

DATA DAYS 2022

Datenschutz, Onlinemarketing, Privacy



Aktuelles aus der Beratungspraxis

RA Mag. Christina M. Schwaiger, LLB.oec., CIPP/E, CIPM

Inhalt

Datenschutz & Privacy

- **Cookie Banner vs. Datenschutzerklärung:**
- Was gehört wohin?
- Best Practices
- Cookies und Schadenersatz? – Aktuelles zu den **Schlussanträgen des Generalanwalts C-300/21**

Onlinemarketing

- **Geht's noch ohne Profiling?**
- Was ist für die gültige Einwilligung zu beachten?

Datenschutz Cookiebanner vs. Datenschutzerklärung

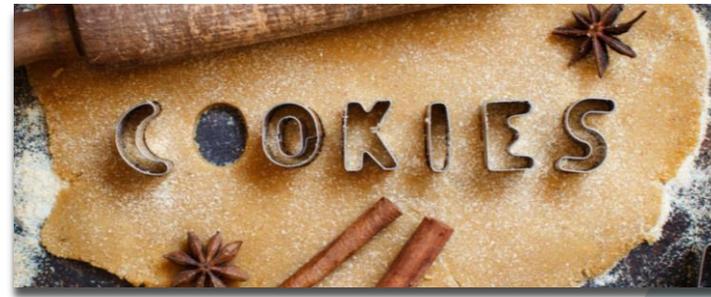
... zum Begriff Datenschutzerklärung

- Keine Legaldefinition
- Häufig verwendet:
 - Datenschutzerklärung
 - Datenschutzinformation(en)
 - Datenschutz-Richtlinie
 - Datenschutz-Policy
 - Datenschutzhinweis
- **Inkludieren:**
 - Verweis auf Art 13 und 14 DSGVO
 - Wichtige Begriffe per Legaldefinition (personenbezogene Daten, Verarbeitung, Verantwortlicher, Auftragsverarbeiter, Einwilligung, Data-Breach, etc.)

Best Practice - Datenschutzerklärung

- Praktisch erwiesen hat sich, die Datenschutzerklärung nach **Verarbeitungszwecken** zu gliedern
 - Betrieb der Website Newsletter-Regelungen (wenn vorhanden)
 - Webshop (wenn vorhanden)
 - Rechtsverfolgung
 - Bewerbungen
 - Interaktives Kontaktformular
- Inkludieren:
 - Verweis auf Verweis auf **Cookie-Policy**
 - Wichtige Begriffe per Legaldefinition (personenbezogene Daten, Verarbeitung, Verantwortlicher, Auftragsverarbeiter, Einwilligung, Data-Breach, etc.)

...was sind Cookies?



- Cookies sind kleine Textdateien, die von besuchten Webseiten auf dem Endgerät des Besuchers abgelegt werden
- Wichtigste Unterscheidung:
 - **Technisch unbedingt notwendige Cookies vs. Performance Cookies**
- Cookies bedürfen eigentlich immer einer gültigen Einwilligung (bevor die Verarbeitung beginnt) → **Ausnahme** sind technisch unbedingt notwendige Cookies:
 - technische Speicherung von Informationen
 - unbedingte Erforderlichkeit der Datenverwendung, um einen vom Nutzer gewünschten Dienst erbringen zu können

...was sind “*Ähnliche Technologien*”?

- **Ähnliche Technologien:** technische Instrumente, die Unternehmen einsetzen können, um ihre Produkte und Dienstleistungen den Kunden gezielter anzubieten
- **Beispiele:** Facebook Pixel, HTML5, Webbeacons, Local Shared Objects, Fingerabdrucktechniken, CSS-Informationen, JavaScript-Objekte, vorinstallierte Schriftarten, HTTP-Header-Informationen, im Webbrowser vorinstallierte Plug-ins oder unterschiedliche Verwendungen beliebiger APIs

