

B 1 S 18.105 - Weitergabe von gehashten eMail-Adressen an Facebook rechtswidrig

1.

Die Antragstellerin betreibt unter der Internetadresse (...) einen Onlineshop und unterhält ein Konto beim sozialen Netzwerk Facebook. Sie begehrt einstweiligen Rechtsschutz gegen eine datenschutzrechtliche Anordnung des Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht betreffend die unter dem Facebook-Konto erstellten Kundenlisten (sogenannte „Custom Audiences“).

Mit Bescheid vom 16.01.2018 erließ das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht eine Anordnung, mit der die Antragstellerin verpflichtet wurde, binnen zwei Wochen nach Zustellung des Bescheides die unter ihrem Facebook-Konto erstellten Custom Audiences (Kundenlisten) zu [löschen](#) (Ziffer 1). Die sofortige Vollziehung der Ziffer 1 des Bescheides wurde angeordnet (Ziffer 2). Für den Fall, dass die Antragstellerin der [Verpflichtung](#) nach Ziffer 1 des Bescheides nicht nachkomme, wurde ein Zwangsgeld in Höhe von 10.000,00 EUR angedroht (Ziffer 3). Die Antragstellerin habe die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Gebühr wurde auf 100,00 EUR festgesetzt, die Auslagen ergäben sich aus der beiliegenden Kostenrechnung (Ziffer 4 bis 6).

Zur Begründung dieser Anordnung wurde ausgeführt, der Dienst „Facebook Custom Audience“ des Unternehmens Facebook ermögliche [verantwortlichen](#) Stellen die zielgerichtete [Werbung](#) auf dem sozialen Netzwerk Facebook. Dazu lade ein [Unternehmen](#) eine Liste mit seinen eigenen Kunden innerhalb seines Facebook-Kontos hoch oder kopiere eine Kundenliste und füge sie in die Benutzeroberfläche des Facebook-Kontos ein.

Die Listen könnten folgende Informationen über den Kunden enthalten: E-Mail-Adresse, Telefonnummer, Werbekunden-ID, Vorname, Nachname, Postleitzahl, Stadt, Bundesland, Land, Geburtsjahr, Geschlecht.

Nachdem das [Unternehmen](#) eine Textdatei mit Kundendaten ausgewählt habe, werde diese Kundendatei innerhalb des Browsers des Unternehmens verarbeitet, d.h. es werde u.a. für jede einzelne E-Mail-Adresse der Kunden mittels der kryptographischen Hashfunktion SHA-256 ein sogenannter Hashwert berechnet. Nachdem alle E-Mail-Adressen in Hashwerte transformiert worden seien, finde eine Übermittlung der einzelnen Hashwerte an einen Facebook-Server statt. Zusätzlich zu den gehashten Kundendaten würden auch Informationen zum [Unternehmen](#) sowie gegebenenfalls zur Werbemaßnahme übermittelt. Im Anschluss daran gleiche Facebook die erhaltenen Hashwerte mit den eigenen Hashwerten (SHA-256) der E-Mail-Adressen aller Facebook-Mitglieder ab. Seien zwei Hashwerte identisch, dann sei die E-Mail-Adresse und das dazugehörige Facebook-Mitglied ermittelt. Alle ermittelten Facebook-Mitglieder bildeten eine Custom Audience.

Nach Erstellung dieser Custom Audience entwerfe das [Unternehmen](#) Werbeanzeigen. Facebook-Mitglieder, die sich auf der Kundenliste des Unternehmens befänden, erhielten nun zielgerichtete [Werbung](#), die durch Facebook innerhalb des Facebook-Profiles des Nutzers ausgesendet werde. Die Zielgruppe der anzusprechenden Facebook-Mitglieder könne durch das [Unternehmen](#) näher spezifiziert werden, indem es die Zielgruppe unter Angabe eines oder mehrerer Merkmale definiere.

Darüber hinaus könne auch noch eine weitergehende, detaillierte Zielgruppenauswahl getroffen werden. Um zu [bestimmen](#), welche Merkmale oder Interessen einem Facebook-Nutzer zuzuordnen seien, verarbeite Facebook Informationen aus verschiedenen Quellen (z.B. aktueller Wohnort aus Profilen, IP-Adresse, [Daten](#) von Mobilgeräten sowie zusammengefasste Informationen zum Standort von Freunden). Zudem würden weitere Informationen auf dem Facebook-Profil eines Nutzers, dessen Aktivitäten auf Facebook und die Interaktionen des Nutzers mit [Unternehmen](#) ausgewertet. Nach der Erstellung der Kundenliste und der Einschränkung der Zielgruppe erhielten die ausgewählten Facebook-Mitglieder Werbeanzeigen des Unternehmens innerhalb des Portals facebook.de. Welche konkreten Facebook-Mitglieder beworben worden seien, erfahre der Werbetreibende (das [Unternehmen](#), das seine Kundendaten hochgeladen habe) nicht. Das [Unternehmen](#) könne anschließend festlegen, wie hoch das Budget sein solle. Es könne eine Custom Audience jederzeit innerhalb des Werbekontos [löschen](#). Sobald eine Custom Audience gelöscht worden sei, erfolge keine [Werbung](#) mehr an Facebook-Mitglieder. Das Werbeangebot von Facebook stelle das wesentliche Geschäftsmodell der Muttergesellschaft dar. Für die Nutzer sei das soziale Netzwerk Facebook kostenlos nutzbar.

Mitglieder von Facebook könnten innerhalb ihres Facebook-Kontos in den Privatsphäre-Einstellungen die ihnen zugeordneten Interessen einsehen und verändern sowie erfahren, in welchen Custom Audiences sie seien. Das Facebook-Mitglied erfahre auf diese Weise, welche [Unternehmen](#) ihn über Facebook bewerben. Facebook schließe mit Werbetreibenden einen [Vertrag](#), sogenanntes „Custom Audience Addendum“, in dem Art und Umfang der [Datenverarbeitung](#) geregelt seien. Weiterhin vereinbare der Werbetreibende „Nutzungsbedingungen für Custom Audience“ mit Facebook.

Die Antragstellerin betreibe einen Onlineshop und nutze den Dienst „Facebook Custom Audience“. Im Rahmen der Nutzung seien mehrfach Kundenlisten mit E-Mail-Adressen hochgeladen worden. Die Antragstellerin nutze für den Dienst Kundendaten, insbesondere E-Mail-Adressen, die z.B. im Rahmen von Bestellvorgängen erhoben worden seien. Eine [Einwilligung](#) von Kunden der Antragstellerin in die Nutzung ihrer E-Mail-Adressen im Rahmen des Dienstes „Facebook Custom Audience“ liege nicht vor.

Mit Schreiben vom 08.06.2017 sei die Antragstellerin zur Stellungnahme wegen des Einsatzes von Facebook Custom Audience aufgefordert worden. Diese habe daraufhin mitgeteilt, nach dortiger Ansicht sei zunächst strikt zwischen dem Hochladen der Kundenliste durch (...) für Werbezwecke und der weiteren [Datenverarbeitung](#) durch Facebook zu unterscheiden. Soweit die Kundendaten durch Facebook gehasht würden, sei laut Antragstellerin ein Auftragsdatenverhältnis anzunehmen. Nachdem bei einem Gesprächstermin am 11.08.2017 keine einheitliche Rechtsauffassung erzielt worden sei, habe das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht darauf hingewiesen, dass es sich um einen datenschutzrechtlichen Verstoß handle und beabsichtigt sei, eine Anordnung zu [erlassen](#), um diesen Verstoß zu [beseitigen](#).

Daraufhin habe die Antragstellerin erklärt, den Dienst von Facebook auch künftig einsetzen zu [wollen](#) und mitgeteilt, die Rechtmäßigkeit ihres Handelns gegebenenfalls in einem gerichtlichen Verfahren klären zu lassen. Auf eine nochmalige Anhörung sei verzichtet worden.

Die Anordnung in Ziffer 1 des Bescheides stütze sich auf § 38 Abs. 5 Satz 1 des Bundesdatenschutzgesetzes ([BDSG](#)).

Bei der Kundenliste, die die Antragstellerin an Facebook übermittle, handele es sich um [personenbezogene Daten](#). E-Mail-Adressen vermittelten, wenn der Inhaber eine [natürliche Person](#) sei, in der Regel einen Personenbezug. Durch die bisherige Verwendung im Rahmen der E-Mail-Kommunikation und durch Bekanntgabe auf Briefbögen, [Visitenkarten](#), usw. sei der Inhaber einer E-Mail-Adresse oft vielen [Personen](#) bekannt.

Dadurch könnten die Inhaber von E-Mail-Adressen über Verzeichnisse und Suchmaschinen wie auch über die Profilseiten von sozialen Netzwerken mit Namen, aber mitunter auch mit Anschrift und mit Fotos abrufbar oder auffindbar sein. Darüber hinaus enthielten E-Mail-Adressen häufig Namensbestandteile des Nutzers. Es erfolge auch keine Anonymisierung der Kundendaten von ... durch das Hashen. Das verwendete Hashverfahren SHA-256 sei kein geeignetes Anonymisierungsverfahren, weil die [Daten](#) nach dem Hashen zum Zwecke der personalisierten [Werbung verwendet](#) würden und einen Rückschluss auf einen konkreten Nutzer von Facebook möglich sei.

Facebook könne durch einen [Vergleich](#) der Hashwerte feststellen, welches Facebook-Mitglied auch Kunde der [verantwortlichen](#) Stelle, hier der Antragstellerin, sei. Dies sei immer dann der Fall, wenn zwei Hashwerte – ein übermittelter und ein von Facebook selbst berechneter – gleich seien. Da zu einem Facebook-Mitglied immer eine E-Mail-Adresse gehöre, könne Facebook dem Hashwert eine E-Mail-Adresse zuordnen, sofern deren Inhaber auch Facebook-Mitglied sei. Darüber hinaus könne der Hashwert der E-Mail-Adresse auch ohne verhältnismäßig hohen Aufwand zurückgerechnet werden.

Ein Verfahren zur Rückrechnung von Hashwerten bestehe darin, sog. Brute-Force-Methoden anzuwenden. Diese berechneten für eine Liste von Klartexten (z.B. E-Mail-Adressen) die dazugehörigen Hashwerte. Werde der berechnete Hashwert mit einem vorhandenen Hashwert verglichen und seien beide Hashwerte gleich, sei der passende Klartext zu dem Hashwert bekannt.

Durch diese Methode könne jeder Hashwert um den Klartext „zurückberechnet“ werden. Für die Beurteilung, ob das Hashverfahren zu einer Anonymisierung der E-Mail-Adresse führe, sei maßgeblich, wie groß der Aufwand an Rechenkapazitäten, [Geld](#) und Zeit für eine Rückrechnung sei. Da die meisten verwendeten E-Mail-Adressen einen Bezug zum eigenen Namen hätten sowie einem gewissen Regelwerk unterlägen, müsse bei der Transformation einer E-Mail-Adresse mit dem SHA-256-Verfahren davon ausgegangen werden, dass eine nicht unerhebliche Anzahl von Hashwerten zurückgerechnet werden könne. Diese Hashwerte erfüllten dann nicht die Anforderungen an die Anonymisierung gemäß § 3 Abs. [6 BDSG](#).

Facebook sei auch nicht Auftragsdatenverarbeiter. Bei Facebook handele es sich nicht um einen Auftragnehmer der Antragstellerin im Sinne des § [11 Abs. 1 BDSG](#), sondern um einen Dritten gemäß § 3 Abs. 8 Satz [2 BDSG](#). Eine [Auftragsdatenverarbeitung](#) liege dann vor, wenn die [verantwortliche Stelle](#) eine andere Stelle damit betraue, [Daten](#) zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen. Die Voraussetzungen einer [Auftragsdatenverarbeitung](#) seien jedoch dann nicht mehr gegeben, wenn dem Serviceunternehmer eine eigenständige „rechtliche Zuständigkeit“ für die Aufgabe zugewiesen und ein inhaltlicher Bewertungs- und Ermessensspielraum eingeräumt werde. Im konkreten Fall bestimme Facebook in eigenem [Ermessen](#), welche seiner Facebook-Mitglieder beworben würden. Facebook werte das Verhalten seiner Mitglieder aus (z.B. Drücken des Like-Buttons).

Daraus ergäben sich Interessen, die den Zielgruppen der Custom Audience zugeordnet würden. Die Antragstellerin bestimme lediglich, welche Interessen eine Gruppe von Facebook-Mitgliedern haben solle. Welche konkreten Facebook-Mitglieder schließlich beworben würden, erfahre die Antragstellerin nicht. Sie habe auch keine Möglichkeiten, die zu Bewerbenden individuell auszuwählen. Darüber hinaus wäre die Antragstellerin auch nicht selbst in der Lage, die konkreten [Betroffenen](#), die über ihr Facebook-Profil [Werbung](#) erhielten, auszuwählen. Facebook lasse bei der Auswahl der zu Bewerbenden eigenes Wissen anhand der Profildaten seiner Facebook-Mitglieder einfließen, so dass ausschließlich Facebook in der Lage sei, die ausgewählte Custom Audience zu bewerben. Zudem verfolge Facebook ein über den Auftrag hinausgehendes Eigeninteresse, da das soziale Netzwerk Facebook für alle Nutzer „kostenlos“ zur [Verfügung](#) stehe. Einnahmen würden hier ausschließlich über das Geschäftsmodell der Profilverbung generiert. Schließlich spreche für die Annahme, dass es sich bei Facebook um einen Dritten im Sinne des § 3 Abs. 8 Satz [2 BDSG](#) handele, dass Facebook seinen Mitgliedern (zu Recht) [Betroffenenrechte](#) einräume.

