



DIREKTMARKETING UND DATENSCHUTZ – ÖSTERREICHISCHE CODES OF CONDUCT AUCH FÜR DIE EU?

Dr. Waltraut Kotschy, Data Days 12.-13.10.2022

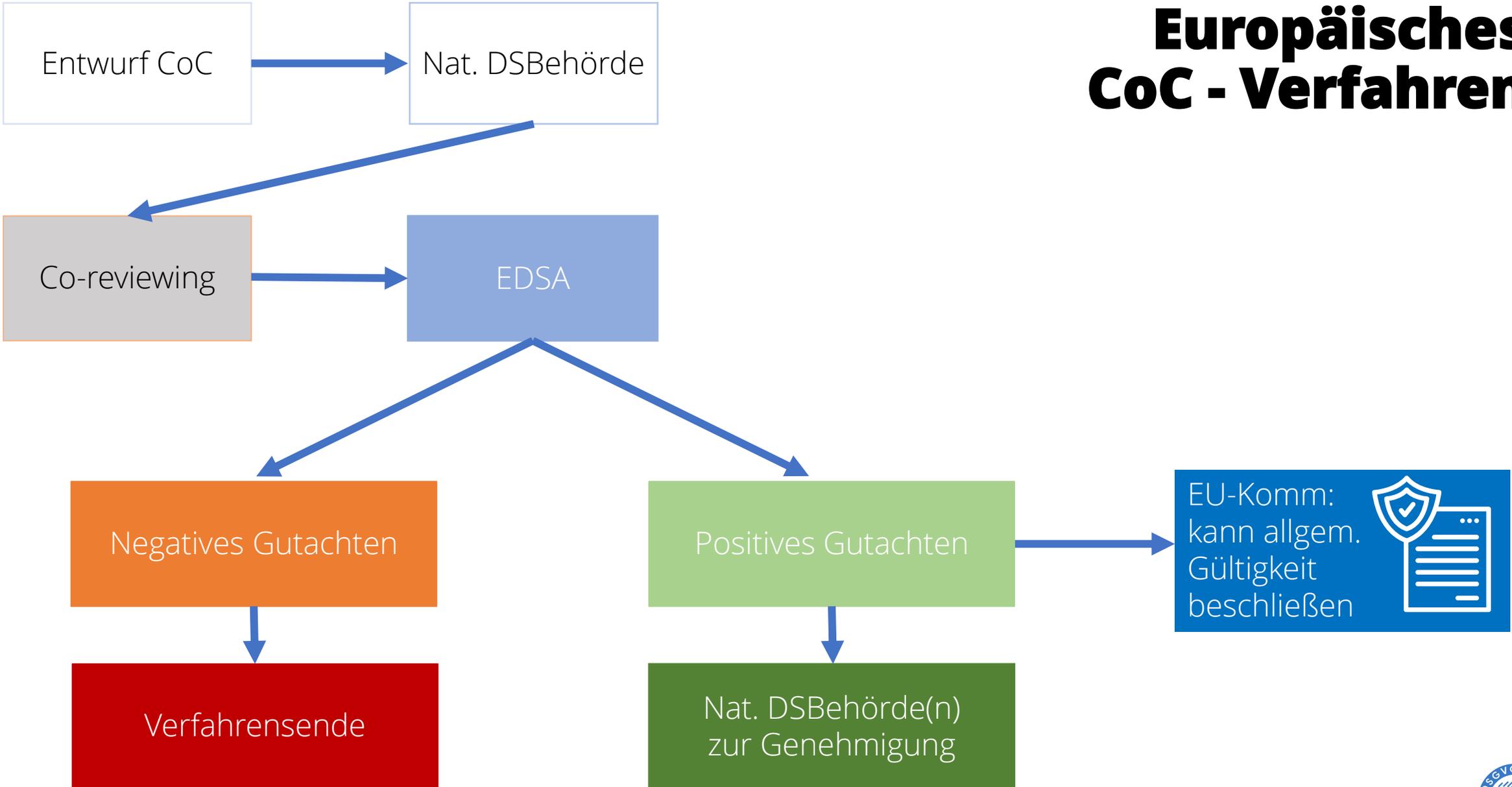
DMVÖ/FEDMA-Projekt: Verhaltensregeln mit Geltung über Österreich hinaus