Cookie-Policy

- Betrifft den Einsatz von Cookies und Ähnlichen Technologien
- Alle Informationen nach Art 165 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2021:
- Konkret haben diese zu informieren,
 - **welche personenbezogene Daten verarbeitet werden,**
 - **auf Basis welcher Rechtsgrundlage dies geschieht,**
 - **für welche Zwecke dies erfolgt und**
 - **für welchen Zeitraum diese Daten gespeichert werden;**
- **Ergebnis** muss sein, dass der Nutzer darüber in Kenntnis gesetzt wurde, dass bestimmte Informationen auf dem von ihm verwendeten Endgerät platziert werden

Best Practice - Cookie-Policy

- Cookie-Policy als separates Dokument/Verlinkung
- Cookie-Banner, um rechtzeitige Information zu gewährleisten
- Cookie-Banner:
 - Im ersten Layer Mindestinformationen hinweisen
 - Im ersten Layer Verlinkung auf Cookie-Policy und Privacy-Policy
- Widerruf der Einwilligung in Cookies → so einfach wie die Einwilligung

Cookies & Schadenersatz nach der DSGVO

- Website-Betreiber setzen Cookies → führen möglicherweise zu unzulässigen Übermittlungen
 - Google Analytics Entscheidung der Datenschutzbehörde
 - Google Fonts

News auf Europäischer Ebene:

- Schlussanträge des Generalanwalts in einem Grundsatzverfahren C-300/21 (UI gegen Österreichische Post AG)
- Mehrere Vorlageverfahren beim EuGH: Ob im Rahmen von Art 82 DSGVO überhaupt ein Schaden – bzw. der Nachweis eines Schadens – erforderlich ist?

Cookies & Schadenersatz nach der DSGVO

- Art 82 DSGVO: materieller und immaterieller Schadenersatz bei Verstößen gegen die DSGVO
- Mehrere europäische Gerichte haben Klägern teilweise bereits Schadensersatz zugesprochen
 - in DE: Kontrollverlust als zu erstattender Schadenposten
 - In Ö: Urteil des OLG Innsbruck, Schadenersatz gem. Art 82 Abs 1 DSGVO iVm § 29 DSG, GZ 1 R 182/19b, Urteil vom 13.02.2020

Schlussanträge – Kernaussagen:

- Verletzung der DSGVO führt nicht automatisch zu Schadenersatz
 - *„Die These, dass ein Schadensersatzanspruch besteht, auch wenn die betroffene Person durch die Verletzung der DSGVO keine Schäden erlitten hat, bereitet offenkundige Schwierigkeiten, (...) Es ist daher eindeutig erforderlich, dass der natürlichen Person **durch einen Verstoß gegen die DSGVO ein Schaden entstanden ist.**“*
- Kein Strafschadenersatz
 - *„Der Schaden ist ein unerlässliches Element der zivilrechtlichen Haftung. (...) Im Unionsrecht ist die unmittelbare Verurteilung zu „Strafschadenersatz“ die Ausnahme. (...) Die DSGVO enthält jedoch keine Bezugnahme auf den Sanktionscharakter des Ersatzes materieller oder immaterieller Schäden (...) Nach dem Wortlaut kann daher **kein Strafschadenersatz** zugesprochen werden.“*
- Kontrollverlust bedeutet nicht automatisch Schaden
 - *„Der Verlust der Kontrolle über die Daten muss **nicht zwangsläufig** einen Schaden verursachen. (...) Meines Erachtens lässt sich aus der DSGVO nicht ohne Weiteres ableiten, dass sie der betroffenen Person die Kontrolle über personenbezogene Daten als Wert an sich verleihen soll. Und ebenso wenig, dass die betroffene Person die größtmögliche Kontrolle über diese Daten ausüben soll.“*

Schlussanträge – Kernaussagen:

