Einschränkung der Ausspielung von Online-Werbemitteln an einzelne Nutzer (sog. Frequency Capping).

Auf welche Rechtsgrundlage sich ein Unternehmen für diese Datenverarbeitungsvorgänge stützen kann, richtet sich vornehmlich nach Art. 6 der DSGVO. Neben der Einwilligung, die sich aufgrund ihrer Anforderungen nicht immer als „Königsweg“ auszeichnet, spielt insbesondere das berechtigte Interesse gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung zu Werbezwecken eine besondere Rolle.

Welche Schritte und Erwägungen mit Blick auf die aktuelle Behördenpraxis zu berücksichtigen sind, ist nachfolgend dargestellt.

## 2. BERECHTIGTE INTERESSEN IM BEREICH TARGETING (ART. 6 ABS. 1 BUCHST. F) DSGVO)

Die automatisierte Aussteuerung von Online-Werbemittel an ausgewählte Zielgruppen dient der effizienten Aussteuerung von Werbemitteln und damit der Absatzförderung. Direktwerbung ist auch in den Augen des Gesetzgebers ein berechtigtes Interesse:

*Erwägungsgrund 47, S. 7 der DSGVO:*

*„[...] Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden.“*

Das bedeutet jedoch nicht, dass bereits aufgrund Erwägungsgrund 47 der DSGVO für die Verarbeitung von Nutzerdaten zur Aussteuerung verhaltensbezogener Werbung Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DSGVO greift. Vielmehr erfordert dieser Erlaubnistatbestand eine Prüfung der tatsächlichen berechtigten Unternehmensinteressen sowie eine Abwägung der gegenläufigen Interessen im konkreten Fall.

Dazu hat neben der [Datenschutzkonferenz](#) (siehe Anhang I) vornehmlich die britische Datenschutzbehörde ICO hilfreiche [Handreichungen](#) und ein [Muster](#) für die Durchführung einer solchen Prüfung (sog. „**Legitimate Interests Assessment**“ /“**LIA**“) zur Verfügung gestellt. Das LIA umfasst dabei im Wesentlichen drei Prüfbereiche:

**I. Die Identifizierung der (wirtschaftlichen) Unternehmensinteressen für die konkreten Verarbeitungsaktivitäten, sog. „Purpose Test“**

**II. Die Prüfung und Festlegung, ob bzw. dass die konkreten Verarbeitungsaktivitäten für die Erreichung der Unternehmensinteressen erforderlich und angemessen sind, sog. „Necessity Test“**

**III. Die tatsächliche Abwägung der gegenläufigen Interessen, sog. „Balancing Test“**

## ***I. Die Identifizierung der (wirtschaftlichen) Unternehmensinteressen für die konkreten Verarbeitungsaktivitäten, sog. „Purpose Test“***

Mit der Aussteuerung verhaltensbezogener Werbung und der damit verbundenen Datenverarbeitungen muss das Unternehmen berechnigte Interessen verfolgen.

### Beispiel:

*Die Analyse des Surfverhaltens eines Internetnutzers, um diesem Nutzer gezielt bestimmte Online-Werbung anzuzeigen, kann bspw. dem wirtschaftlichen Interesse dienen, die Reichweite des beworbenen Produktes zu steigern, Streuverluste zu vermeiden und die Wettbewerbsfähigkeit am Markt aufrechtzuerhalten.*

Für den konkreten Einzelfall sollte sich das Unternehmen i.R.d. „Purpose Test“ insbesondere mit folgenden Fragestellungen auseinandersetzen:

- Wer profitiert von dieser Datenverarbeitung (inkl. Dritte, z.B. Werbepartner)?
- Welche (wirtschaftlichen) Auswirkungen wären mit der Beendigung dieser Datenverarbeitung für das Unternehmen verbunden?
- Welche Maßnahmen hat das Unternehmen getroffen, um die Einhaltung der einschlägigen Gesetze und Branchenrichtlinien sicherzustellen?

## ***II. Die Prüfung und Festlegung, ob bzw. dass die konkreten Verarbeitungsaktivitäten für die Erreichung der Unternehmensinteressen erforderlich und angemessen sind, sog. „Necessity Test“***

Wurde ein berechtigtes Interesse ermittelt, müssen die mit der Aussteuerung verhaltensbezogener Werbung verbundenen Datenverarbeitungen zur Verwirklichung der vorgenannten Interessen erforderlich sein und kein milderes, gleich effektives Mittel zur Verfügung stehen.

Beispiel:

*Die Erforderlichkeit der Verarbeitung von Nutzerdaten zum Zwecke der Aussteuerung verhaltensbezogener Werbung kann bspw. dann vor Herausforderungen stehen, wenn mittels Nutzung aggregierter oder anonymer Datensätze die vom Unternehmen verfolgten Interessen gleichermaßen erreicht werden können (z.B. Contextual Targeting).*

Für den konkreten Einzelfall sollte sich das Unternehmen i.R.d. „Necessity Test“ insbesondere mit folgenden Fragestellungen auseinandersetzen:

- Sind die Datenverarbeitung(en) für die Verwirklichung der vorgenannten Interessen erforderlich und nicht nur nützlich?
- Kann das Unternehmen den Zweck ggf. auch mittels Verwendung weniger eingriffintensiven Informationen erreichen (z.B. Nutzung aggregierte oder anonyme Datensätze)?
- Ist der Inhalt und Umfang der Datenverarbeitungen verhältnismäßig und angemessen?