So könne der Nutzer innerhalb seines Facebook-Kontos in den Einstellungen zur Privatsphäre die ihm zugeordneten Interessen einsehen und verändern sowie erfahren, in welche Custom Audiences er aufgenommen worden sei. Der Abgleich der Kundenliste der Antragstellerin mit den eigenen Mitgliedern durch Facebook und das anschließende Bewerben der eigenen Mitglieder, die auch Kunden der Antragstellerin seien, sei ein einheitlicher Vorgang, auf den die Antragstellerin keinen Einfluss habe. Eine Aufspaltung dieses Vorgangs mit dem Ziel, den Abgleich der Kundenliste der Antragstellerin mit den eigenen Mitgliedern als Auftragsdatenverarbeitungsverhältnis und die anschließende Bewerbung als davon losgelöste [Datenverarbeitung](#) von Facebook in eigener Verantwortlichkeit zu bewerten, sei unzutreffend, führte aber im Ergebnis auch zu keiner anderen datenschutzrechtlichen Bewertung. Entscheidend für die Frage, ob ein Auftragsdatenverarbeitungsverhältnis vorliege, sei nicht die vertragliche Vereinbarung gemäß § [11 BDSG](#) zwischen den Beteiligten. Die Einstufung als für die [Verarbeitung Verantwortlicher](#) oder als [Auftragsverarbeiter](#) müsse jeweils im Hinblick auf spezifische [Daten-](#) oder Vorgangsserien bewertet werden.

Die datenschutzrechtlich relevante [Verarbeitung](#) betreffe die vollständige und bestimmungsmäßige Nutzung des Dienstes Facebook Custom Audience über die Kundenliste zu Werbezwecken. Eine Aufspaltung dieses Dienstes in einerseits die Umwandlung der E-Mail-Adressen zu Hashwerten und andererseits den Abgleich der Hashwerte sowie die Auswahl der Custom Audience anhand spezifischer Merkmale und Interessen und die anschließende Ausspielung der [Werbung](#) auf Facebook sei nur künstlich und nicht sachgerecht. Dies würde dazu führen, dass ein einheitlicher Sachverhalt unnatürlich auseinandergerissen werde. Im Übrigen erfolge die Vergütung für den Dienst Facebook Custom Audience nicht allein für die [Verarbeitung](#) der E-Mail-Adressen zu Hashwerten, wie es der Auftragsdatenverarbeitungsvertrag vorsehe, sondern erstrecke sich vielmehr auf die Ausspielung der [Werbung](#).

Eine [Einwilligung](#) i.S.v. § 4a [BDSG](#), § 28 Abs. 3a [BDSG](#), dass die Antragstellerin ihre Kundendaten an Facebook übermittle, liege nicht vor. Die allgemeinen Voraussetzungen für eine wirksame [Einwilligung](#) gemäß § 4a [BDSG](#) seien nicht erfüllt, da es schon an einer Information über die konkrete [Datenverarbeitung](#) fehle. Weder die Datenschutzhinweise der Antragstellerin noch die [AGB](#) hätten zum Zeitpunkt der Prüfung einen Hinweis über den Datenumgang mit E-Mail-Adressen im Zusammenhang mit [Werbung](#) über Facebook enthalten. Darüber hinaus fehle es an einer bewussten und eindeutigen Handlung, mit der der [betroffene](#) Kunde der Antragstellerin unmissverständlich zum Ausdruck bringe, dass er mit der Weitergabe seiner E-Mail-Adresse an Facebook einverstanden sei.

Die Übermittlung der Kundendaten an Facebook sei auch nicht aufgrund einer sonstigen Rechtsgrundlage zulässig. Als Rechtfertigung käme hier allenfalls § 28 Abs. 3 Satz 1 oder Satz [2 BDSG](#) in Frage. Nach § 28

Abs. 3 Satz 1 [BDSG](#) sei die [Verarbeitung](#) oder Nutzung [personenbezogener Daten](#) für Zwecke des Adresshandels oder der [Werbung](#) zulässig, soweit der [Betroffene](#) eingewilligt habe und im Falle einer nicht schriftlich erteilten [Einwilligung](#) die [verantwortliche Stelle](#) nach Abs. 3a verfare. Eine [Einwilligung](#) habe jedoch nicht vorgelegen. Nach § 28 Abs. 3 Satz 2 [BDSG](#) sei darüber hinaus die [Verarbeitung](#) oder Nutzung [personenbezogener Daten](#) zulässig, soweit es sich um listenmäßig oder sonst zusammengefasste [Daten](#) über Angehörige einer Personengruppe handele, die sich auf die Zugehörigkeit des [Betroffenen](#) zu dieser Personengruppe, seine Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung, seinen Namen, Titel, akademischen Grad, seine Anschrift und sein Geburtsjahr beschränkten und soweit die [Verarbeitung](#) oder Nutzung [erforderlich](#) sei.

Unabhängig davon, ob es sich bei den Kontakten in den Kundenlisten der Antragstellerin überhaupt um eine Personengruppe in diesem Sinne handele, gehöre die E-Mail-Adresse jedenfalls nicht zu den insoweit privilegierten Datenarten und dürfe somit nicht auf dieser Grundlage zu Zwecken der [Werbung](#) erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Zwar könnten gemäß § 28 Abs. 3 Satz 3 [BDSG](#) für Zwecke der [Werbung](#) für eigene Angebote weitere [Daten](#) zu den nach Satz 2 Nr. 1 genannten [Daten](#) hinzugespeichert werden. Allerdings sei eine [Verarbeitung](#) gemäß § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 [BDSG](#) i.V.m. § 28 Abs. 3 Satz 3 [BDSG](#) nur zulässig, soweit schutzwürdige Interessen des [Betroffenen](#) nicht entgegenstünden (§ 28 Abs. 3 Satz 6 [BDSG](#)). Es sei daher eine Abwägung zwischen den Interessen der Antragstellerin und den Interessen der [Betroffenen](#), d.h. der Kunden der Antragstellerin, vorzunehmen. Diese Interessenabwägung ergebe sich nach einer richtlinienkonformen Auslegung des § 28 Abs. 3 Satz 6 [BDSG](#), wonach die Wertung des Art. 7 lit. f der Richtlinie 95/46/EG zu berücksichtigen sei.

Das Interesse der Antragstellerin an [Werbung](#) auf sozialen Netzwerken sei als berechtigt anzusehen. Demgegenüber stünden die Grundrechte der Kunden der Antragstellerin auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens und Schutz [personenbezogener Daten](#) gemäß Art. 7 und 8 der [EU-Grundrechtecharta](#) sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. [Art. 2 Abs. 1 GG](#) i.V.m. [Art. 1 Abs. 1 GG](#). Indem die E-Mail-Adressen der Kunden der Antragstellerin an Facebook übermittelt würden, werde zugleich die Information preisgegeben, dass ein Nutzer auch Kunde der Antragstellerin sei. Diese Information werde von der Antragstellerin für die eigene Profilerstellung für kommerzielle Zwecke genutzt. Zwar sei vertraglich zwischen der Antragstellerin und Facebook vereinbart, dass die Hashwerte [unverzüglich](#) nach dem Abgleich gelöscht werden. Der Screenshot eines Profils eines Beschwerdeführers belege jedoch, dass die Information, dass er über die Kundenliste eines Unternehmens beworben werde, auch zum Profil des Nutzers hinzugefügt werde. Ohne das Hochladen der Kundenliste hätte Facebook diese Information nicht erhalten. Zudem erwarte ein ...Kunde, der seine E-Mail-Adresse im Rahmen des Bestellvorgangs abgebe, nicht, dass diese E-Mail-Adresse an Facebook übermittelt werde.

Schließlich stehe dem überwiegenden Interesse der Antragstellerin entgegen, dass durch den Einsatz des Tools Facebook Custom Audience über die Kundenliste die [Betroffenenrechte](#) nicht gewahrt würden. Die Wahrung der [Betroffenenrechte](#) sei aber unabdingbare Voraussetzung für eine zulässige [Datenverarbeitung](#). Die Antragstellerin könne ihre Hinweispflicht gemäß § 4 Abs. 3 [BDSG](#) nicht erfüllen. [Verantwortliche](#) Stellen seien hiernach verpflichtet, dem [Betroffenen](#) über die Identität der [verantwortlichen](#) Stelle, den Zweck der [Verarbeitung](#) und die Kategorien von [Empfängern](#) zu informieren, soweit der [Betroffene](#) nach den Umständen des Einzelfalles nicht mit der Übermittlung an diese rechnen müsse.

Diese Informationspflicht könne die Antragstellerin nicht erfüllen, da sie keine Kenntnis darüber habe, welche [Betroffenen](#) der Kundenliste nach dem Abgleich durch Facebook ausgewählt und schließlich beworben würden. Aus dem gleichen Grund sei es der Antragstellerin auch nicht möglich, dem [Betroffenen](#) Auskunft

über die [Verarbeitung](#) seiner [personenbezogenen Daten](#) zu geben. Da Facebook nicht mitteile, welche Mitglieder beworben werden, könne die Antragstellerin folglich auch ihrer Auskunftspflichtung aus § 34 [BDSG](#) nicht in dem vom Gesetz vorgeschriebenen Maß nachkommen. Schließlich sei auch die praktische Umsetzung eines Widerspruchs gegen die [Verarbeitung](#) nicht möglich. Zwar sei ein Widerspruchsrecht gesetzlich nicht zwingend vorgeschrieben. Allerdings würde die Möglichkeit, der [Datenverarbeitung](#) widersprechen zu können, die Schwere der Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung reduzieren. Eine Abwägung der Interessen im konkreten Einzelfall ergebe, dass die Interessen der [betroffenen](#) Kunden der Antragstellerin die Interessen der Antragstellerin selbst überwögen und folglich die [Datenverarbeitung](#) nicht gemäß § 28 Abs. 3 Satz 6 [BDSG](#) zulässig sei.

Darüber hinaus sei festzuhalten, dass die Übermittlung einer Liste mit [personenbezogenen Daten](#) von Kunden der Antragstellerin an Facebook unter Heranziehung der ab dem 25.05.2018 geltenden Rechtsgrundlage, der [Datenschutz-Grundverordnung](#), ebenfalls unzulässig wäre und gemäß [Art. 83 Abs. 5 DSGVO](#) (der [Datenschutz-Grundverordnung](#)) einen Verstoß darstellen würde, der mit einer Geldbuße von bis zu 20 Mio. EUR bzw. 4% des weltweiten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres bedroht sei. Auf die weitere Begründung des Bescheides, insbesondere zur Anordnung der sofortigen Vollziehung und der Zwangsgeldandrohung, wird Bezug genommen.

Gegen diesen Bescheid ließ die Antragstellerin mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 01.02.2018 – bei Gericht eingegangen am selben Tag – Klage erheben, die unter dem Aktenzeichen B 1 K 18.106 geführt wird. Zugleich wurde um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht und beantragt, die aufschiebende Wirkung der mit (hiesigem) Schriftsatz vom 01.02.2018 erhobenen Klage der Antragstellerin gegen den Bescheid vom 16.01.2018 (...) wiederherzustellen.

Zur Begründung von Klage und Eilantrag wurde insbesondere ausgeführt, der für Custom Audiences verwendete SHA-256 Hash-Algorithmus werde vom Bundesamt für die Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) als sicher angesehen und empfohlen. Facebook könne auf Basis der Custom Audience für das jeweilige [Unternehmen](#) auch sogenannte „Vergleichsaudiences“ erstellen, die beispielsweise nur Facebook-Mitglieder erhielten, die ähnliche Interessen aufwiesen wie eine „Ausgangsaudience“ und daher vom [Unternehmen](#) zum Zweck der Neukundenakquise genutzt werden könnten.

Für die Bildung der Vergleichsaudiences würden ausschließlich [Daten verwendet](#), die Facebook selbst erhoben habe. Gegenstand der Anordnung des Antragsgegners seien nach Verständnis der Antragstellerseite diese „Ausgangsaudiences“, die vom Antragsgegner als „Custom Audience (Kundenlisten)“ bezeichnet würden, hingegen nicht die von Facebook in eigener Verantwortung erstellten Vergleichsaudiences. In sämtlichen Custom Audiences befänden sich aufgrund der dargestellten Vorgehensweise nur Facebook-Mitglieder, die im Zuge ihrer Registrierung bei Facebook den Nutzungsbedingungen und der Datenrichtlinie von Facebook zugestimmt hätten. Diese könnten in ihrem Nutzerkonto bei Facebook in den Privatsphäre-Einstellungen jederzeit einsehen, welche Interessen ihnen zugeordnet seien und diese auch verändern.

Sie könnten darüber hinaus einsehen, welchen Custom Audiences (in Form von „Ausgangsaudiences“) sie aktuell zugeordnet seien und auf diese Weise erfahren, welche [Unternehmen](#) sie über Facebook gezielt bewerben. Hierdurch würden die Mitglieder (nochmals) darauf hingewiesen, welche [Unternehmen](#) ihre [Daten](#) zu Marketingzwecken im Zusammenhang mit dem Dienst Custom Audience nutzten und die Mitglieder hätten die Möglichkeit, den jeweiligen [Unternehmen](#) mitzuteilen, dass eine weitere Datennutzung zu dem genannten Zweck nicht erfolgen solle. Der Hinweis darauf, welchen Custom Audiences ein Mitglied zuzuordnen sei, sei daher positiv für das Mitglied. Insoweit sei allerdings festzuhalten, dass Facebook diese Information nicht zur

Bewerbung des Nutzers außerhalb der jeweiligen Custom Audience verwende. Facebook-Mitglieder seien nicht auf die Privatsphäre-Einstellungen beschränkt, wenn sie ihre Rechte als Nutzer (etwa auf Auskunft) geltend machen möchten.