- Bloßes Unmutgefühl, Zorn oder Ärger führen nicht automatisch zu Schadenersatz
 - *„(...)der in Art. 82 Abs. 1 der DSGVO vorgesehene Anspruch auf Schadenersatz **nicht das geeignete Instrument** zu sein, um gegen Verstöße (...) vorzugehen, wenn sie bei der betroffenen Person lediglich zu Zorn oder Ärger führen. (...) Ein Schadenersatz, der sich aus einem bloßen Unmutgefühl wegen der Nichtbeachtung des Rechts durch einen anderen ergibt, kommt dem von mir bereits abgelehnten Schadenersatz ohne Schaden recht nahe. (...) In praktischer Hinsicht wäre die Einbeziehung bloßen Ärgers in die ersatzfähigen immateriellen Schäden ineffizient.“*
- Nationale Gerichte entscheiden, ob bloßes Unmutgefühl oder erstattungsfähiger Schaden vorliegt
 - *„Es ist Sache der nationalen Gerichte, herauszuarbeiten, wann das subjektive Unmutgefühl aufgrund seiner Merkmale **im Einzelfall** als immaterieller Schaden angesehen werden kann.“*

Bedeutung für die Praxis

- Schließt sich der EuGH den Schlussanträgen des Generalanwalts an → schwieriger für Kläger, erfolgreich immateriellen Schadensersatz zu fordern
- Für Unternehmen: Verteidigung in Gerichtsverfahren wird erleichtert
- Für die Praxis bieten die Schlussanträge gute Argumentationsbasis gegen – unter anderem massenhaft geltend gemachte – Forderungen nach Art 82 DSGVO (Stichwort Google Fonts Abmahnwelle)
- Unzulässiger/Falscher Einsatz von Cookies führt nicht automatisch zu Schadenersatz
- Achtung! Verwaltungsstrafen nach der DSGVO werden in separatem Verfahren verhängt

Bedeutung für die Praxis

– Schlussanträge zum **Recht auf informationelle Selbstbestimmung**:

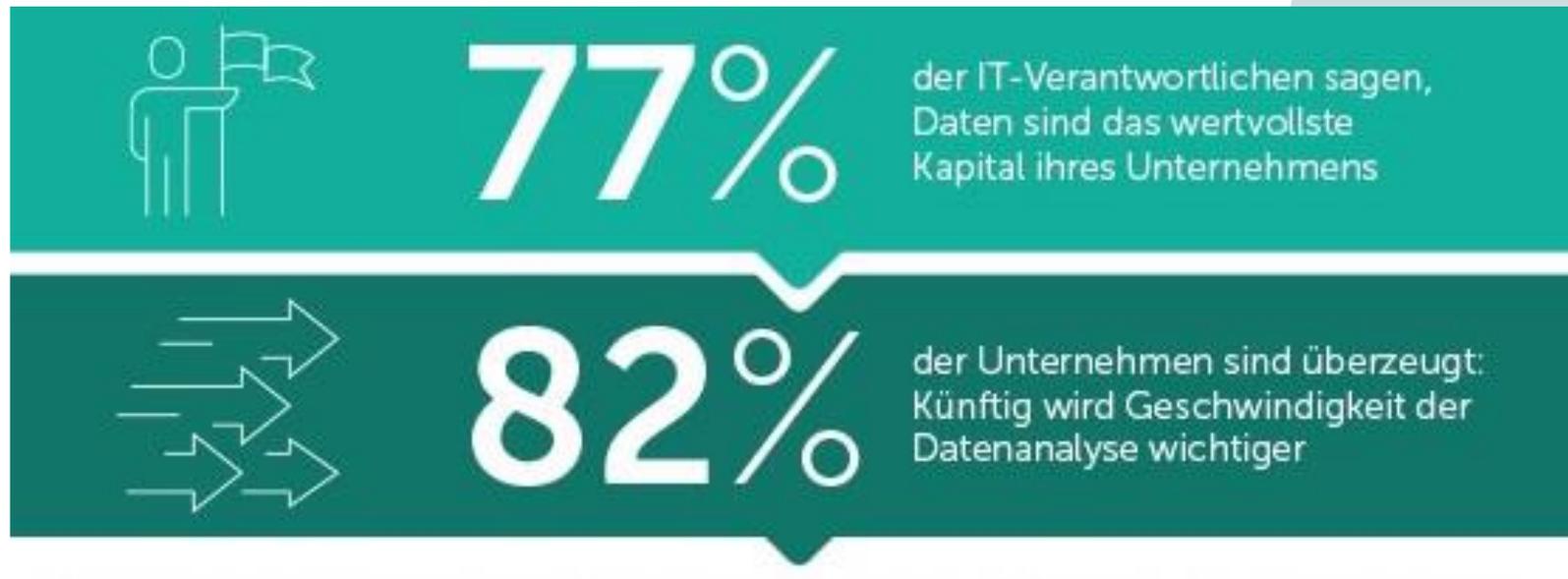
- *„Die Einwilligung der betroffenen Person als maximaler Ausdruck von Kontrolle ist nur eine der Rechtsgrundlagen für eine rechtmäßige Verarbeitung, **vermag** aber die Nichteinhaltung der übrigen dem Verantwortlichen und dem Auftragsverarbeiter obliegenden Pflichten und Voraussetzungen **nicht zu heilen**. Meines Erachtens lässt sich aus der DSGVO nicht ohne Weiteres ableiten, dass sie der betroffenen Person die Kontrolle über personenbezogene Daten als Wert an sich verleihen soll. Und ebenso wenig, dass die betroffene Person die größtmögliche Kontrolle über diese Daten ausüben soll. Diese Feststellung überrascht nicht. Zum einen liegt es nicht auf der Hand, dass die Kontrolle in ihrer Bedeutung als Herrschaft über die Daten zum Wesensgehalt des Grundrechts auf Schutz personenbezogener Daten gehört. Zum anderen besteht über das Verständnis dieses Rechts als Recht auf informationelle Selbstbestimmung keineswegs Einigkeit; in Art. 8 der Charta werden diese Termini nicht verwendet.“*