### **III. Die tatsächliche Abwägung der gegenläufigen Interessen, sog. „Balancing Test“**

Zentraler Punkt des LIA ist der sog. „Balancing Test“: Hier müssen die Interessen des Unternehmens an den Datenverarbeitungen mit den Freiheiten und Rechten des Betroffenen abgewogen werden. Den wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens steht regelmäßig der Schutz der personenbezogenen Daten des Betroffenen, sein Recht auf Privatsphäre und informationelle Selbstbestimmung, sowie der Schutz vor wirtschaftlichen Nachteilen gegenüber.

Das Unternehmen muss an dieser Stelle also darlegen und nachweisen, dass es sich mit den relevanten Datenverarbeitungen und ihren Auswirkungen für den Einzelnen tatsächlich auseinandergesetzt hat. Dabei stellen die vernünftigen Erwartungen des Betroffenen (sog. ‚reasonable expectations‘) und die Eingriffintensität der Datenverarbeitungen wesentliche Faktoren dar, die in die jeweilige Gewichtung der gegenläufigen Interessen einfließen.



Beispiel:

*Im Rahmen der „reasonable expectations“ wird man u.a. vertreten können, dass die Anzeige verhaltensbezogener digitaler Werbeformate auf frei zugänglichen Webseiten und Plattformen heutzutage keinen unerwarteten oder überraschenden Charakter hat, auch wenn die betroffenen Personen mit der Technologie im Hintergrund nicht konkret vertraut sind.*

Für den konkreten Einzelfall sollte sich das Unternehmen i.R.d. „Balancing Test“ daher insbesondere mit folgenden Fragestellungen auseinandersetzen:

• **Eingriffsintensität der Datenverarbeitung**

- Welche Arten von personenbezogenen Daten werden verarbeitet?
- Sind Dritte in die Datenverarbeitungen eingebunden und welche (vertraglichen) Absicherungen bestehen mit diesen Dritten?
- Sind technische und vertragliche Maßnahmen (ggf. mit Drittanbietern) getroffen worden, um sicherzustellen, dass weder Daten von Minderjährigen oder sonstige Nutzerdaten verarbeitet werden, die als besonders sensibel gelten bzw. einen Rückschluss auf besondere Kategorien personenbezogener Daten zulassen (z.B. sexuelle Orientierung)?

• **Reasonable expectations**

- Wie ist die „Beziehung“ zum Betroffenen? Liegt beispielsweise zwischen dem Unternehmen und dem Betroffenen ein direktes (z.B. Kauf im Online-Shop) oder indirektes Verhältnis vor (z.B. Platzierung eigener Cookies auf Webseiten Dritter)?
- Wie und in welchem Umfang wird der Betroffene über die Datenverarbeitungen informiert? Welche Transparenzmaßnahmen hat das Unternehmen getroffen?
- Ist davon auszugehen, dass der Betroffene mit der Nutzung seiner Daten zu den benannten Zwecken rechnet?
- Werden dem Betroffenen wirksame Kontrollrechte eingeräumt?

- **Risikominimierende Maßnahmen**

- Welche potentiellen Risiken bestehen für die Betroffenen im Rahmen der Datenverarbeitung(en)?
- Welche konkreten (technischen/ vertraglichen) Maßnahmen hat das Unternehmen getroffen, um die potentiellen Risiken zu vermeiden bzw. so gering wie möglich zu halten?
- Wie lange werden die relevanten personenbezogenen Daten gespeichert?

## **Fazit**

Ob die Interessenabwägung im konkreten Einzelfall zugunsten des Unternehmens ausfällt, hängt von der Intensität der Datenverarbeitung und den Möglichkeiten zur Risikobegrenzung ab. Werbetreibende Unternehmen sollten sich deshalb der von Ihnen genutzten (Dritt-)Technologien bewusst sein, die weiteren rechtlichen Entwicklungen im Auge behalten und jedenfalls die Risiken adressieren, die in ihrer Einfluss-sphäre liegen (Transparenz gegenüber und Wahlmöglichkeiten für den Nutzer).

Letztlich kann aber gerade beim Einsatz von aktueller Werbetechnologie hundertprozentige Rechtssicherheit kaum erreicht werden, bevor die Datenschutzbehörden eine europaweit einheitliche Handhabung abgestimmt haben.

## ÜBER DIE AUTORIN



### **Eva Focken**

Rechtsanwältin, Fieldfisher (Germany) LLP.

Eva Focken gehört zum Hamburger Datenschutz- und IT-Team der Rechtsanwaltskanzlei Fieldfisher (Germany) LLP. Bereits vor Ihrer Tätigkeit bei Fieldfisher war sie mehrere Jahre als Syndikusanwältin in einem internationalen IT-Beratungsunternehmen in den Bereichen IT-Recht und Datenschutz beschäftigt. Ihre Schwerpunkte liegen u.a. im internationalen Konzerndatenschutz sowie im datengetriebenen Online-Werbegeschäft.

**eco – Verband der Internetwirtschaft e. V.**

Lichtstraße 43h  
50825 Köln

fon: 0221 – 7000 48 – 0  
fax: 0221 – 7000 48 – 111

E-Mail: [info@eco.de](mailto:info@eco.de)  
Web: <https://www.eco.de>

Vereinsregister Köln  
Vereinsregisternummer: 14478

Umsatzsteueridentifikationsnummer:  
VAT-ID: DE 182676944

Vorstand:  
Oliver Süme (Vorsitzender)  
Klaus Landefeld (stv. Vorsitzender)  
Felix Höger  
Prof. Dr. Norbert Pohlmann

Hauptgeschäftsführer: Harald A. Summa  
Geschäftsführer: Alexander Rabe

Dezember 2019