

**Baker
McKenzie.**

Datenschutz und Werbung

WKÖ – Datenschutz im Fokus, 12. Oktober 2017

RA Dr. Lukas Feiler, SSCP, CIPP/E



Topics

- 1) Direktmarketing
- 2) Profiling
- 3) Cookies
- 4) Marktforschung



1

Direktmarketing

Einwilligung erforderlich?

- Zwei Rechtsgrundlagen kommen in Betracht
 - Einwilligung (Art 6 Abs 1 lit a DSGVO; jederzeit widerruflich)
 - Überwiegende berechnigte Interessen des Verantwortlichen (Art 6 Abs 1 lit f DSGVO)
 - „Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden.“ (ErwGr 47 lt. Satz)
- Wenn keine Einwilligung (Opt-In) erforderlich, gilt unbedingtes Widerspruchsrecht (Opt-Out)
 - Der Betroffene kann jederzeit der Verarbeitung seiner Daten zu Zwecken des Direktmarketings widersprechen (Art 21 Abs 2 DSGVO)
 - Widerspruchsrecht ist kostenlos (Art 12 Abs 5 DSGVO)
 - Frist für Verantwortlichen: unverzöglich, max. 1 Monat (Art 12 Abs 3 DSGVO)
 - Der Widerspruch kann grds auch elektronisch erfolgen (Art 12 Abs 2 DSGVO)

Fälle der notwendigen Einwilligung – Opt-In

- Telefonwerbung
 - Einwilligung immer erforderlich (§ 107 Abs 1 TKG 2003)
- E-Mail-Werbung an Nicht-Kunden
 - Einwilligung immer erforderlich (§ 107 Abs 2 TKG 2003)
- Direktwerbung unter Verwendung sensibler Daten
 - überwiegendes berechtigtes Interesse scheidet aus (Art 9 Abs 2 DSGVO)
 - es kommt nur eine ausdrückliche Einwilligung in Betracht
- Datenverarbeitung mit besonders hoher Eingriffsintensität – z.B. manche Arten des Profiling

Ohne Einwilligung – Opt-Out

- Postalische Werbung
 - Adressverlage und Direktmarketingunternehmen haben allgemeines Opt-Out durch Eintragung in Robinsonliste der WKÖ zu beachten (§ 151 Abs 9 GewO)
- E-Mail-Werbung gegenüber Kunden (§ 107 Abs 3 TKG 2003)
 - bestehende oder ehemalige Kunden
 - Opt-Out-Möglichkeit muss bei Erhebung und in jeder E-Mail gewährt werden
 - Werbung nur für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen
 - Allgemeines Opt-Out durch Eintragung in ECG-Liste zu beachten
- pseudonyme personenbezogene Werbung online
 - Wenn Identität des Betroffenen nur sehr schwer feststellbar (z.B. nur IP-Adresse bekannt)

Einwilligung von Personen unter 14 Jahren

- Einwilligung von Minderjährigen für Online-Dienste grds erst gültig ab 14 Jahren
- < 14 Jahre: Zustimmung der Erziehungsberechtigten erforderlich
 - Verantwortlicher muss „angemessene Anstrengungen unter Berücksichtigung der vorhandenen Technologie“ unternehmen
- Praktische Umsetzung
 - Angebot nicht auf Unter-14-Jährige ausrichten
 - Registrierung nur zulassen, wenn Geburtsdatum angegeben

Einwilligung & Koppelungsverbot

- Viele „Gratis“-Angebote im Internet setzen Zustimmung zur Datenerhebung voraus (z.B. Gewinnspiel)
- Zustimmung nur gültig, wenn sie „frei“ ist
- Grds nicht „frei“, wenn
 - die Durchführung eines Vertrages von Zustimmung zur Datenverarbeitung abhängig gemacht wird und
 - die Datenverarbeitung für die Vertragserfüllung nicht erforderlich ist
- Stehen datenbasierte Geschäftsmodelle auf dem Spiel?
 - Die Einwilligung kann für die Vertragserfüllung (wirtschaftlich) notwendig sein
 - Alternativ anbieten:
 - keine Gebühr + datenschutzrechtliche Einwilligung oder
 - angemessene Gebühr



2

Profiling

Was ist Profiling?

- Bewertung oder Vorhersage persönlicher Aspekte von Betroffenen, wie (Art 4 Nr. 4 DSGVO)
 - Arbeitsleistung,
 - wirtschaftliche Lage,
 - Gesundheit,
 - persönliche Vorlieben,
 - Interessen,
 - Zuverlässigkeit,
 - Verhalten,
 - Aufenthaltsort oder Ortswechsel

Setzt Profiling eine Einwilligung voraus?