– **Bedeutung** für Einwilligung in **Datenübermittlungen in unsichere Drittländer**, wie die USA (Bsp. Google Analytics)?

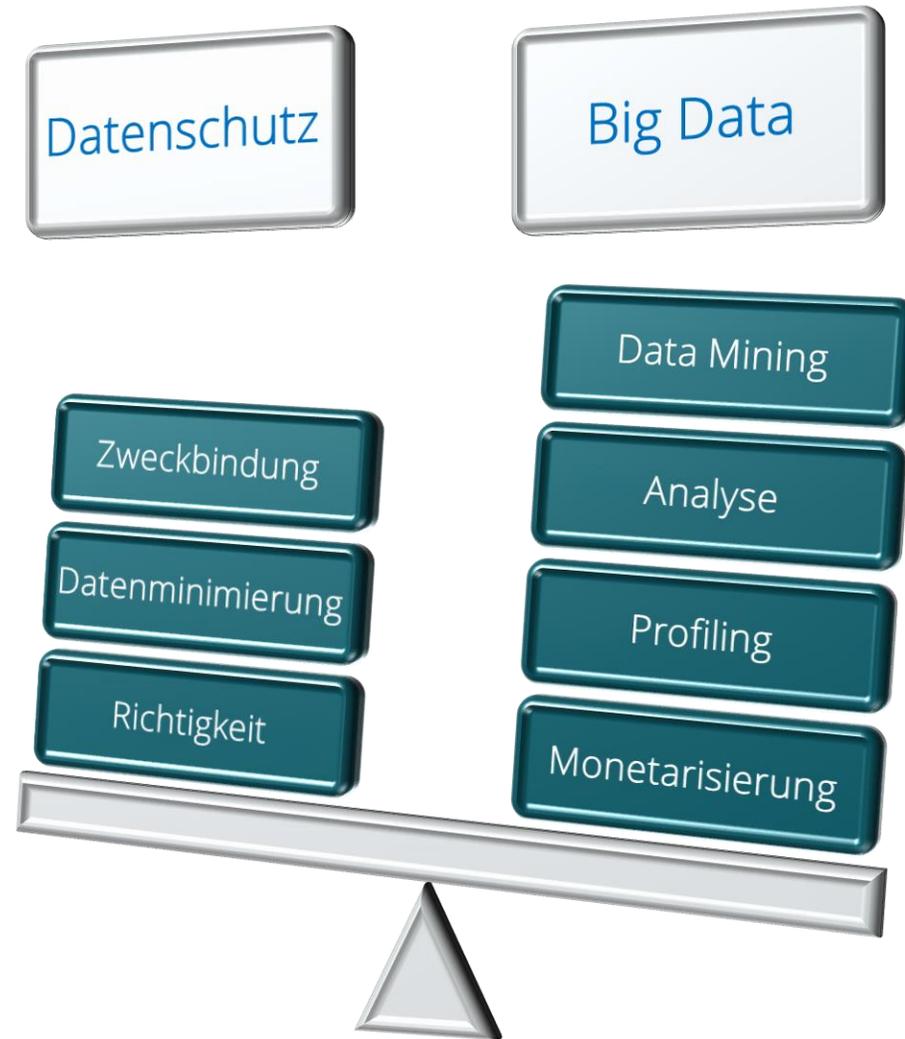
Onlinemarketing Geht's noch ohne Profiling?