Die Antragstellerin habe zur Nutzung des Dienstes Custom Audience ausschließlich bereits von ihr gehashte E-Mail-Adressen zu Facebook hochgeladen, die sie (die Antragstellerin) zuvor als verantwortliche Stelle im datenschutzrechtlichen Sinne im Rahmen von eigenen Kundenbeziehungen direkt bei den Betroffenen erhoben habe.

Die Antragstellerin habe, anders als im Bescheid behauptet, zu keinem Zeitpunkt argumentiert, die Kundendaten würden durch Facebook gehasht und insoweit sei ein Auftragsdatenverarbeitungsverhältnis anzunehmen oder es bestünde zwischen ihr und Facebook ein Auftragsdatenverarbeitungsverhältnis, soweit es um die Umwandlung der E-Mail-Adressen von Klartext zu Hashwerten gehe.

Das Auftragsdatenverarbeitungsverhältnis beziehe sich vielmehr auf den Abgleich bereits von der Antragstellerin selbst gehashter E-Mail-Adressen durch Facebook. Vertragliche Grundlage für die von Facebook für die Antragstellerin durchgeführten Überschneidungsanalysen seien die sogenannten „Nutzungsbedingungen für Custom Audience“ von Facebook.

Facebook habe sich insofern vertraglich dazu verpflichtet, die Information, wessen Kunde ein Facebook-Mitglied sei, nicht für eigene Werbezwecke oder Werbezwecke Dritter und nicht zur Ergänzung der bei Facebook vorliegenden Informationen über das Mitglied zu verwenden. Facebook habe darüber hinaus gegenüber der Antragstellerin – zuletzt in einem Gespräch am 23.01.2018 – versichert, dass eine Verknüpfung tatsächlich nicht erfolge.

Facebook habe die Einhaltung der in den vorstehenden Nutzungsbedingungen getroffenen zentralen Aussagen durch die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (...) prüfen lassen (ein entsprechender Bericht wurde als Anlage K3 vorgelegt, worauf Bezug genommen wird). Dieser Report erhalte auf den Seite 4 bis 5 die Bestätigung, dass u.a. die folgenden Aussagen Facebooks aus dem Report zuträfen: Die für den Abgleichprozess vom zu bewerbenden Unternehmen zur Verfügung gestellten Daten würden von Facebook weder anderen Werbetreibenden noch sonstigen Dritten zur Verfügung gestellt und die gehashten Daten würden nach Durchführung des Abgleichs gelöscht.

Dabei ergebe sich auch aus dem Report, dass die Löschung der gehashten Daten nach maximal 48 Stunden erfolge. Der Antragstellerin lägen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass Facebook im Zusammenhang mit dem Dienst Custom Audience gegen vertragliche Vereinbarungen verstoße. Insofern werde die im Bescheid getroffene Aussage, Facebook nutze das Zusatzwissen, dass Facebook-Mitglieder auch Kunden von ... seien, für eigene Zwecke, indem sie deren bereits vorhandenes Profil mit weiteren Merkmalen anreichere, ausdrücklich bestritten.

Die Behauptung, der Screenshot eines nicht näher bestimmten Beschwerdeführers zeige, dass die Information, er werde über die Kundenliste eines Unternehmens beworben, zu seinem Profil hinzugefügt

werde, werde zur Rechtswahrung mit Nichtwissen bestritten. Ebenso werde mit Nichtwissen bestritten, dass es sich bei dem im Screenshot genannten [Unternehmen](#) um die Antragstellerin handele. Unklar sei hierbei bereits, was der Antragsgegner unter „Profilinformationen“ verstehe. Es bestehe im Übrigen ein Unterschied zwischen den Informationen, die Facebook nutze, um [Werbung](#) an seine Mitglieder auszuspielen und der von Facebook bereitgestellten Möglichkeit, dass die Facebook-Mitglieder in ihren Privatsphäreinstellungen feststellen könnten, in welchem Custom Audiences sie enthalten seien.

Relevant sei darüber hinaus die geschlossene Zusatzvereinbarung (als Anlage K4 nebst einer Übersetzung des wesentlichen Teils, Anlage K5, vorgelegt). Dieser könne entnommen werden, dass es sich um eine Vereinbarung zur [Auftragsdatenverarbeitung](#) handle, die schriftlich vereinbart worden sei und sämtliche diesbezüglichen Anforderungen des § 11 BDSG erfülle.

Der Vereinbarung lasse sich insbesondere entnehmen, dass die Antragstellerin sich in Bezug auf die gehashten [Daten](#) ein Weisungsrecht gegenüber Facebook habe einräumen lassen. Danach könne sie Facebook u.a. jederzeit anweisen, die gehashten [Daten](#) zu [löschen](#). Gleichzeitig sei Facebook verpflichtet, die gehashten [Daten](#) nur im vertraglich definierten Umfang zu verwenden. Dementsprechend dürften die gehashten E-Mail-Adressen von Facebook ausschließlich für die Überschneidungsanalyse [verwendet](#) werden.

Von der Überschneidungsanalyse zur Erstellung der „Ausgangsaudience“ abzugrenzen sei die Nutzung von [Daten](#), die Facebook als [verantwortliche Stelle](#) verarbeite (z. B. Nutzung von Like-Buttons, Nutzung von Account-Informationen). Diese Informationen flössen in die Interessen des Nutzers ein und würden von Facebook für werbliche Zwecke [verwendet](#), nämlich u.a. zur gezielten Bewerbung der „Ausgangsaudiences“ und der Erstellung von „Vergleichsaudiences“, und zwar in alleiniger Verantwortung Facebooks. Stringent sei es daher, dass sich die Zusatzvereinbarung und somit die Vereinbarung einer [Auftragsdatenverarbeitung](#) zwischen der Antragstellerin und Facebook ausschließlich auf die Nutzung der gehashten E-Mail-Adressen, die die Antragstellerin bei Facebook hochlade, zur Durchführung der Überschneidungsanalyse beschränke.

Die Antragstellerin informiere ihre Kunden und sonstigen Website-Besucher über den Einsatz von Custom Audience. Der Datenschutzhinweis ihres Internetangebots enthalte hierzu an prominenter Stelle seit dem 22.08.2017 einen entsprechenden Hinweis. Diese Datenschutzhinweise stünden den [Betroffenen](#) bereits bei der Registrierung zur [Verfügung](#) und müssten bei Anlage eines Kundenkontos zwingend aktiv bestätigt werden. Darüber hinaus seien die Nutzer der Website ... im Datenschutzhinweis der Website auch vor dem 22.08.2017 darüber informiert worden, dass ihre E-Mail-Adresse auch für eigene und fremde Werbezwecke genutzt und übermittelt würden und sie hiergegen jederzeit Widerspruch erheben könnten. Vor diesem Hintergrund sei die Behauptung, die Kunden der Antragstellerin seien nicht informiert gewesen (S. 14 des Bescheids), unzutreffend.

Unzutreffend sei es auch, dass die [Betroffenen](#) nicht hätten widersprechen können. Auch die weitere Behauptung, ein solcher [Werbewiderspruch](#) lasse sich im Zusammenhang mit den Kundenlisten nicht umsetzen, sei [falsch](#). Tatsächlich könnten [Betroffene](#) jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widersprechen. Sobald ein Kunde, der auf einer bei Facebook hochgeladenen Kundenliste stehe, widerspreche, könne die Antragstellerin die „Ausgangsaudience“ bei Facebook aktualisieren, in dem sie den widersprechenden Kunden von der zu hashenden Kundenliste entferne, die entsprechend bereinigte Kundenliste erneut hashe und bei Facebook wieder hochlade. Im Ergebnis entstehe so eine aktualisierte „Ausgangsaudience“ bei Facebook, die – bis auf die [Daten](#) der [Personen](#), die zwischenzeitlich widersprochen hätten – dieselben

Kunden betreffe wie vorher. Dies habe die Antragstellerin in der Vergangenheit auch getan.

Insofern sei für einen effektiven Widerspruch nicht entscheidend, dass die Antragstellerin keine einzelnen [Betroffenen](#) von dieser Liste [löschen](#) könne. Es werde mit Nichtwissen bestritten, dass sich aus der Eingabe eines einzelnen Facebook-Mitglieds, dessen gehashte [Daten](#) durch (irgendein) [Unternehmen](#) hochgeladen worden seien und der Teil einer Custom Audience geworden sei, schließen lasse, dass die Kunden nicht möchten, dass Facebook auch Informationen darüber erhalte, bei welchen [Unternehmen](#) sie Produkte oder Dienstleistungen erwürben. Auch werde mit Nichtwissen bestritten, dass das durchschnittliche Facebook-Mitglied nicht erwarte, dass die Information, dass er Kunde eines Onlineshops sei, an Facebook übermittelt werde. Weiterhin sei unzutreffend, dass die Antragstellerin im Zusammenhang mit dem Dienst Custom Audience nicht in der Lage sei, die [Betroffenenrechte](#), namentlich das Recht auf Information und Auskunft, zu erfüllen. Die [Betroffenenrechte](#) seien lückenlos gewahrt. Wie bereits dargelegt, könne die Antragstellerin gegenüber Facebook festlegen, welche Zielgruppen innerhalb des von Facebook betriebenen sozialen Netzwerks [Werbung](#) des Unternehmens angezeigt erhalten sollen. Welche Interessen die Beworbenen hätten, ergebe sich wiederum aus deren Facebook-Nutzerkonto, auf das nur Facebook als Betreiber des Netzwerks und das jeweilige Facebook-Mitglied Zugriff hätten. Insofern seien die auf Seite 11 des Bescheids getätigten Ausführungen ebenfalls nicht zutreffend. Richtig sei vielmehr, dass die Antragstellerin festlege, welche Zielgruppen beworben werden sollten, also bestimme, welche Interessen die Facebook-Mitglieder haben sollen, die ihre [Werbung](#) angezeigt erhielten. Sie bestimme aber nicht, welche Interessen eine Gruppe von Facebook-Mitgliedern haben solle. Dies bestimmten allenfalls Facebook bzw. das jeweilige Mitglied.

Im Bescheid werde zutreffend erwähnt, dass die Antragstellerin nicht erfahre, wem ihre Anzeigen angezeigt würden. Klarstellend werde festgehalten, dass die Antragstellerin von Facebook auch nicht erfahre, welche ihrer Kunden in ihre „Custom Audiences“ aufgenommen worden seien, geschweige denn, welche Interessen ihren einzelnen Kunden als Facebook-Mitglieder zugeordnet seien. Diese [personenbezogenen Daten](#) verblieben bei Facebook. Facebook stelle der Antragstellerin nur aggregierte statistische Informationen zu den generellen [Eigenschaften](#) der Gesamtheit ihrer Kunden bereit. Ergänzend halte die Antragstellerin fest, dass sie bei der Zielgruppenauswahl gegenüber Facebook zu keinem Zeitpunkt eine Auswahl anhand besonderer Arten von [Daten](#) im Sinne des § 3 Abs. [9 BDSG](#) vorgenommen habe und dies auch zukünftig nicht beabsichtige.

Ein Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorgaben im Sinne des § 38 Abs. 5 Satz [1 BDSG](#) liege nicht vor. Dies gelte sowohl unter derzeitigem [Datenschutzrecht](#) als auch unter der ab dem 25.05.2018 anzuwendenden [DSGVO](#).

Die Antragstellerin habe [Daten](#) ausschließlich rechtmäßig verarbeitet. Anders als vom Antragsgegner angenommen, könnten und müssten die einzelnen mit dem Dienst „Custom Audience (Kundenliste)“ verbundenen Datenverarbeitungen getrennt betrachtet werden. Insofern sei die Weitergabe gehashter E-Mail-Adressen durch die Antragstellerin an Facebook zum Abgleich zur Erstellung einer „Ausgangsaudience“ im Rahmen einer [Auftragsdatenverarbeitung](#) möglich.

Es handele sich bei der Weitergabe der gehashten E-Mail-Adressen an Facebook zum Zwecke des Abgleichs mit Facebook-Nutzerdaten nicht um eine Übermittlung an Dritte im Sinne des § 3 Abs. [8 Satz 2 BDSG](#), sondern um eine Weitergabe von [Daten](#) im Rahmen einer (zulässigen) [Auftragsdatenverarbeitung](#) nach § [11 BDSG](#). Bei zutreffender Betrachtung sei strikt zu trennen zwischen der [Verarbeitung](#) der [Daten](#), die die Antragstellerin (unstreitig) rechtmäßig erhoben, dann gehasht und in gehashter Form bei Facebook

hochgeladen habe und der [Verarbeitung](#) von [Daten](#), die Facebook selbst erhoben habe. Die geforderte informationelle Trennung sei gewährleistet.

Die gehashten [Daten](#) dürften von Facebook nur für die Überschneidungsanalyse genutzt werden und würden danach gelöscht. Facebook sei insoweit nach den zwischen der Antragstellerin und ihm geschlossenen Vereinbarungen weisungsgebunden. Eine Anreicherung von [Daten](#), die Facebook als [verantwortliche Stelle](#) verarbeite, mit diesen gehashten [Daten](#), sei insofern ausgeschlossen. Darüber hinaus wäre es sogar möglich, dass Facebook [Daten](#), die die Antragstellerin erhoben habe, einerseits als Auftragsdatenverarbeiter und andererseits als [verantwortliche Stelle](#) verarbeite. Wenn eine solche Trennung bei den [Daten](#) eines Auftraggebers möglich sei, müsse dies erst Recht möglich sein, wenn es sich um [Daten](#) unterschiedlicher [verantwortlicher](#) Stellen handele. Eine strikte Trennung sei im vorliegenden Fall dadurch gegeben, dass die bei Facebook hochgeladenen gehashten E-Mail-Adressen ausschließlich für die Überschneidungsanalyse genutzt werden dürften und danach zu [löschen](#) seien.