- Sachlicher Geltungsbereich:
 - Direktmarketing mit Kommunikation im Wege der Briefpost
- Örtlicher Geltungsbereich:
 - Österreich
 - Deutschland
 - Italien
 - Luxemburg
- Ziel: CoC mit EU-weiter Geltung

Postal direct marketing - noch relevant?

- Aufmerksamkeitsrate oft besser als bei elektronischem Werbematerial
- Aus juristischer Sicht interessant, weil durch den österr. CoC einige Grundsatzfragen, wie zB der Umfang von „berechtigtem Interesse“ als Rechtsgrundlage von Direktmarketing, in Österreich schon ausdiskutiert und seit 20 Jahren erprobt sind
 - wenn es gelingt, diese Regeln EU-weit zu etablieren =>
Ausgangspunkt für genauere Regelungen auch für elektronisches Direktmarketing

Europäisches CoC - Verfahren



Co-Reviewing - Verfahren

- Es hat sich nur die LDI NWF (Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit) bereit erklärt zum co-reviewing.
- Es wird also derzeit nur die deutsche Sicht der Dinge eingearbeitet.
- „OHWerbung“:
 - ┆ „Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)“
 - ┆ Papier der dt. Datenschutzbehörden (Stand Febr 2022):

Bisher erkennbare Differenzen

- Außerordentlich umfangreiche Stellungnahme: etwa 60 Anmerkungen
- Offenbare Auffassungsunterschiede in sehr grundlegenden Punkten, insbes. inwieweit Direktmarketing aufgrund „berechtigter Interessen“ zulässig ist

Österr. CoC ↔ europ. CoC?

- ❖ Warum konnte der 2019 genehmigte österr. Code of Conduct nicht einfach kopiert werden?
- ❖ Unterschiede ergeben sich aus der rechtlichen Grundlage des CoC:
 - In Österreich sind die wichtigsten Zweifelsfragen betr. Direktmarketing seit 2002 durch Gesetz außer Streit gestellt
 - **Auf EU-Ebene** gibt es – für postalisches Direktmarketing – **nur Art 21 Abs 2 und 3 DSGVO und ErwG 47**
 - **Aufgabe:** Herleitung der österr. Regeln allein aus der DSGVO ohne Gesetz als Bindeglied
 - **umfangreiche Neuformulierung notwendig**

Methode und Systematik des neuen CoC, der sich nur auf die DSGVO stützen kann

1. Anhand der **Datenschutzprinzipien des Art 5 DSGVO** werden Regeln aufgestellt für
Rechtsgrundlagen, Zweckbindung, Transparenz,
2. weiters wird die Ausgestaltung und Durchsetzung der **Rechte der Betroffenen** behandelt und
3. es werden **organisatorische Regelungen** getroffen, über das Verzeichnis der Verpflichteten, die Überwachungsstelle, die Einrichtung der Robersonlisten etc.

Was ist nicht Gegenstand des CoC ?

Direktmarketing bei den eigenen Kunden = Verwendung der eigenen Kundendateien = **nicht** Gegenstand des CoC!!!

[Könnte aber natürlich eingearbeitet werden, falls ein Bedürfnis dafür besteht]

→ dzt. Gegenstand des CoC = **Direktmarketing zur Neukundenakquisition**

(im österr. CoC: in erster Linie Akquisition unter Beiziehung eines Adressverlags, da fußend auf der Regelung über Adressverlage in der GewO!)