Die “Verdatung” der Welt

- Daten – das Gold des 21. Jahrhundert
- „Heben des Datenschatzes“ durch Profiling zur Umsatz- und Gewinnsteigerung
- Personalisierte Werbung und Preisdifferenzierung
- Effiziente Kundengewinnung und -bindung



Spannungsfeld Datenschutz vs. Profiling



Wo finden wir Profiling in der DSGVO?

- Profiling (Art 4 Z 4 DSGVO) vs „automatisierte Entscheidungsfindung“ (Art 22 DSGVO)
- Information über Weiterverarbeitung (Art 13 (3) / Art 14 (4) DSGVO)
- Relatives Widerspruchsrecht gegen Profiling bei **berechtigten Interessen** als Rechtsgrundlage (Art 21 (1) DSGVO)
- **Absolutes** Widerspruchsrecht gegen Profiling iZm Direktwerbung (Art 21 (2) DSGVO)
- **Ausdrückliche** und **getrennte** Information über Widerspruchsrecht (Art 21 (4) DSGVO)
- Informationen über **automatisierten Entscheidungsfindung** gemäß Art 22 DSGVO einschließlich der Logik (Art 13 Abs 2 lit f / Art 14 Abs 2 lit g DSGVO)

Profiling vs. gewöhnliche Datenverarbeitung

| Profiling | Kein Profiling |
|--|--|
| Scoring (Zuordnung einer Person zu einer Gruppe von Personen, um das Verhalten der Person vorauszusagen) bei Kreditvergabe, Onlinehandel, Werbung usw. | Einfache Einteilung von Personen nach Alter, Geschlecht und Größe ohne Voraussagen zu treffen |
| Analyse des Kaufverhaltens für personalisierte Werbung | Bloße Abfrage, bloßes Zusammenführen oder bloße Verifikation von vorhandenen Informationen |
| Sammlung und Analyse von Daten durch einen Datenhändler, um seinen Kunden diese Daten nach verschiedenen Kategorien geordnet zur Nutzung anzubieten | Übermittlung von Werbung mit personalisierter Anrede, deren Inhalt nicht auf die Interessen der Betroffenen abgestimmt ist |
| Verknüpfung von Daten mit „Sinus-Milieus“ zur Bewertung persönlicher Aspekte oder „Lookalike-Analysen“ | |

Beispiele zur automatisierten Entscheidungsfindung

Automatisierte Entscheidungsfindung iSd Art 22 DSGVO

- Auflösung eines Vertrags bei Vorliegen bestimmter Kriterien **ohne** menschliche Entscheidung
- Preisdifferenzierung und Gewährung von Rabatten auf Basis des Einkaufsverhaltens (solange Personen faktisch nicht ausgeschlossen werden)

Keine automatisierte Entscheidungsfindung iSd Art 22 DSGVO

- Verweigerung des Abschlusses eines Vertrags (zB bei Kreditvergabe)
- Festlegung der Zinshöhe bei Darlehen durch den Bankberater auf Basis bestimmter Kriterien