Der Bildung der „Ausgangsaudience“ nachgelagert und hiervon auch unabhängig erfolge eine Bewerbung der darin enthaltenen [Betroffenen](#). Hierfür verwende Facebook in eigener Verantwortung erhobene und verarbeitete [Daten](#), die Vereinbarung über die [Auftragsdatenverarbeitung](#) greife hierbei insofern nicht. Die Antragstellerin habe zu keinem Zeitpunkt behauptet, für die [Verarbeitung](#) dieser [Daten](#) verantwortlich zu sein bzw. Facebook insoweit als Auftragsdatenverarbeiter einzuschalten. Daher sei es im Übrigen auch konsequent, dass die Antragstellerin nicht erfahre, welche konkreten Facebook-Nutzer schließlich beworben würden. Gleichzeitig sei Facebook insoweit auch eindeutig verpflichtet, seinen Mitgliedern gegenüber [Betroffenenrechte](#) einzuräumen und komme damit einer originären [Verpflichtung](#) nach, die unabhängig von der [Verarbeitung](#) der gehashten [Daten](#) der Antragstellerin bestehe. Im Bescheid werde zwar behauptet, dass die [Verarbeitung](#) der gehashten [Daten](#) durch Facebook einerseits und die nachgelagerte Bewerbung andererseits einen einheitlichen Vorgang darstelle, der nicht aufgespalten werden könne. Eine sachliche Begründung hierfür werde aber nicht geliefert.

Das zitierte „Working Paper Nr. 169 der Art. 29-Datenschutzgruppe“ spreche hingegen vielmehr für die Auffassung der Antragstellerin.

Facebook erfülle im Hinblick auf den Umgang mit den gehashten [Daten](#) beide dort genannten grundlegenden Bedingungen für eine Einstufung als Auftragsdatenverarbeiter. Facebook habe eine rechtlich eigenständige Stellung und verarbeite die von der Antragstellerin erhobenen gehashten E-Mail-Adressen ausschließlich im Auftrag der Antragstellerin als [verantwortliche Stelle](#). Allein die Vorgabe der Antragstellerin gegenüber Facebook, [Werbung](#) an bestimmte Zielgruppen auszuspielen, ohne dass ihr Informationen zu den [Betroffenen](#) vorlägen bzw. an sie übermittelt würden, sei hingegen im Hinblick auf das zu bewerbende [Unternehmen](#) (hier also die Antragstellerin) kein datenschutzrechtlich relevanter Vorgang. Dies sei von den [Behörden](#) seit Jahren anerkannt. Dass eine Überschneidungsanalyse auf Basis einer [Auftragsdatenverarbeitung](#) zum Zweck der Vermeidung einer Mehrfachbewerbung möglich sei, werde von den Datenschutzbehörden im Bereich der Printwerbung seit vielen Jahren ebenfalls anerkannt. Datenschutzrechtlich sei bei der Bewertung dieses sogenannten „Waschabgleichs“ die Vorgabe der Selektionskriterien durch das zu bewerbende [Unternehmen](#) nicht als datenschutzrechtlich relevanter Vorgang anzusehen. Rechtsgrundlage für die Selektion der [Daten](#) und die Nutzung für den Versand der [Werbung](#) sei § 28 Abs. 3 Satz [5 BDSG](#). Eine Übermittlung von [Daten](#) an einen Dritten im Sinne des § 3 Abs. 4 Nr. [3 BDSG](#) erfolge nicht.

Weder das zu bewerbende [Unternehmen](#) noch der Listeigner erhielten personenbezogene Informationen vom jeweils anderen. Der Letter-Shop wiederum unterstütze die jeweiligen [Verantwortlichen](#) lediglich bei der Nutzung seiner [Daten](#) für eigene bzw. fremde Werbezwecke, und zwar jeweils im Rahmen einer [Auftragsdatenverarbeitung](#). Ein vergleichbarer Vorgang erfolge bei der streitgegenständlichen Überschneidungsanalyse. Die Antragstellerin ersuche Facebook, ihre Mitglieder nach bestimmten Kriterien zu bewerben. Facebook ermittle hierfür zunächst die zu bewerbende Ausgangsaudience für die Antragstellerin. Eine Übermittlung von Informationen an Facebook in Form einer Anreicherung der entsprechenden von Facebook für die [Werbung](#) für Dritte genutzten Informationen sei vertraglich abgeschlossen.

Auch die Antragstellerin erhalte von Facebook keine Informationen zu deren Kunden und erfahre auch nicht, welcher ihrer Kunden gleichzeitig ein Facebook-Mitglied sei. Im Nachgang beauftrage die Antragstellerin Facebook damit, ihr Werbematerial auszuspielen. Dabei bestimme die Antragstellerin als zu bewerbendes [Unternehmen](#) lediglich die Kriterien, die die zu bewerbenden [Personen](#) erfüllen sollten, erfahre aber nicht, um wen es sich dabei handle. Facebook wiederum nutze die eigenen Datenbestände für die Selektion und bewerbe die Nutzer, die die vorgegebenen Kriterien erfüllten.

Die Vorgabe der Selektionskriterien durch die Antragstellerin sei kein datenschutzrechtlich relevanter Vorgang. Rechtsgrundlage sei § 28 Abs. 3 Satz [5 BDSG](#), wonach [verantwortliche](#) Stellen [personenbezogene Daten](#) für Zwecke der [Werbung](#) für fremde Angebote nutzen dürfen, wenn für den [Betroffenen](#) bei der Ansprache zum Zwecke der [Werbung](#) die für die Nutzung der [Daten verantwortliche Stelle](#) eindeutig erkennbar sei. Eine Übermittlung von [Daten](#) an einen Dritten im Sinne des § 3 Abs. 4 Nr. [3 BDSG](#) erfolge nicht. Weder die Antragstellerin noch Facebook erhielten personenbezogene Informationen vom jeweils anderen. Bei der Überschneidungsanalyse wiederum unterstütze Facebook die Antragstellerin lediglich bei der Vorbereitung von deren [Werbung](#) und zwar im Rahmen einer [Auftragsdatenverarbeitung](#).

Auch das auf Seiten von Facebook bestehende, eigene wirtschaftliche Interesse an dem Abgleich der Hash-Werte zum Zweck der Bildung der Ausgangsaudience schließe das Vorliegen eines Auftragsdatenverarbeitungsverhältnisses nicht aus. Facebook könne die Überschneidungsanalyse daher durchaus als Auftragsdatenverarbeiter durchführen, auch wenn es ein finanzielles Interesse daran habe, dass die Antragstellerin im Nachgang bei ihr die Schaltung kostenpflichtiger [Werbung](#) beauftrage. Für die Rechtmäßigkeit der [Verarbeitung](#) der gehashten E-Mail-Adressen durch die Antragstellerin komme es allein darauf an, dass diese selbst die [Daten](#) als [verantwortliche Stelle](#) entsprechend nutzen dürfe, also eine Rechtsgrundlage im Sinne des § [4 Abs. 1 BDSG](#) für ihre [Datenverarbeitung](#) vorliege. Die Antragstellerin dürfe die [Daten](#) für eigene Werbezwecke (§ 28 Abs. 3 Satz [3 BDSG](#)) verwenden. Es werde auch von Datenschutzbehörden anerkannt, dass die Rechtsgrundlage für die Nutzung der E-Mail-Adresse zu werblichen Zwecken § 28 Abs. 3 Satz [3 BDSG](#) sei. Diese Norm spreche zwar vom Wortlaut her lediglich davon, dass [Daten](#) „hinzugespeichert“ werden dürfen und erwähne eine Nutzung der [Daten](#) daher nicht. Hierbei handele es sich jedoch um ein redaktionelles Versehen, die Gesetzesbegründung sei insoweit eindeutig. Von dem bestehenden Selektionsrecht mache die Antragstellerin mit dem Hashen der E-Mail-Adressen und deren Hochladen in ihr Facebook-Konto zur Durchführung einer Überschneidungsanalyse und der nachfolgenden Erstellung einer Ausgangsaudience für die Bewerbung eigener Kunden Gebrauch. Aus Sicht der Datenschutzbehörden sei entscheidend für die Frage der Rechtmäßigkeit der [Verarbeitung](#) der E-Mail-Adressen nach § 28 Abs. 3 S. [3 BDSG](#), dass die nachfolgende werbliche Kommunikation selber rechtmäßig und insbesondere nicht unlauter sei, da andernfalls schutzwürdige Interessen der [Betroffenen](#) nach § 28 Abs. 3 Satz [6 BDSG](#) entgegenstehen sollen. Ansatzpunkte für eine etwaige Unlauterkeit der hier vorbereiteten Online-[Werbung](#) auf Facebook lägen allerdings nicht vor.

Die Antragstellerin habe die E-Mail-Adressen ihrer Kunden bzw. Interessenten alternativ auch auf Basis einer Interessenabwägung (§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. [2 BDSG](#)) für eigene Werbezwecke hashen, in ihr Facebook-Konto hochladen und von Facebook in ihrem Auftrag hiermit eine Überschneidungsanalyse durchführen lassen. Ein Rückgriff auf diese Regelung sei nicht durch die Regelung des § [28 Abs. 3 BDSG](#) gesperrt. Denn das Hashen der E-Mail-Adressen, das Hochladen der gehashten E-Mail-Adressen in das Facebook-Konto und die Überschneidungsanalyse zur Erstellung der Ausgangsaudience seien reine Vorbereitungshandlungen, bei denen es sich weder um Adresshandel noch um [Werbung](#) handele (wird ausgeführt). Dass für die Interessenabwägung nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. [2 BDSG](#) erforderliche berechnete Interesse der Antragstellerin liege vor.

Der [Verarbeitung](#) der E-Mail-Adressen durch die Antragstellerin zu eigenen werblichen Zwecken stünden noch keine überwiegenden Interessen der [Betroffenen](#) entgegen. Anders als vom Antragsgegner vorgetragen, sei die Wahrung der [Betroffenenrechte](#) kein in der Abwägung zu berücksichtigender Faktor, obwohl diese vorliegend gewahrt seien. Die Folgen der [Verarbeitung](#) seien äußerst gering. Die einzige Konsequenz der [Verarbeitung](#) sei, dass die [Betroffenen](#) bei Facebook nur dann [Werbung](#) der Antragstellerin sähen, wenn sie bestimmte Kriterien erfüllten. Dies sei allenfalls eine neutrale Folge, gegebenenfalls sogar eine positive. Nach der Erfahrung der Antragstellerin zögen [Betroffene](#) nämlich interessenorientierte [Werbung](#) vor. Für [Personen](#), die nicht Facebook-Mitglied seien, ergäben sich überhaupt keine Folgen. Deren E-Mail-Adressen würden lediglich gehasht, in gehashter Form zu Facebook hochgeladen und dann nach dem Abgleich von Facebook binnen maximal 48 Stunden wieder gelöscht. Indirekte Folgen, etwa durch Irritationen der [Betroffenen](#), weil diese die Kontrolle über ihre [Daten verlieren](#) würden, seien ebenfalls nicht gegeben. Die [Betroffenen](#) seien schließlich von der Antragstellerin im Vorfeld über die [Verarbeitung](#) und über ihr Widerspruchsrecht informiert worden und könnten von diesem Recht jederzeit effektiv Gebrauch machen. Darüber hinaus seien [Betroffene](#) zu einhundert Prozent Facebook-Mitglieder und könnten sich in ihren Privatsphäre-Einstellungen unter <http://www.facebook.de> jederzeit darüber informieren, in welchen Custom Audiences sie seien und wer sie werbe und dies auch hier unterbinden.

Facebook-Mitgliedern sei auch bewusst, dass sie in dem kostenlos angebotenen Netzwerk Werbeanzeigen sähen. Soweit die Nutzung der E-Mail-Adressen mittelbar zur Folge habe, dass durch Facebook als [verantwortliche Stelle](#) individualisierte Online-[Werbung](#) angesteuert werde, würden die schutzwürdigen Interessen der [Betroffenen](#) nicht beeinträchtigt, da für die Ausspielung individualisierter Online-[Werbung](#) weder nach den Vorgaben des Telemediengesetzes noch nach den wettbewerbsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich ein Opt-In [erforderlich](#) sei. Die Antragstellerin habe, anders als im Bescheid behauptet, die [Betroffenen](#) auch über die Identität der [verantwortlichen](#) Stelle, den Zweck der [Verarbeitung](#) und Kategorien von [Empfängern](#) informiert und dies ab dem 22. August unter ausdrücklichem Hinweis auf den [Empfänger](#) Facebook Der Antragsgegner scheine davon auszugehen, dass die Antragstellerin ihre Kunden darüber informieren müsse, wer von ihnen aus welchen Gründen welche [Werbung](#) unter <http://www.facebook.de> angezeigt bekomme.

Eine derartige rechtliche [Verpflichtung](#) bestehe jedoch nicht. Eine gegebenenfalls von Kunden nicht gewünschte Anreicherung von Informationen bei Facebook dazu, bei welchen [Unternehmen](#) sie Kunde sind, habe die Antragstellerin ebenfalls aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung mit Facebook sicher unterbunden. Die Antragstellerin habe ausreichende Schutzvorkehrungen getroffen, namentlich die [Betroffenen](#) über ihr jederzeitiges und unbedingtes Widerspruchsrecht informiert und die E-Mail-Adressen vor dem Hochladen über eine verschlüsselte Verbindung zu Facebook durch Hashing sicher vor einer Identifizierung geschützt, so dass ein unbefugter Zugriff auf die [Daten](#) durch Dritte auf dem Transportweg ausgeschlossen sei.