Inhaltliche Schwerpunkte (1)

Zulässige Quellen der Datenermittlung

- Österr. CoC = europ. CoC:
 - Aus welchen Quellen dürfen Daten auf der Grundlage „berechtigter Interessen“ für Direktmarketingzwecke ermittelt werden?
 - Liste der zulässigen Quellen
 - Daten aus anderen Quellen??
 - Nur mit Einwilligung der betroffenen Person

Liste der zulässigen Quellen

- Jedermann darf auf der Grundlage berechtigter Interessen Daten für seine Direktmarketingzwecke ermitteln
 - ┆ durch Befragung des Betroffenen
 - ┆ aus öffentlich zugänglichen Daten/Dateien
 - ┆ **von einem „Daten-Provider“** (= wie österr. Adressverlag); diese dürfen ihrerseits Daten ermitteln
 - durch Befragung des Betroffenen
 - aus öffentlich zugänglichen Daten/Dateien
 - **von Inhabern von Kundendateien** (in engen Grenzen)
 - **von anderen Daten-Providern**

Der „Daten-Provider“ im neuen CoC

- Der Stellung des Adressverlags österr. Prägung nachgebildet
- Endziel: „Mittler“ im Sinne des Data Governance Acts (Teil der neuen Datenstrategie 2020 der EU):
 - **Verarbeitet** (auch personenbezogene) **Daten im Interesse Dritter**
 - soll vorhandene Daten für Dritte nutzbar machen, gleichzeitig aber auch für den Schutz der Betroffenen sorgen
- Gegenwärtig ist zB die dt. Haltung (und wahrscheinlich auch die anderer Datenschutzbehörden) noch weit entfernt von diesem Rollenverständnis
- Welche Datennutzung erlauben die „**berechtigten Interessen Dritter**“ **im Zusammenhang mit Direktmarketing?**

Berechtigte Interessen *Dritter*?

- In der Frage der Zulässigkeit der Datenermittlung im Wege eines Dritten (des „Daten-Providers“) haben sich bisher folgende Auffassungsunterschiede im Co-reviewing-Verfahren ergeben:
 - ▮ dt. Position (- beruht auf Dokument „OHWerbung“) ist ganz grds **gegen** die **Verwendung von Fremddaten** für Werbezwecke **ohne Einwilligung**
 - ▮ zulässige **Ausnahme nur** „lettershop – Modell“, bei dem Daten nicht physisch weitergegeben werden, sondern vom Dateninhaber (dem „lettershop“) für den Werbenden verwendet werden.
- Begründung: physische Datenweitergabe verletzt überwiegende schutzwürdige Interessen der Betroffenen

Was ist die Richtschnur für diese Interessensabwägung beim Direktmarketing?

- Die dt. DSBehörden konzentrieren sich im Dokument „OHWerbung“ auf die in ErwG 47 genannten „vernünftigen Erwartungen“ der betroffenen Person:
 - Was sind die „vernünftigen Erwartungen“? so etwas wie „Übung des redlichen Verkehrs“?
 - Was sind die „vernünftigen Erwartungen“ bei sehr unklarer Rechtslage?

ErwG 47 zur DSGVO

ErwG 47: „Insbesondere dann, wenn personenbezogene Daten in Situationen verarbeitet werden, in denen eine betroffene Person vernünftigerweise nicht mit einer weiteren Verarbeitung rechnen muss, **könnten die Interessen** und Grundrechte **der betroffenen Person** das Interesse des Verantwortlichen **überwiegen.**“

- „könnten“, d.h. es müssen offenbar noch weitere Kriterien verwirklicht sein, damit in einer konkreten Konstellation tatsächlich überwiegende Schutzinteressen anzunehmen sind
- „vernünftige Erwartungen“ sind nur ein Hinweis auf eine möglicherweise vorliegende überwiegende Schutzinteressen

Prüfmaßstab

Der EDSA (zB in WP251 rev01, S 14 f) empfiehlt, zur Prüfung der Angemessenheit von Grundrechtseingriffen auf der Grundlage von Art 6 (1)(f) neben

den **berechtigten Erwartungen** der betroffenen Personen

auch noch folgende Fragen näher zu untersuchen:

- die **mögliche Wirkung** der Verarbeitung auf die Betroffenen und
- deren **Fähigkeit**, ihre **Rechte** in Bezug auf diese Verarbeitung **auszuüben**

Prüfergebnis beim CoC

- Die **Auswirkungen auf die Betroffenen** sind bei der postalischen Versendung von Werbematerial gering; dazu tragen zusätzlich bei:
 - ▮ die strenge Auslegung des Zweckbindungsprinzips und
 - ▮ die Beschränkungen der Datenkategorien, die für Werbezwecke weitergegeben werden dürfen
- Die **Durchsetzung der Verfügungsgewalt über die eigenen Daten** wird im Zusammenhang mit Werbung besonders einfach gemacht:
 - ▮ und zwar sowohl durch das absolute Widerspruchsrecht entspr. Art 21 (2) und (3) DSGVO,
 - ▮ als auch durch die Einrichtung der Robinsonlisten
- Vernünftige Erwartungen sind abhängig davon, was als rechtmäßig angesehen wird (verkehrsüblich ist) – in Ö durch CoC weitestgehend geklärt

Inhaltliche Schwerpunkte (2)

Marketingsklassifikationsdaten

- Haltung der dt. DSBehörden scheint hier sehr rigid zu sein: Praxisbeispiel im Dokument „OHWerbung“:
 - „Zusendung von Werbung aufgrund von Selektion (Profiling): verstößt gegen überwiegendes Schutzinteresse
→ ausdrückliche Einwilligung notwendig“
- WIESO? „Ergibt sich aus Art 22 (2)(c) DSGVO“
 - Art 22 betrifft aber doch nur „Entscheidungen, ... die (der betroffenen Personen) gegenüber **rechtliche Wirkung entfalten oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigen**“
 - Davon kann im Zusammenhang mit der Zusendung von personalisierter Werbung doch grundsätzlich keine Rede sein!

Direktmarketing

- Interessensbasiertes Marketing ist ohne Marketingprofile, oder „Marketingklassifikationsdaten“ iSd österr. CoC, nicht möglich.
- Die Wertung, ob ein Produkt für eine bestimmte Person attraktiv sein könnte, ist für werbliche Tätigkeit ein äußerst wichtiger Parameter.
- Wenn Werbung regelmäßig Teil wirtschaftlicher Tätigkeit ist, muss es grundsätzlich zulässig sein, Daten über Vorlieben und Interessen von potentiellen Kunden zu sammeln (→ grds ein berechtigtes Interesse!)

Grenzen für die Ermittlung von Profildaten

- Im österr. CoC sind nicht nur die Quellen **zulässiger Datenermittlung** auf Grundlage berechtigter Interessen **beschränkt**, sondern auch der zulässige Umfang der Datenermittlung
 - speziell: hinsichtlich der Daten, die aus fremden Kundendateien ermittelt werden dürfen
 - Speziell: hinsichtlich sensibler Daten und strafrelevanter Daten
 - allgemein: durch Referenz auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
- Bedürfte es hier allenfalls noch näherer Ausführungen?

Inhaltliche Schwerpunkte (3)

Gegenstand der Einwilligung

- Selbst wenn eine Einwilligung zur Weiterverarbeitung von Daten für Direktmarketingzwecke eingeholt werden sollte, welche Exaktheit muss die Bezeichnung des Übermittlungsempfängers aufweisen?
- Die bisherigen Reaktionen im Co-Reviewing-Verfahren lassen auf eine sehr strenge Auslegung des Erfordernisses der „Konkretheit“ einer Einwilligung schließen: Benennung des Datenempfängers?
 - § 151 Abs 4 GewO: „... sofern ein **ausdrückliches Einverständnis** der betroffenen Person **zur Verarbeitung** dieser Daten **für Marketingzwecke Dritter** vorliegt.“
 - soll die Einholung einer Einwilligung zur Weiterverwendung von Daten „für Marketingzwecke Dritter“ nicht mehr zulässig sein?
 - würde der gängigen Formulierung von cookie- Bannern widersprechen!!