- Profiling zu internen Zwecken
 - überwiegendes berechtigtes Interesse als Rechtsgrundlage; Widerspruch (Opt-Out) nur selten möglich (z.B. bei Kindern; vgl Art 6 Abs 1 lit f DSGVO)
- Profiling zu Zwecken des Direktmarketings (Art 21 Abs 2 DSGVO)
 - grds überwiegendes berechtigtes Interesse als Rechtsgrundlage; Opt-Out immer möglich
- Profiling mit erhöhter Eingriffsintensität
 - z.B. bei Preisdifferenzierung oder bei sensiblen Daten
 - nur mit (ausdrücklicher) Einwilligung
- Profiling mit rechtlichen Folgen für Betroffene oder ähnlich schwerer Beeinträchtigung (Art 22)
 - ausdrückliche Einwilligung (sofern nicht für Vertragsabschluss od. -erfüllung erforderlich)
 - Recht des Betroffenen auf Darlegung des Standpunkts & Anfechtung der Entscheidung
 - Pflicht zur Information über verwendete Logik und Auswirkungen der Entscheidung



3

Cookies

Das Einwilligungserfordernis bei Cookies

- Auslesen von Daten des Endgeräts des Nutzers grds nur mit Einwilligung (§ 96 Abs 3 TKG 2003)
- Ausnahme funktionale Cookies
 - Keine Einwilligung nötig, wenn Cookie zur Erbringung des ausdrücklich gewünschten Dienstes technisch notwendig
- Praktische Einholung der Einwilligung
 - Information über verwendete Cookies (Cookie Policy; z.B. im Impressum)
 - Nutzer willigt ein durch Handhabung der Browser-Einstellungen ein (EBRV 1389 BlgNR XXIV. GP 25)
- „Lösung“ Device Fingerprinting?



4

Marktforschung

Marktforschung ohne Einwilligung?

Echte Marktforschung

- wissenschaftlich-methodisches Vorgehen
- Ziel ist statistische Aussage, keine Aussage über Einzelperson
- überwiegendes berechtigtes Interesse
 - Einwilligungserfordernis würde Sample auf bereits bekannte Nutzer beschränken
- Opt-Out nur im Einzelfall

Push Polling

- ist versteckte Direktwerbung
- kein überwiegendes berechtigtes Interesse
- nur mit Einwilligung zulässig

Sonderproblem Informationspflichten per Telefon

- Eine Datenschutzmitteilung muss folgende Angaben enthalten (Art 13 f DSGVO)
 1. die Identität des Verantwortlichen
 2. den Datenschutzbeauftragten
 3. die Verarbeitungszwecke
 4. die rechtliche Grundlage der Verarbeitung
 5. die Empfänger
 6. die internationalen Datenübermittlungen
 7. die Dauer der Datenspeicherung
 8. das überwiegende berechnete Interesse (sofern als Rechtsgrundlage genutzt)
 9. Betroffenenrechte
 10. Möglichkeit, die Einwilligung zu widerrufen
 11. Bestehen eines Beschwerderechts
 12. Bei Profiling: Entscheidungslogik
- Zeitpunkt der Information: spätestens bei Datenerhebung bei Betroffenen
- Erfüllung der Informationspflicht durch Verweis auf Datenschutzerklärung auf der Website?

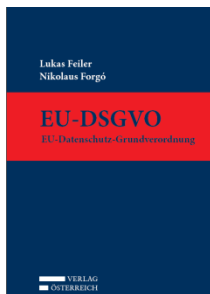
Baker McKenzie.



Dr. Lukas Feiler, SSCP CIPP/E
Senior Associate
Leiter des Teams für IT-Recht in Wien

Schottenring 25
1010 Vienna

T: +43 1 24 250
lukas.feiler@bakermckenzie.com



Lukas Feiler ist Co-Autor des ersten österreichischen Kommentars zur Datenschutz-Grundverordnung und begleitet Unternehmen auf www.digitalwave.at bei der digitalen Transformation

www.bakermckenzie.com

Diwok Hermann Petsche Rechtsanwälte LLP & Co KG ist ein Mitglied von Baker & McKenzie International, einem Verein nach dem Recht der Schweiz mit weltweiten Baker & McKenzie-Anwaltsgesellschaften und kooperiert mit Baker & McKenzie Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Düsseldorf. Der allgemeinen Übung von Beratungsunternehmen folgend, bezeichnen wir als "Partner" einen Freiberufler, der als Gesellschafter oder in vergleichbarer Funktion für ein Mitglied von Baker & McKenzie International tätig ist. Als "Büros" bezeichnen wir die Kanzleistandorte der Mitglieder von Baker & McKenzie International.