Die Weitergabe der Hashwerte an Facebook habe lediglich zur Folge, dass Facebook die Information erhalte, dass ein Inhaber zu einer gehashten E-Mail-Adresse möglicherweise Kunde der Klägerin sei oder sonst zu ihr in Beziehung stehe. Dass es sich hierbei nicht um ein sonderlich schützenswertes Datum handele, ergebe sich bereits daraus, dass nach dem sogenannten Listendatenprivileg eine solche Information an Dritte zu Zwecken der [Werbung](#) ohne Vorliegen einer [Einwilligung](#) sogar übermittelt werden dürfe. Im Übrigen stehe auch der [Erfüllung](#) von Betroffenenrechten nichts entgegen. Selbstverständlich sei die Antragstellerin in der Lage, ihren Kunden auf Anfrage hin mitzuteilen, welche [Daten](#) des Kunden sie gespeichert, wem sie diese gegebenenfalls weitergegeben habe und zu welchem Zweck. Die Argumentation des Antrags zu den Betroffenenrechten insgesamt sei in sich widersprüchlich.

Einerseits solle Facebook für alle Verarbeitungsvorgänge die [verantwortliche Stelle](#) sein, zum anderen soll die Antragstellerin deshalb [Daten](#) an Facebook als [verantwortliche Stelle](#) rechtswidrig übertragen, weil sie keine Auskunft erteilen könne über (auch nach Logik des Antragsgegners) von Facebook verantwortete Datenbestände.

Auch wenn man sich auf den Standpunkt stelle, dass E-Mail-Adressen, die im Zusammenhang mit Online-Käufen erworben würden, als sogenannte [Bestandsdaten](#) im Sinne des § 14 Abs. 1 des Telemediengesetzes ([TMG](#)) zu qualifizieren seien, sei deren [Verarbeitung](#) durch die Antragstellerin zu eigenen werblichen Zwecken rechtmäßig (wird ausgeführt). Auch wenn eine Übertragung der gehashten E-Mail-Adressen an Facebook nicht im Rahmen einer [Auftragsdatenverarbeitung](#) durchführbar wäre, wäre die Übermittlung [personenbezogener Daten](#) gleichwohl nach § 4 Abs. 1 [BDSG](#) rechtmäßig. Die Übermittlung sei zulässig auf Basis des sogenannten Listenprivilegs (§ 28 Abs. 3 Satz 4 i. V. m. Satz [2 BDSG](#)).

Das Listenprivileg umfasse nur ganz bestimmte Listendaten, zu denen die E-Mail-Adresse nicht zähle. Bei genauer Betrachtung würden Facebook zur Durchführung der Überschneidungsanalyse allerdings gar nicht gehashte E-Mail-Adressen übertragen, sondern die Information, wer möglicherweise Kunde der Antragstellerin sei. Selbst hierbei könne sich Facebook allerdings nicht sicher sein. Für Facebook-Mitglieder hingegen stehe Facebook deren E-Mail-Adresse bereits zur [Verfügung](#). Tatsächlich erhalte Facebook durch das Hochladen der gehashten [Daten](#) insofern nur die Information, dass das jeweilige Facebook-Mitglied auch auf einer Liste der Antragstellerin stehe, dürfe diese Information aber nicht für eigene werbliche Zwecke bzw. werbliche Zwecke Dritter verwenden und tue dies auch nicht.

Hierfür Sorge die enge Zweckbindung, wie sie in den Nutzungsbedingungen für Facebook Custom Audiences enthalten sei.

Die Übertragung der Information, ob jemand Kunde eines Unternehmens sei, könne ohne weiteres auf § 28 Abs. 3 Satz [2 BDSG](#) gestützt werden. Dies müsse erst Recht für die Übermittlung der Information gelten, dass jemand – möglicherweise – Kunde eines Unternehmens sei. Eine Übermittlung von Listendaten im Sinne des § 28 Abs. 3 Satz [2 BDSG](#) sei zulässig nach § 28 Abs. 3 Satz [4 BDSG](#), wenn die [verantwortliche Stelle](#), die die [Daten](#) erstmalig erhoben habe, aus der [Werbung](#) eindeutig hervorgehe. Dies wiederum sei durch die [Werbung](#) an sich gewährleistet, die ja für die Antragstellerin geschaltet werde und in der sie ihre [Leistungen](#) bewerbe bzw. jedenfalls in Verbindung mit den Privatsphäre-Einstellungen, aus denen sich ergebe, dass der Beworbene die [Werbung](#) erhalte, weil er in einer Custom Audience der Antragstellerin enthalten sei. Des Weiteren sei anzumerken, dass die Einschränkung der Übermittlung von [Daten](#) zu Werbezwecken auf Listendaten nicht europarechtskonform sein dürfte, da es sich bei dieser nach der Entscheidung des EuGH im Fall Breyer um eine unzulässige Beschränkung handle.

Alternativ dazu sei die Übermittlung der [Daten](#) auch auf Basis von § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 [BDSG](#) zulässig. Die Übermittlung der [Daten](#) müsse auf Basis einer Interessenabwägung bewertet werden, die zugunsten der Antragstellerin ausgehe (wird ausgeführt). Dem stehe auch die Vereinbarung einer [Auftragsdatenverarbeitung](#) nicht entgegen. Es liege schließlich auch keine Zweckänderung vor. Jedenfalls aber sei die Zweckänderung rechtmäßig. Der Antragstellerin könnte eine unterstellte datenschutzwidrige [Datenverarbeitung](#) durch Facebook nicht zugerechnet werden. Denn sie sei für die [Datenverarbeitung](#) insoweit nicht [verantwortliche Stelle](#) im Sinne des § 3 Abs. 7 [BDSG](#). Im Übrigen lägen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass Facebook im Zusammenhang mit dem Dienst Custom Audience rechtswidrig handeln würde. Schließlich ergebe sich auch unter der ab 25.05.2018 zu beachten [DSGVO](#) keine abweichende Bewertung (wird im Einzelnen dargelegt).

Somit bestünden überwiegende Erfolgsaussichten in der Hauptsache. Darüber hinaus bestünde selbst bei als offen unterstellten Erfolgsaussichten der Hauptsache kein besonderes Interesse am sofortigen Vollzug des Bescheids. Ein besonderes Interesse, das über das Interesse am [Erlass](#) des Verwaltungsakts hinausgehe und ein Abweichen vom gesetzlich vorgesehenen Regelfall der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen könnte, sei nicht ersichtlich. Insbesondere seien die mit der beanstandeten [Datenverarbeitung](#) verbundenen Folgen für die [Betroffenen](#) gering. Ein besonderes Interesse ergebe sich auch nicht aus dem Gedanken des effektiven Vollzugs des Gemeinschaftsrechts.

Mit Schriftsatz vom 12.02.2018 hat das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht für den Antragsgegner beantragt, den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abzulehnen.

Den Ausführungen der Antragstellerin zum Dienst Facebook Custom Audience werde weitestgehend zugestimmt. Es werde mit Nichtwissen bestritten, dass Facebook die [Betroffenen](#), bei denen keine Übereinstimmung nach der Überschneidungsanalyse erzielt worden sei, nicht auch für eigene Zwecke verwende und die [Daten](#) nicht [unverzüglich](#) lösche. Soweit die Antragstellerin behauptete, der Algorithmus SHA-256 werde vom Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik als sicher angesehen und empfohlen, treffe diese Behauptung für das konkrete Anwendungsszenario nicht zu.

Die Antragstellerin behauptete, dass Facebook-Mitglieder in ihrem Konto jederzeit einsehen könnten, welche Interessen ihnen zugeordnet seien, in welchem Custom Audience sie enthalten seien und dass es ihnen möglich sei, ihre Interessen zu verändern. Diese Aussage gelte jedoch nur eingeschränkt.

Soweit von einem Profil eines Facebook-Mitglieds gesprochen werde, sei strikt zu trennen zwischen dem Profil des Nutzers, welches er nach seinem Login in seinem Account einsehen könne und dem Profil, welches Facebook anhand sämtlicher Nutzeraktivitäten erstelle und mit weiteren Datenquellen anreichere, um anhand von Algorithmen dem jeweiligen Facebook-Mitglied Merkmale und Interessen zuzuordnen.

Im Nutzer-Account werde dem Facebook-Mitglied lediglich eine eingeschränkte Auswahl an Interessen und Merkmalen angezeigt. Der Nutzer erfahre jedoch nicht, welche Interessen ihm durch Facebook selbst, im Facebookprofil, durch Algorithmen zugeordnet worden seien. Facebook weise seinen Mitgliedern Merkmale zu, die mehr als 29.000 [Eigenschaften](#) und Interessen umfassten. Nur ein geringer Anteil dieser Merkmale werde dem Nutzer innerhalb seines Facebook-Accounts auch tatsächlich angezeigt. Weiterhin sei darauf hingewiesen, dass die Nutzungsbedingungen und die Datenschutzrichtlinien von Facebook, denen jeder Nutzer zustimmen müsse, keine detaillierte Aussage darüber enthielten, wie genau die [Datenverarbeitung](#) zu Marketingzwecken erfolge. Es sei für den Nutzer an keiner Stelle erkennbar, dass Facebook [Daten](#) von

Dritten erhalte und diese weiterverarbeite.

Es werde nicht bestritten, dass der [Vertrag](#) zur [Auftragsdatenverarbeitung](#) zwischen der Antragstellerin und Facebook lediglich die Erhebung, [Verarbeitung](#) und Nutzung der gehashten [Daten](#) umfasse.

Ein [Vertrag](#) zur [Auftragsdatenverarbeitung](#) gemäß § 11 [BDSG](#) entfalte keine konstitutive Wirkung. Der Abschluss eines Vertrags zur [Auftragsdatenverarbeitung](#) sei lediglich eine Formvorschrift. Daher sei der Wortlaut der Vereinbarung nicht entscheidungsrelevant, sondern entfalte allenfalls Indizwirkung für das tatsächlich bestehende Rechtsverhältnis. Die Antragstellerin behaupte weiterhin, dass in den Nutzungsbedingungen für den Einsatz von Facebook Custom Audience vereinbart sei, dass die Information, wessen Kunde ein Facebook-Mitglied sei, nicht für eigene Werbezwecke vereinbart werde.

Dies sei jedoch schon eine Interpretation der Antragstellerin. Soweit Facebook von der „Custom Audience“ spreche, sei lediglich die Originalliste nach der Überschneidungsanalyse gemeint. Die Custom Audience selbst, also alle Kunden, die zugleich Facebooknutzer seien und gegebenenfalls bestimmte Merkmale der Zielgruppe erfüllten, würden nicht zu den Informationen hinzugefügt, die Facebook über die Nutzer habe. Von den genannten Nutzungsbedingungen nicht erfasst sei das Verbot, die Einzelinformation, dass ein bestimmter Nutzer Kunde eines Werbetreibenden sei, mit dem Nutzungsprofil anzureichern.

Unbestritten sei, dass Facebook die Liste [unverzüglich](#) bzw. spätestens nach 48 Stunden lösche. Dies sei aber unbeachtlich, da bis zum Zeitpunkt der Löschung Einzelinformationen der Kundenliste entnommen worden seien.

Die Antragstellerin verkenne, dass [Daten](#) nur eine Ansammlung von Einzelinformationen seien, die beliebig oft kopiert, verändert oder angereichert werden könnten. Facebook verwende die Information, dass ein Mitglied auch Kunde eines bestimmten Unternehmens sei, nach dem Abgleich für eigene Zwecke. Die Information, dass ein Nutzer in einer Custom Audience sei, befinde sich im Nutzer-Account. Dadurch werde die Information, die nach dem Abgleich der Kundenliste [verwendet](#) worden sei, untrennbarer Bestandteil des Facebook-Profiles. Soweit Facebook vertraglich zugesichert habe, die Information, wessen Kunde ein Facebook-Mitglied sei, nicht für eigene Werbezwecke und nicht zur Ergänzung der über Facebook vorliegenden Informationen über das Mitglied zu verwenden, entspreche dies nicht den [Tatsachen](#). Die Antragstellerin verkenne den Unterschied zwischen den [Daten](#), die die Kundenliste selbst beinhalte, und den Informationen, die diesen Kundenlisten entnommen werden können. Die [Tatsache](#), dass ein Mitglied zugleich auch Kunde der Antragstellerin sei, könne Facebook auch nach dem [Löschen](#) der Kundenliste verwenden. Dies sei sogar zwingend notwendig, da anderenfalls keine Zuordnung mehr zum Werbetreibenden bestünde. Anderenfalls könnte die Werbekampagne gar nicht erst ausgespielt werden.

Es werde nicht bestritten, dass Facebook die Nutzungsbedingungen einhalte. Vielmehr betreffe die Nutzungsvereinbarung nur einen geringen Auszug aus der vollständigen [Datenverarbeitung](#).

Der von der Antragstellerin zitierte Auszug aus den Nutzungsbedingungen enthalte gerade keine Aussage über die Verwendung der Einzelinformation durch Facebook. Unbestritten sei auch, dass die

Zusatzvereinbarung zwischen der Antragstellerin und Facebook ein Weisungsrecht hinsichtlich des Umgangs mit den gehashten [Daten](#) enthalte. Diese umfasse jedoch nicht die Weiterverarbeitung der Einzelinformation, dass ein Facebookmitglied auch Kunde der Antragstellerin sei. Soweit die Antragstellerin darauf abstelle, dass die vertraglichen Vereinbarungen nur die Überschneidungsanalyse umfassten und die weitere [Verarbeitung](#) der [Daten](#) durch Facebook als eigene [verantwortliche Stelle](#) erfolge, sei ergänzt, dass die Antragstellerin Facebook nicht für die Überschneidungsanalyse vergüte, sondern für die erfolgreiche Ausspielung der [Werbung](#). Es werde darauf hingewiesen, dass die Datenschutzhinweise des Internetangebots der Antragstellerin erst seit dem 22.08.2017 eine Information darüber enthielten, dass für Marketingzwecke E-Mail-Adressen an Facebook zum Abgleich übermittelt würden.