Inhaltliche Schwerpunkte (4)

Zeitpunkt der Information

- Wenn Daten vom Betroffenen erfragt werden: Information unmittelbar bei der Befragung
- Wenn **Daten bei Dritten oder aus allgemein zugänglichen Quellen erhoben** werden (zB von einem Adressverlag für die Werbekampagne zugekauft werden) Art 14 Abs 3 DSGVO: Information ist zu geben
 - ┆ lit. a: längstens innerhalb eines Monats
 - ┆ **lit. b: bei Daten, die zwecks Kommunikation mit dem Betroffenen ermittelt wurden: spätestens bei der ersten Kommunikation**
 - ┆ lit. c: bei Übermittlung an Dritte: spätestens zum Zeitpunkt der ersten Übermittlung

wp260rev01 (EDSA LL zur Transparenz)

- Art 29-Gruppe/EDSA: Art 14 (3) lit. a ist als übergreifende Regelung gegenüber den lit. b und c zu verstehen
 - **Information** muss auch im Marketingbereich **spätestens innerhalb eines Monats nach der Ermittlung** (= Anmietung zB von einem Adressbüro) zugesendet werden
- Das würde die seit 20 Jahren bestens bewährte österr. Regelung unmöglich machen, dass die Information dadurch gegeben wird, dass
 - auf dem Werbematerial auch eine Kennzeichnung der sog. „Ursprungsdatei“ (bzw. ihre Inhabers) aufgedruckt sein muss, damit die betroffene Person „bei der ersten Kommunikation“ (= Zusendung des Werbematerials) auch informiert wird über die Herkunft der Daten
 - CoC: Information ist im Zeitpunkt der ersten Kommunikation mit der betroffenen Person zu geben

Art 14 Abs 3 lit b DSGVO

- Die Interpretation der Art 29 Gruppe/des EDSA ist nach dem Wortlaut und dementsprechender grammatikalischer Interpretation des Art 14 Abs 3 DSGVO nicht nachvollziehbar.
- Im Art 21 Abs 4 DSGVO findet sich im Übrigen – in unmittelbarem Anschluss an die Regelungen des Abs 2 und 3 über Widerspruch gegen Marketingverarbeitungen – ebenfalls eine Zeitangabe für die Information, und zwar über das Widerspruchsrecht:
 - hier wird **ausschließlich** auf den **Zeitpunkt der ersten Kommunikation** verwiesen
 - Indiz dafür, dass im Zusammenhang mit Marketing tatsächlich **nur** dieser Zeitpunkt relevant ist

Ausblick

- Wie die geschilderten Auffassungsunterschiede geklärt werden können, wird sich zeigen
- Wenn es gelänge, EU-weit gültige Verhaltensregeln für postalisches Direktmarketing auf den Weg zu bringen, ließe sich dadurch eine
 - ▮ relativ genau umschriebene Basis für Verarbeitungen auf Grundlage „berechtigter Interessen“ festlegen
 - ▮ gewisse Eigenheiten der Direktmarketingbranche (Verarbeitung für Zwecke Dritte, Marketingklassifikationsdaten etc.) endlich außer Streit stellen
- Auf dieser Basis sollte es leichter möglich sein, auch eine Einigung über jene zusätzlichen Regeln zu erzielen, die speziell für das elektronische Marketing ergänzend notwendig wären.

Welche Art von Regelungen gibt es derzeit im CoC nicht?

- Direktmarketing braucht immer
 - ┆ **Interessensprofil**daten (warum möchte ich diese Person ansprechen?) und
 - ┆ **Kommunikationsadress**daten (wie erreiche ich diese Person?)
- Sowohl im österr. als auch im europ. CoC enthalten sind
 - ┆ **Regelungen über** die Ermittlung und Verwendung von **Interessensprofil**daten und auch
 - ┆ Regelungen über die *Ermittlung* von Kommunikationsadressdaten, *nicht aber über die Verwendung* dieser Daten für die Kommunikation, weil die Verwendung von Postadressdaten für Werbezwecke keinen rechtlichen Beschränkungen unterliegt.