Zu Beginn der Prüfung bzw. zu dem Zeitpunkt, als erstmalig eine Kundenliste an Facebook übermittelt worden sei, habe die Datenschutzbestimmung keine vollständigen Angaben über die konkrete Verwendung der [Daten](#) enthalten. Insbesondere habe es keinen Hinweis auf den Einsatz des [Marketing-Tools](#) Facebook Custom Audience gegeben.

Es werde mit Nichtwissen bestritten, dass die [Betroffenen](#) jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widersprechen könnten und dies durch eine Aktualisierung der Ausgangskundenliste erfolge.

Aus Sicht der Antragsgegnerin gestalte sich ein möglicher Widerspruch eines Kunden wie folgt: Widerspreche ein [Betroffener](#) der Nutzung seiner E-Mail-Adresse für Werbezwecke, so sei der [Betroffene](#) in eine separate Opt-Out-Liste aufzunehmen. Der Werbetreibende könne diese Liste mit Kunden, die der [Datenverarbeitung](#) widersprochen hätten, erneut in seinem Facebook-Konto hochladen. Hiernach könne er festlegen, dass Kunden der Liste von der Custom Audience ausgeschlossen werden sollten. Facebook gleiche dann diese Opt-Out-Liste mit den bereits vorhandenen Custom Audiences ab. Hierdurch werde sichergestellt, dass ein Kunde, der widersprochen habe, keine [Werbung](#) erhalte.

Es handele sich damit lediglich um einen Widerspruch, keine [Werbung](#) mehr auf Facebook zu erhalten. Dies stelle jedoch keinen Widerspruch gegen die [Verarbeitung](#) zu Werbezwecken dar, da erneut eine Liste mit bereits vorhandenen Kundendaten an Facebook übermittelt werde. Das bedeute konkret, dass jedes Opt-Out eines Kunden zu einer erneuten Übermittlung an Facebook führe und wiederum eine erneute Beeinträchtigung seiner Rechte und Freiheiten darstelle. Es sei zwar anerkannt, dass [Unternehmen](#) sogenannte Blacklists mit [Betroffenen](#) führten, die einer [Datenverarbeitung](#) widersprochen hätten. In diesen Fällen verblieben die Blacklists jedoch bei der [verantwortlichen](#) Stelle und würden gerade nicht an einen Dritten übermittelt.

Es werde bestritten, dass die Antragstellerin vollumfassend die [Betroffenenrechte](#) wahren könne. Sie habe an keiner Stelle detailliert dazu Stellung genommen, wie sie beispielsweise das Auskunftsrecht eines [Betroffenen](#) wahre. Wenn die Antragstellerin nicht wisse, welcher ihrer Kunden zugleich Facebook-Nutzer sei, könne sie auch nicht darüber informieren, ob ein Kunde in der Überschneidungsanalyse ermittelt worden sei und wenn ja, warum er dennoch nicht in einer Custom Audience sei und keine [Werbung](#) erhalten habe. Indem die Antragstellerin darauf verweise, dass es auch nur stringent sei, wenn die [Datenverarbeitung](#) zwischen ihr und Facebook getrennt ablaufe und kein Rückschluss auf beworbene Nutzer möglich sei, gestehe sie zugleich ein, dass sie das Auskunftsrecht und das Widerspruchsrecht gerade nicht vollständig ausüben könne.

Das Auskunftsrecht gemäß § 34 BDSG umfasse auch die Angabe über die konkrete Verwendung der [Daten](#) und des Zwecks der [Verarbeitung](#). Soweit die Antragstellerin darauf verweise, dass die [Betroffenen](#) im Rahmen des Nutzer-Accounts Auskunft erhalten würden, werde verkannt, dass es sich hierbei teilweise um die [Erfüllung](#) der Pflichten durch Facebook als eigene [verantwortliche Stelle](#) selbst handle und Facebook zu keinem Zeitpunkt die Wahrnehmung der [Betroffenenrechte](#) für die Antragstellerin wahrnehme. Dies habe Facebook auf Nachfrage der Antragsgegnerin in einem Erörterungstermin am 31.08.2017 [versichert](#).

Die Antragstellerin verweise auf eine Kommentierung, in der es heiße, dass es eine [Auftragsdatenverarbeitung](#) nicht ausschließe, dass der Beauftragte auch andere Aufgaben für den [Verantwortlichen](#) wahrnehme. Hierbei seien jedoch nur solche Tätigkeiten gemeint, die entweder einem anderweitigen Verarbeitungszweck dienen oder mit der ursprünglichen Beauftragung keinerlei Verknüpfung bestehe. Nicht gemeint seien einzelne Verarbeitungsschritte bzw. Teilprozesse einer [Verarbeitung](#).

Bei dem Einsatz des [Marketing](#)-Tools Facebook Custom Audience handle es sich nicht nur um eine einheitliche Geschäftsbeziehung, sondern der gesamte Marketingprozess, beginnend vom Hochladen der Liste bis zur Ausspielung der [Werbung](#), sei als einheitlicher Verarbeitungsprozess zu betrachten. Eine informationelle Trennung der [Daten](#) sei lediglich eine technische und organisatorische Maßnahme, um Datensicherheit zu gewährleisten. Zu dieser technischen Maßnahme sei der [Verantwortliche](#) gemäß § 9 BDSG i.V.m. der Anlage 9 zu Satz 1 BDSG gesetzlich verpflichtet.

Es dürfe jedoch nicht der Rückschluss gezogen werden, dass eine physische Trennung der [Daten](#) zugleich auch unterschiedliche Verarbeitungsvorgänge indiziere. Für die Frage der [Rechtswidrigkeit](#) einer Übermittlung sei es irrelevant, ob die [Daten](#) anschließend wieder durch den Datenempfänger gelöscht würden. Der Tatbestand der Übermittlung sei bereits erfüllt, wenn die in den [Daten](#) enthaltene Information in dem Bereich des Adressaten gelange, gleichgültig wie dies im Einzelnen geschehe. Die Weitergabe sei erfolgt, sobald der [Empfänger](#) die Möglichkeit habe, unbehindert vom Weitergebenden die Information zur Kenntnis zu nehmen. Das [Datenschutzrecht](#) kenne keine „Datenidentität“ in dem Sinne, dass nur dieselben [Daten](#) der Custom Audience unverändert genutzt würden. Vielmehr sei der Begriff „[Daten](#)“ als Summe aus Einzelangaben zu definieren (wird ausgeführt). Zudem unterschlage die Antragstellerin, dass sich die Vergütung für das [Marketing](#)-Tool Facebook Custom Audience nach der erfolgreichen Ausspielung der [Werbung](#) an Facebook-Nutzer richte. Soweit die Antragstellerin das [Marketing](#)-Tool und das vollständige Verfahren mit dem des Letter-Shops vergleiche, sei dieser [Vergleich](#) mit der analogen Welt nicht geeignet. Es werde verkannt, dass im konkreten Letter-Shop-Fall drei Akteure involviert seien und die [Aufsichtsbehörden](#) seit jeher den Adresshändler als eigenverantwortliche Stelle bewerteten. Lediglich der Letter-Shop, der für den Druck und den Versand des Werbematerials zuständig sei, werde als Auftragnehmer anerkannt.

Soweit die Antragstellerin die [Datenverarbeitung](#) auf § 28 Abs. 3 Satz 3 BDSG stütze, umfasse die [Datenverarbeitung](#) durch sie selbst ihrer Auffassung nach lediglich die Umwandlung der Kundendaten und das Hochladen der Kundenliste im Facebook-Konto, so dass Facebook in ihrem Auftrag eine Überschneidungsanalyse durchführen könne. Betrachte man diesen Teilprozess isoliert, erschließe sich der Antragsgegnerin nicht, inwiefern diese Teilverarbeitungsvorgänge dem Zwecke der [Werbung](#) dienen sollten. Sie könne lediglich dann geltend machen, sie verarbeite die [Daten](#) für Werbezwecke, wenn sie oder ein Auftragnehmer in ihrem Auftrag [Werbung](#) ausspielten und dazu [personenbezogene Daten](#) verarbeitet würden.

Sie mache jedoch gerade geltend, dass Facebook selbst für die Ausspielung der [Werbung](#) und die vorhergehende Profilbildung als eigene [verantwortliche Stelle](#) agiere. Die fehlerhafte Argumentation der Antragstellerin offenbare, dass die Teilbearbeitungsvorgänge eben nicht nur isoliert betrachtet werden dürften, sondern der gesamte Verarbeitungsvorgang zu einem bestimmten Zweck, nämlich dem Werbezweck durch die Antragstellerin, zu beurteilen sei. Soweit die Antragstellerin auf eine Interessenabwägung abstelle (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. [2 BDSG](#)), und hierzu auf das Positionspapier WP 217 der Art. 29 Datenschutz-Gruppe Bezug nehme, werde angemerkt, dass es sich hierbei um unverbindliche Auslegungsempfehlung handele. Das Positionspapier stelle keinesfalls abschließend alle Kriterien für eine fehlerfreie Interessenabwägung zusammen.

Soweit erwähnt werde, dass bei Nicht-Facebook-Mitgliedern überhaupt keine Folgen zu erwarten seien, werde vollständig vernachlässigt, dass die Weitergabe der E-Mail-Adresse an einen Dritten gerade eine unzulässige [Datenverarbeitung](#) ungeachtet des Zwecks darstelle.

Diese E-Mail-Adressen würden gerade nicht für Werbezwecke benötigt und dennoch zwangsläufig an Facebook weitergegeben. Auch die [Tatsache](#), dass Facebook die [Daten](#) binnen 48 Stunden lösche, verdeutliche die gravierende Beeinträchtigung der [Rechte des Betroffenen](#), da der zeitliche Umfang keinesfalls gering sei. Da eine Interessenabwägung zu Gunsten des [Betroffenen](#) und somit gegen die [Datenverarbeitung](#) der Antragstellerin ausfalle, könne diese Wertung auf die Anwendbarkeit von [TMG-Daten](#) übertragen werden. Soweit die Antragstellerin erklärt habe, dass eine Übermittlung der [Daten](#) auch auf Basis von § 28 Abs. 3 Satz [4 BDSG](#) zulässig wäre, sei aber auch diese Norm europarechtskonform auszulegen, so dass eine Interessenabwägung erneut erfolgen müsse.

Wenn sie behaupte, dass der Übermittlung der E-Mail-Adressen an Dritte, im konkreten Fall an Facebook, keine überwiegenden Interessen des [Betroffenen](#) entgegenstünden, verkenne sie einerseits die Wertung des § [7 UWG](#). Hiernach dürften E-Mail-Adressen für Werbezwecke ohne [Einwilligung](#) des [Betroffenen](#) durch die [verantwortliche Stelle](#) nur dann [verwendet](#) werden, wenn ein [Unternehmer](#) im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen E-Mail-Adresse erhalten habe. Dies sei hier jedoch nicht der Fall. Schließlich verkenne die Antragstellerin, dass die gesamte [Datenverarbeitung](#) unter [Verbot mit Erlaubnisvorbehalt](#) stehe.

Soweit die berechtigten Interessen der Antragstellerin nicht überwögen, sei die [Datenverarbeitung](#) unzulässig. Die Auffassung, dass die Interessen der [Betroffenen](#) durch die Weitergabe der E-Mail-Adressen nicht beeinträchtigt seien, sei für eine [Verarbeitung](#) der [Daten](#) gemäß § 28 Abs. 3 Satz [4 BDSG](#) nicht ausreichend. Auch unter zukünftigem Recht ([Datenschutz-Grundverordnung](#)) ergebe sich keine abweichende Beurteilung (wird ausgeführt).

Dem trat der Bevollmächtigte der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 14.03.2018, auf den Bezug genommen wird, nochmals entgegen und vertiefte und ergänzte das bisherige Vorbringen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichts- und Behördenakte ergänzend Bezug genommen (§ 117 Abs. 3 Satz 2 [VwGO](#) analog).

1. Der zulässige Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage bleibt in der [Sache](#) ohne Erfolg.

Gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 [VwGO](#) kann das Gericht auf Antrag die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs ganz oder teilweise wiederherstellen bzw. anordnen. Bei der Entscheidung hat das Gericht entsprechend § 80 Abs. 2 Nr. 4 [VwGO](#) das Interesse der Allgemeinheit an der sofortigen Vollziehung gegen das Interesse des [Betroffenen](#) an der aufschiebenden Wirkung abzuwägen. Dabei sind auch die überschaubaren Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs zu berücksichtigen.

Bei Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist der Antrag abzulehnen, da die in der Hauptsache erhobene Klage der Antragstellerin nach summarischer Prüfung voraussichtlich ohne Erfolg bleiben wird. Das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung des angefochtenen Bescheides wiegt insoweit schwerer als das Interesse der Antragstellerin an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage. In der [Sache](#) selbst folgt das Gericht den Gründen der angegriffenen Anordnung vom 16.01.2018 und sieht insoweit von einer gesonderten Darstellung der Gründe ab (§ 117 Abs. 5 [VwGO](#) analog). Ergänzend hierzu sind zum Antragsvorbringen sowie zur [Sache](#) noch die folgenden Ausführungen veranlasst:

1. Zutreffend hat das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht die Anordnung in Ziffer 1 des Bescheids auf § 38 Abs. 5 Satz 1 [BDSG](#) gestützt.