CoC postal DM ↔ CoC electronic DM???

(Fortsetzung)

- Bei Einbeziehung von [Direktmarketing im Wege elektronischer Kommunikation in den CoC](#), müssten jedenfalls die Regelungen des § 174 TKG 2021 im CoC ergänzt werden:
 - für [Telefon](#)- und Fax-Kommunikation
 - für „[elektronische Post](#)“ (e-mail, SMS,..?)
- Ausdehnung durch die künftige e-privacy-VO auf technisch unterschiedlichste Formen elektronischer Kommunikation –
Konsequenzen für den CoC noch nicht ganz abzusehen

CoC postal DM ↔ CoC electronic DM???

(Fortsetzung)

- § 151 GewO stammt aus 2002 → enthält keine Regelungen über die Zulässigkeit der Datenermittlung im Internet
 - daher automatisch immer Einwilligung notwendig?
- Müssen die zulässigen Quellen für die Ermittlung von Interessensprofilen „in elektronischen Zeiten“ ergänzt oder präzisiert werden gg dem österr. Modell nach § 151 GewO?
 - Zusätzliche mögliche Quellen: Tracking auf Webseiten? In social media? Bei der Verwendung von Suchmaschinen?
 - cookie-Problematik angesprochen in der e-privacy-RL und § 165 Abs 3 TKG 2021, nicht aber im CoC

Weitere Themen für CoC electronic DM?

- Ausspielen von Banner-Werbung beim Besuch einer Website:
Datenschutzrechtliche Implikationen?
- Zulässigkeit von Website-Reichweitenanalysen?
- Best-practice-Inhalte von Datenschutzerklärungen?
-?

Fazit

- Für elektronisches Direktmarketing braucht es Regelungen AUCH über den zulässigen Gebrauch von elektronischen **Kommunikationsadressdaten** (Sonderproblem: Nutzeridentifikation im Wege der Identifikation des verwendeten Kommunikationsgeräts)
- Die Regelungen über die zulässigen Quellen der Ermittlung von **Interessensprofilen** müssten möglicherweise überarbeitet und ergänzt werden oder genügt bloßes consent-Management?
- Die **Stellung der „Datenmittler“** sollte auch für den Bereich elektronischer Werbeausspielung (zB Bannerwerbung) analysiert werden
 - Wie weit darf Direktmarketing aufgrund **berechtigter Interessen Dritter** im Internetkontext stattfinden oder braucht alles eine Einwilligung und was ist eine gültige Einwilligung im Hinblick auf die erforderliche Konkretetheit?

Es dankt für Ihre Aufmerksamkeit Dr. Waltraut Kotschy

Unternehmensberatung für Datenschutzrechtsfragen
DPCC e.U., office@dpcc.at
dsgvo-help gmbh, w.kotschy@dsgvo-help.com



Was sein muss, muss sein.

Die von der dsgvo-help gmbh erstellte Präsentation ist ausschließlich für den Auftraggeber bestimmt. Sie bleibt Eigentum der dsgvo-help gmbh. Jegliche Form der weiteren Nutzung ist nur mit schriftlicher Zustimmung der dsgvo-help gmbh als Urheberin zulässig. Die an dem Inhalt der Präsentationsschrift bestehenden Urheber- und Nutzungsrechte verbleiben bei der dsgvo-help gmbh, auch wenn für die Präsentation ein Honorar gezahlt wurde.

Die Weitergabe der Präsentationsschrift an Dritte, sowie eine Veröffentlichung, Vervielfältigung, Verbreitung, Nachbildung, Bearbeitung, Verwendung oder sonstige Vermarktung der präsentierten Ideen und Lösungen ist ohne vorherige Zustimmung der dsgvo-help gmbh nicht zulässig.

Werden die präsentierten Ideen und Lösungen nicht umgesetzt, so ist die dsgvo-help gmbh berechtigt, die präsentierten Ideen und Lösungen anderweitig zu verwenden.