Hiernach kann die [Aufsichtsbehörde](#) zur Gewährleistung der Einhaltung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Vorschriften über den Datenschutz Maßnahmen zur Beseitigung festgestellter Verstöße bei der Erhebung, [Verarbeitung](#) oder Nutzung [personenbezogener Daten](#) oder technischer oder organisatorischer Mängel anordnen. Die Voraussetzungen des § 38 Abs. 5 Satz 1 [BDSG](#) liegen vor, weil die beanstandete Übermittlung der gehashten E-Mail-Adressen datenschutzrechtlich unzulässig ist.

1. a) Nach § 4 Abs. 1 [BDSG](#) ist die Erhebung, [Verarbeitung](#) und Nutzung [personenbezogener Daten](#) nur zulässig, soweit das Bundesdatenschutzgesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der [Betroffene](#) eingewilligt hat.

[Personenbezogene Daten](#) sind nach § 3 Abs. 1 [BDSG](#) Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer [Person](#) ([Betroffener](#)). Wie in der streitgegenständlichen Anordnung zutreffend ausgeführt wurde, ist über E-Mail-Adressen jedenfalls ein Personenbezug herstellbar (vgl. Plath/Schreiber in: Plath, [BDSG/DSGVO](#), 2. Aufl. 2016, § 3 [BDSG](#), Rn. 17 m.w.N.), weswegen es sich um [personenbezogene Daten](#) handelt. Durch den Vorgang des „Hashens“ werden die [Daten](#) auch nicht i.S.v. § 3 Abs. 6 [BDSG](#) anonymisiert, da der Personenbezug hierdurch nicht völlig aufgehoben wird. Vielmehr ist es weiterhin mit nicht nur unverhältnismäßigem Aufwand möglich, sie einer bestimmten oder bestimmbarer [Person](#) zuzuordnen, zumal andernfalls auch ein sich an die Übermittlung anschließender Datenabgleich seitens Facebook nicht möglich wäre.

Unter dem „Verarbeiten“ ist gem. § 3 Abs. 4 Satz 1 das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und [Löschen personenbezogener Daten](#) zu verstehen. „Übermitteln“ ist das Bekanntgeben gespeicherter oder durch [Datenverarbeitung](#) gewonnener [personenbezogener Daten](#) an einen Dritten in der Weise, dass die [Daten](#) an Dritte weitergegeben werden oder der Dritte zur Einsicht oder zum Abruf bereitgehaltene [Daten](#) einsieht oder abrufen (§ 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 a) und b) [BDSG](#)). Die hier beanstandete Übermittlung der gehashten E-Mail-Adressen von der Antragstellerin an Facebook stellt somit eine [Verarbeitung](#) i.S.v. § 3 Abs. 4 Satz 1 [BDSG](#) dar.

Zwar ist anerkannt, dass [Personen](#) und Stellen, die im räumlichen Anwendungsbereich des § 11 [BDSG](#) als Auftragsdatenverarbeiter tätig sind, keine „Dritten“ i.S.d. [BDSG](#) sind, weswegen die Übertragung der [Daten](#) an einen derartigen Auftragnehmer datenschutzrechtlich keine Übermittlung darstellt und daher auch ohne [Einwilligung](#) oder gesetzliche Erlaubnis zulässig ist (vgl. § 3 Abs. 8 Satz 3 [BDSG](#)). Die Kammer tritt jedoch dem Standpunkt des Antragsgegners bei, wonach es sich bei der Übermittlung der gehashten E-Mail-

Adressen der Kunden der Antragstellerin nicht um eine Übermittlung im Rahmen einer [Auftragsdatenverarbeitung](#) handelt, sondern eine Übermittlung an Dritte stattfindet und in der Folge eine [Datenverarbeitung](#) i.S.v. § 3 Abs. 4 Satz [1 BDSG](#) vorliegt.

Eine [Auftragsdatenverarbeitung](#) i.S.v. § [11 BDSG](#) liegt vor, wenn die [verantwortliche Stelle](#) (hier: die Antragstellerin) eine andere Stelle damit betraut, [Daten](#) zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen. Auf die Rechtsnatur dieser Betrauung kommt es nicht an, ein Auftrag i.S.v. § [662 BGB](#) ist nicht [erforderlich](#).

Entscheidend ist, dass der Auftragnehmer ohne eigenen Wertungs- und Entscheidungsspielraum für den Auftraggeber tätig wird (vgl. BGH, Urt. v. 13.07.2016 – IV ZR 292/14 – juris Rn. 39 m.w.N.).

In der vorliegenden Sachverhaltsgestaltung ist hingegen nicht von einer [Auftragsdatenverarbeitung](#), sondern vielmehr von einer sog. „Funktionsübertragung“ auszugehen. Auch wenn es zutreffen mag, dass nach der Vereinbarung zwischen der Antragstellerin und Facebook festgelegt worden ist, dass der Zweck der [Auftragsdatenverarbeitung](#) hier in der Durchführung einer Überschneidungsanalyse bzw. Erstellung einer Vergleichsaudience liegt, fungiert Facebook in der Konstellation nicht gleichsam als „verlängerter Arm“ der Antragstellerin. Wer schließlich konkret beworben wird, liegt hier allein im [Ermessen](#) Facebooks, dem insoweit ein entsprechender Spielraum eingeräumt wird.

Es mag zwar die Gestaltungsmöglichkeit geben, dass eine Stelle eine Doppelfunktion einnimmt und nebeneinander zugleich Auftragsdatenverarbeiter und [verantwortliche Stelle](#) ist.

Dies ist hier aber nicht der Fall. Zutreffend geht der Antragsgegner insoweit davon aus, dass das [Marketing](#) Tool „Facebook Custom Audience über die Kundenliste“ einen einheitlichen Vorgang bildet.

Dieses Instrument kann nicht in verschiedene Teile zerlegt werden, sondern bildet eine Einheit, auch wenn sich dieser Werbemechanismus aus mehreren datenschutzrechtlich relevanten Vorgängen zusammensetzt. Die Übermittlung der (gehashten) E-Mail-Adressen ist integraler Bestandteil der Werbemaßnahme. Eine eigenständige Bedeutung der bloßen Durchführung eines Datenabgleichs ist nicht zu erkennen. Insoweit verfährt auch der [Vergleich](#) mit dem sog. „Letter-Shop-Verfahren“ (vgl. hierzu Plath a.a.O., § 28 Rn. 148 und § 11 Rn. 33) nicht.

Bei einem Letter-Shop kann es sich um einen Auftragsdatenverarbeiter handeln, zwingend ist dies jedoch nicht (vgl. hierzu Petri in Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, 8. [Auflage](#) 2014, § 11 Rn. 36 m.w.N.). Die Rolle, die Facebook hier einnimmt, entspricht nicht der eines „Letter-Shops“.

Denn auch insoweit würde die [Auftragsdatenverarbeitung](#) voraussetzen, dass der (vorgeliebte) Auftragnehmer keine eigenen Spielräume hat (s.o.). Hier erschöpft sich das Tätigwerden nicht in der bloßen Ausspielung von Sendungen der Antragstellerin an bestimmte [Personen](#). Es geht auch über die Durchführung eines „Waschabgleichs“ und die Wahrnehmung bloßer technischer Hilfsfunktionen (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.02.2015 – [I-16 U 41/14](#) – juris Rn. 36) hinaus, da es für die Bewerbung einzelner [Personen](#) maßgeblich darauf ankommt, dass Facebook diesen bestimmte [Eigenschaften](#) zuschreibt, die von Facebook nach detaillierter Auswertung des Nutzungsverhaltens erfolgt.

Insoweit liegt ein erheblicher Spielraum Facebooks vor, der über eine rein datenverarbeitende Hilfsfunktion, durch die eine [Auftragsdatenverarbeitung](#) gekennzeichnet ist, deutlich hinausgeht.

Zwischen den Beteiligten streitig und im hiesigen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht abschließend zu klären ist die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang Facebook zu einer weiteren Nutzung der [Daten](#) berechtigt ist bzw. dies stattfindet (etwa durch eine „Anreicherung des Profils“ etc.). Bei einer Überlassung der Nutzungsrechte an den [Daten](#) wäre unzweifelhaft vom Vorliegen einer Funktionsübertragung auszugehen (vgl. Petri a.a.O. § 11 Rn. 23: „typische Fallgestaltung“ der Aufgabenübertragung).

Hier werden jedenfalls nach Durchführung des Abgleichs die übermittelten Informationen nicht vollständig gelöscht, sondern es ist weiterhin bei Facebook hinterlegt, dass der [Betroffene](#) Teil der Custom Audience der Antragstellerin ist. Dies spricht in diesem Zusammenhang nicht für eine auf einen Abgleich beschränkte [Auftragsdatenverarbeitung](#) (vgl. auch § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 BDSG).

Soweit sich die Antragstellerin auf den Standpunkt stellt, dass die Schritte, die nach dem Datenabgleich stattfinden, sich allein in der Zuständigkeit Facebooks vollziehen, spricht dies nach den vorstehend genannten Grundsätzen im Gegenteil für eine außerhalb des Rahmens der [Auftragsdatenverarbeitung](#) stattfindende Funktionsübertragung.

Nachdem die Übermittlung der gehashten E-Mail-Adressen daher nicht im Rahmen einer [Auftragsdatenverarbeitung](#) i.S.v. § 11 BDSG erfolgt, handelt es sich um eine Übermittlung an einen Dritten (vgl. § 3 Abs. 8 Satz 3 BDSG).

1. b) Eine konkrete, den gesetzlichen Anforderungen entsprechende [Einwilligung](#) der [Betroffenen](#), die zur Zulässigkeit der Datenübermittlung führen würde, liegt nicht vor (vgl. § 4 Abs. 1 BDSG, § 4a BDSG). Auch die Antragstellerin selbst scheint im Übrigen nicht vom Vorliegen einer wirksamen [Einwilligung](#) auszugehen (S. 24 des Klage-/Antragsschriftsatzes vom 01.02.2018).
2. c) Demzufolge wäre hier eine gesetzliche Gestattung der Datenübermittlung notwendig. Es kann offen bleiben, ob es im Falle einer „gescheiterten“ [Auftragsdatenverarbeitung](#) möglich ist, die [Datenverarbeitung](#) auf die allgemeinen Erlaubnisnormen des Bundesdatenschutzgesetzes zu stützen (vgl. hierzu Plath a.a.O., § 11 Rn. 20 m.w.N.). Denn die Voraussetzungen der in Betracht kommenden [Normen](#) sind nicht erfüllt.
3. aa) Die Antragstellerin kann die Zulässigkeit der Datenübermittlung nicht auf das sog. „Listenprivileg“ stützen. Nach § 28 Abs. 3 Satz 2 BDSG ist die [Verarbeitung](#) oder Nutzung [personenbezogener Daten](#) ohne [Einwilligung](#) des [Betroffenen](#) zulässig, soweit es sich um listenmäßig oder sonst zusammengefasste [Daten](#) über Angehörige einer Personengruppe handelt, die sich auf die Zugehörigkeit des [Betroffenen](#) zu dieser Personengruppe, seine Berufs-, Branchen- oder Geschäftsbezeichnung, seinen Namen, Titel, akademischen Grad, seine Anschrift und sein Geburtsjahr beschränken (und außerdem die Voraussetzungen des § 28 Abs. 3 Satz 2 Nrn. 1, 2 oder 3 BDSG erfüllt sind). Bei E-Mail-Adressen handelt es sich jedoch nicht um sog. Listendaten, da sie in der abschließenden Aufzählung des § 28 Abs. 3 Satz 2 BDSG nicht enthalten sind (vgl. Plath a.a.O., § 28 Rn. 119 m.w.N.).

Soweit die Antragstellerin vortragen lässt, dass bei genauer Betrachtung nicht eine Übertragung gehashter E-Mail-Adressen erfolge, sondern der Information, dass jemand (möglicherweise) Kunde der Antragstellerin sei, was auf Grundlage von § 28 Abs. 3 Satz 2 BDSG ohne Weiteres möglich sei, kann dem nicht gefolgt werden. Zwar nimmt der Gesetzgeber – wie in der zitierten Kommentarstelle ausgeführt wird (Simitis a.a.O., § 28 Rn. 232) – die Verwendung einer zusätzlichen Angabe in KauFacebook § 28 Abs. 3 Satz 2 BDSG

ermächtigt jedoch nicht isoliert dazu, einer anderen Stelle mitzuteilen, dass gewisse [Personen](#) Kunden der übermittelnden Stelle sind. Vielmehr wird diese (implizite) Angabe ermöglicht, wenn es sich im Ausgangspunkt überhaupt um Listendaten i.S.v. § 28 Abs. 3 Satz [2 BDSG](#) handelt, was bei E-Mail-Adressen nicht der Fall ist.

Eine Berechtigung zur Übermittlung ergibt sich auch nicht aus § 28 Abs. 3 Satz [3 BDSG](#), da dieser lediglich das „Hinzuspeichern“ und somit allein die Vervollständigung der Informationen erlaubt, jedoch keine eigene Übermittlungsbefugnis hinsichtlich weiterer [Daten](#) enthält (vgl. Wolff in BeckOK DatenschutzR, 23. Ed. 01.08.2015 § 28 Rn. 132; Plath a.a.O., § 28 Rn. 128; BT-Drs. 16/12011, S. 21: „Absatz 3 Satz 3 ist keine eigene Erhebungs- oder Übermittlungsbefugnis. Absatz 3 Satz 3 soll es der [verantwortlichen](#) Stelle ermöglichen, einen eigenen Datenbestand, der direkt beim [Betroffenen](#) erhoben wurde, für Zwecke der Eigenwerbung oder der eigenen Markt- oder Meinungsforschung zu selektieren, um die bestehenden Kunden gezielter ansprechen zu können.“).

Auf § 28 Abs. 3 Satz [4 BDSG](#) kann die Übermittlung der gehashten E-Mail-Adressen ebenfalls nicht gestützt werden, weil sich auch diese Norm explizit auf [Daten](#) nach Satz 2, mithin auf sog. Listendaten, bezieht, zu denen E-Mail-Adressen nicht zählen.

Im vorliegenden Fall kann die Datenübermittlung auch nicht mit der Regelung des § 28 Abs. 3 Satz [5 BDSG](#) gerechtfertigt werden. Diese Norm berechtigt nur zur [Werbung](#) für fremde Angebote (die zudem an weitere Voraussetzungen geknüpft ist). Dies betrifft aber nicht die Befugnis der Antragstellerin, die [Daten](#) an einen Dritten zu übermitteln. Unmittelbar berechtigt § 28 Abs. 3 Satz [5 BDSG](#) nur zur Verwendung zur [Werbung](#) durch einen Dritten (hier ggFacebook Facebook), würde aber vorgelagert eine rechtmäßige [Datenerhebung](#) Facebooks voraussetzen. Der hier zu würdigende Übermittlungsakt von der Antragstellerin an Facebook wird seinerseits durch § 28 Abs. 3 Satz [5 BDSG](#) nicht gestattet (vgl. Plath a.a.O., § 28 Rn. 144).

Aus den vorstehenden Gründen kommt eine einwilligungsfreie Übermittlung auf Grundlage von § [28 Abs. 3 BDSG](#) somit nicht in Betracht. Darüber hinaus wäre jedoch auch insoweit eine zugunsten der Antragstellerin ausgehende Interessenabwägung notwendig (§ 28 Abs. 3 Satz [6 BDSG](#)). In der vorliegenden Konstellation geht die Interessenabwägung jedoch zum Nachteil der Antragstellerin aus (dazu nachfolgend unter II. 1. a) bb)).

Es ist auch nicht davon auszugehen, dass die Ausnahme von E-Mail-Adressen im Rahmen des sog. Listenprivilegs unionsrechtswidrig wäre.

Soweit in diesem Zusammenhang auf die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs Bezug genommen wird, ist hierzu auszuführen, dass nach dessen Rechtsprechung Art. 7 Buchst. f der Richtlinie 95/46/EG einen Mitgliedstaat daran hindert, kategorisch und ganz allgemein die [Verarbeitung](#) bestimmter Kategorien [personenbezogener Daten](#) auszuschließen, ohne Raum für eine Abwägung der im konkreten Einzelfall einander gegenüberstehenden Rechte und Interessen zu lassen (EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – Breyer, C-582/14 – juris Rn. 62 unter Bezugnahme auf Urt. v. 24.11.2011 – ASNEF und FECEMD, C-468/10 und C-469/10 – juris Rn. 47 Facebook).

Auch wenn E-Mail-Adressen nicht unter das sog. Listenprivileg fallen, schließt die Anwendung des Bundesdatenschutzgesetzes, insbesondere des § [28 BDSG](#), eine Übermittlung von E-Mail-Adressen nicht schlechthin und ohne Raum für eine Abwägung zu lassen aus, da in diesem Fall eine Rechtfertigung nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. [2 BDSG](#) auf Basis einer Interessenabwägung in Betracht kommt. Eine unionsrechtskonforme Auslegung und Anwendung des § [28 BDSG](#) ist im vorliegenden Fall daher dadurch möglich, dass insoweit nicht von einer Sperrwirkung des § [28 Abs. 3 BDSG](#) hinsichtlich des Rückgriffs auf § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. [2 BDSG](#) ausgegangen wird.

1. bb) Auch durch § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. [2 BDSG](#) kann die Übermittlung der (gehashten) E-Mail-Adressen jedoch nicht gerechtfertigt werden. Hiernach ist das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln [personenbezogener Daten](#) oder ihre Nutzung als Mittel für die [Erfüllung](#) eigener Geschäftszwecke zulässig, soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der [verantwortlichen](#) Stelle [erforderlich](#) ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des [Betroffenen](#) überwiegt. Im Rahmen der insoweit vorzunehmenden Interessenabwägung sind jedoch die im § [28 Abs. 3 BDSG](#) getroffenen Wertungen des Gesetzgebers zu berücksichtigen. Wie der Europäische Gerichtshof in seiner oben zitierten Rechtsprechung ausgeführt hat, gebietet das Unionsrecht lediglich, im Einzelfall Raum für eine Abwägung zu lassen.

Die dem Regelungsregime des § [28 Abs. 3 BDSG](#) zugrundeliegenden grundsätzlichen Wertungen zu unterlaufen oder auszuhöhlen ist weder aufgrund der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Richtlinie) noch aus sonstigen Gründen geboten. Der Europäische Gerichtshof fordert lediglich, dass das nationale Recht eines Mitgliedstaats das Ergebnis der einander gegenüberstehenden Rechte und Interessen nicht abschließend vorschreiben darf, „ohne Raum für ein Ergebnis zu lassen, das aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls anders ausfällt“ (EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – Breyer, C-582/14 – juris Rn. 62).

Nach der grundsätzlichen Wertung des § 28 Abs. 3 Satz [1 BDSG](#) ist die [Verarbeitung](#) und Nutzung [personenbezogener Daten](#) für Zwecke der [Werbung](#) nur zulässig, wenn der [Betroffene](#) eingewilligt hat. Die dem nachfolgenden Regelungen zu sog. Listendaten (vgl. dazu oben) bilden eine Ausnahme von diesem Grundsatz, wobei der Gesetzgeber nur für die dort genannten Arten von [Daten](#) Privilegierungen geregelt und diese darüber hinaus an weitere Voraussetzungen geknüpft hat.

In der hiesigen Fallgestaltung ist festzustellen, dass die hier beanstandete Übermittlung der E-Mail-Adressen nach den dezidierten Regelungen in § [28 Abs. 3 BDSG](#) selbst dann rechtswidrig wäre, wenn man insoweit die Privilegierungen für Listendaten zugrunde legen würde. Dies spricht im Rahmen der Interessenabwägung für das Überwiegen der [Betroffenenrechte](#). So dürfen Listendaten zwar gem. § 28 Abs. 3 Satz 2 Nr. [1 BDSG](#) für eigene Werbezwecke [verwendet](#) werden.

Dies erlaubt jedoch gerade nicht die – hier erfolgende – Übermittlung an Dritte (vgl. Plath a.a.O., § 28 Rn. 124). Darüber hinausgehend ist die Übermittlung von Listendaten an Dritte zum Zwecke der [Werbung](#) (§ 28 Abs. 2 Satz [4 BDSG](#)) insbesondere an die Bedingung geknüpft, dass die Stelle, die die [Daten](#) erstmalig erhoben hat (hier: die Antragstellerin) aus der [Werbung](#) „eindeutig hervorgehen“ muss (sog. Transparenzgebot); anders als nach Abs. 3 Satz 5 muss sie nicht (lediglich) „eindeutig erkennbar“ sein. Es muss an geeigneter Stelle der Hinweis enthalten sein, woher der Werbende die Listen hat, etwa durch Angabe des Namens und der Anschrift des Adresshändlers.

Der [Betroffene](#) muss aufgrund dieses Hinweises in der Lage sein, sein Widerspruchsrecht gem. § [28 Abs. 4 BDSG](#) geltend zu machen (Wolff a.a.O., § 28 Rn. 135; vgl. auch Plath a.a.O., § 28 Rn. 139 Facebook). Allein der Umstand, dass es sich um Angebote der Antragstellerin handelt, die dem [Betroffenen](#) bei Facebook

angezeigt werden, reicht insoweit nicht aus, zumal die Stelle, die die [Daten](#) zum Zwecke der [Werbung verwendet](#) und die, zu deren Gunsten die [Werbung](#) erfolgt, auseinanderfallen können (etwa bei der Beipack- und Empfehlungswerbung, vgl. § 28 Abs. 3 Satz [5 BDSG](#)).

Auch die konkrete Ausgestaltung der Widerspruchsmöglichkeit führt nicht zu einem überwiegenden Interesse der Antragstellerin (auch wenn sich die konkrete Umsetzung des Widerspruchs anders vollziehen mag als vom Antragsgegner angenommen). Wie die Antragstellerin selbst ausführt, besteht (erst) seit dem 22.08.2017 ein konkreter Hinweis auf die Übermittlung der E-Mail-Adressen an Facebook [Personen](#), die ihre [Daten](#) vor diesem Datum an die Antragstellerin übermittelt und im Zuge dessen von den Datenschutzbestimmungen Kenntnis erlangt haben, waren auf diese konkrete Maßnahme der [Datenverarbeitung](#) nicht hingewiesen worden. Ihre [Daten](#) befinden sich eventuell jedoch nach wie vor auf der hochgeladenen Kundenliste, ohne dass sichergestellt ist, dass sie von den aktuellen Datenschutzhinweisen Kenntnis genommen haben – für die [Betroffenen](#) bestand unter Umständen keine Veranlassung dazu, sich erneut mit den Datenschutzhinweisen der Antragstellerin zu befassen (z.B. wenn keine erneute Bestellung erfolgt ist). Ob die Listen (zuletzt) nach dem 22.08.2017 bei Facebook hochgeladen worden sind, ist somit unerheblich.

Generell setzt die Zulässigkeit einer Datenübermittlung nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. [2 BDSG](#) voraus, dass diese zur Wahrung berechtigter Interessen der [verantwortlichen](#) Stelle „[erforderlich](#)“ ist – nicht etwa lediglich aus Sicht der [verantwortlichen](#) Stelle geeignet oder zweckmäßig. Gemeint sind [Verwendungen](#), zu denen es keine objektiv zumutbare Alternative gibt. Eine Berufung der [verantwortlichen](#) Stelle auf § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. [2 BDSG](#) kommt so lange nicht in Betracht, wie diese ihr Informationsziel anders erreichen kann (vgl. Simitis a.a.O., § 28 Rn. 108 m.w.N.). Zu berücksichtigen ist daher auch, dass die Antragstellerin die [Daten](#) insbesondere im Rahmen von Bestellvorgängen erwirbt und es ihr deswegen ohne einen unverhältnismäßig großen Aufwand möglich wäre, im Einzelfall eine [Einwilligung](#) zur Übermittlung der [Daten](#) an Facebook einzuholen.

Somit geht auch die Interessenabwägung zu Ungunsten der Antragstellerin aus (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bzw. § 28 Abs. 3 Satz [6 BDSG](#)), sodass eine Rechtfertigung auf Grundlage des § [28 BDSG](#) ausscheidet. Andere Vorschriften, die eine entsprechende Datenübermittlung rechtfertigen oder anordnen sind nicht ersichtlich.

1. d) Die Datenübermittlung an Facebook ist daher rechtswidrig, weswegen das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht wie in ZifFacebook 1 des streitgegenständlichen Bescheids verfügt die Beseitigung des festgestellten Verstoßes verlangen konnte. Auch sonst bestehen hinsichtlich der Löschanordnung keine Rechtmäßigkeitsbedenken. Insbesondere sind Ermessensfehler i.S.v. § 114 Satz 1 [VwGO](#) nicht ersichtlich. Das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht hat das ihm zustehende [Ermessen](#) (Art. 40 BayVwVfG) erkannt und im Bescheid in nicht zu beanstandender Art und Weise ausgeübt.

Letztlich geht somit auch die im Rahmen des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 [VwGO](#) vorzunehmende Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Vollziehungsinteresse und dem Suspensivinteresse der Antragstellerin zu deren Nachteil aus. Nachdem die derzeitigen [Zustände](#) sich voraussichtlich als datenschutzwidrig darstellen, ist es geboten, diesen Zustand auch schon vor einer (rechtskräftigen) Entscheidung in der Hauptsache zu beenden.

1. Die Anordnung des Sofortvollzugs genügt ferner den formellen Anforderungen des § 80 Abs. 3 Satz 1 [VwGO](#). Das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht hat in der streitgegenständlichen Anordnung hinreichend ausführlich und auf den Einzelfall abstellend seine Gründe für eine Anordnung des Sofortvollzugs dargelegt. Hierbei hat es sich nicht auf lediglich formelhafte Ausführungen

- beschränkt, sondern insbesondere unter Bezugnahme auf die Interessen der [Betroffenen](#) dargetan (S. 17/18 des Bescheids), weswegen aus seiner Sicht dem öffentlichen Vollziehungsinteresse der Vorrang einzuräumen ist (zu den Anforderungen vgl. Schoch in Schoch/Schneider/Bier, [VwGO](#), 33. EL Juni 2017, § 80 Rn. 247 Facebook).
2. Auch die kraft Gesetzes sofort vollziehbare Zwangsgeldandrohung (Art. 21a des Bayerischen Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetzes – VwZVG) in ZifFacebook 3 des Bescheids, hinsichtlich derer die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage zu beantragen wäre (§ 80 Abs. 5 Satz 1 Var. 1 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 [VwGO](#)), ist rechtlich nicht zu beanstanden. Soweit sich der vorliegende Antrag bei Auslegung nach § 122 Abs. 1, § 88 [VwGO](#) auch hierauf erstreckt, bleibt er daher gleichfalls ohne Erfolg.
 3. Nach alledem ist der Antrag mit der Kostenfolge aus § 154 Abs. 1 [VwGO](#) abzulehnen. Die Streitwertfestsetzung basiert auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 53 Abs. 2 und § 52 Abs. 1 Gerichtskostengesetz (GKG) i.V.m. ZifFacebook 1.5 und in Anlehnung an ZifFacebook 54.2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (NVwZ-Beilage 2013, 57).

E-Learning Datenschutz

Datenschutz praktische
Lektion



[Zur Buchung \(EUR 7,00 / 1 Monat\)](#)

7 Min Datenschutz [juristi.e-Seminar](#)

Aus- und Weiterbildung