Mögliche Rechtsgrundlagen

Profiling iSd Art 4 Z 4 DSGVO

- Einwilligung
- Berechtigte Interessen

Automatisierte Entscheidungen iSd Art 22 DSGVO, ausschließlich

- Vertragserfüllung
- spezifische Rechtsvorschrift
- ausdrückliche Einwilligung

Profiling – Einwilligung oder berechtigtes Interesse?

| Maßnahme | Einwilligung | Berechtigte Interessen |
|--|--------------|------------------------|
| Profiling mit eigenen Kundendaten für eigene Werbezwecke | | X |
| Profiling mit eigenen Kundendaten und Daten aus fremden Quellen | X | |
| Profiling für Werbemaßnahmen Dritter | X | |
| Preisdifferenzierungen oder Rabatte auf Basis von Profiling | | X |

Sonderfall Online-Tracking

- Cookies für Tracking oder personalisierte Werbung sind einwilligungspflichtig (§ 165 Abs 3 TKG 2021)
- Checkbox für Einwilligung darf nicht vorausgewählt sein
 - FAQ Datenschutzbehörde
- Evtl. gemeinsame Verantwortlichkeit nach Art 26 DSGVO bei Verwendung von Social-Media-Plugins (EuGH 29.7.2019, C-40/17 Fashion ID)

Anforderungen an gültige Einwilligung

- Die Einwilligung muss
 - freiwillig,
 - für den bestimmten Fall,
 - in informierter Weise und unmissverständlich
 - in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung
- durch die betroffene Person erteilt werden

Freiwilligkeit – Informiertheit - Eindeutigkeit

Anforderungen gemäß Judikatur:

Koppelungsverbot gemäß Art 7 Abs 4 DSGVO

- Kein absolutes Koppelungsverbot
- Hervorhebung der Abwägung hinsichtlich der Beurteilung im Einzelfall, ob die Einwilligung freiwillig erteilt worden ist → Auslegungsspielraum

Nach Rsp des OGH (RIS-Justiz RS0111809, RS0115216) zum früheren DSG 2000 sowie zur DSGVO sind **Einwilligungserklärungen** nur dann gültig, wenn die

- zu übermittelnden Datenarten,
- deren Empfänger
- und der Übermittlungszweck abschließend bezeichnet werden.

Pay & Okay

Die österreichische Datenschutzbehörde hat sich 2018 mit Standard-Pur auseinandergesetzt und Standard Recht gegeben (uA. DSB-D122.974/0001-DSB/2019):

Ich stimme der Verwendung von Cookies für die Zwecke der Webanalyse und digitaler Werbemaßnahmen zu. Auch wenn ich diese Website weiter nutze, gilt dies als Zustimmung.

Meine Einwilligung kann ich [hier](#) widerrufen. Weitere Informationen finde ich in der [Datenschutzerklärung](#).

OK

Abo ohne Daten-Zustimmung

Mit einem derStandard.at PUR-Abo kann die gesamte Website ohne zustimmungspflichtige Cookies und ohne Werbung genutzt werden. [Details zum Abo.](#)

PUR-Abo

🔑 Anmelden / [Community](#) / [Sales](#) / [Über uns](#) / [Impressum & Offenlegung](#) / [AGB](#)

Anforderungen gemäß Judikatur:

OGH (OGH 23.7.2007, 4 Ob 221/06p) zur Einwilligungserklärung zum **Erhalt elektronischer Werbung**:

- nähere **Zweckangabe**
- Angabe, welcher **Art die zu bewerbenden Produkte** sind und welchen **Kommunikationsmitteln** der Empfänger durch seine Erklärung zustimmen soll
- Empfänger muss klar sein, mit welchen Werbemaßnahmen **welchen Unternehmens** er aufgrund seiner Einwilligung zu rechnen hat
- Abschätzen der **Beeinträchtigung**

Anforderungen gemäß Judikatur:

Bescheid der DSB (DSB 15.07.2022, D124.1600.2022-0.292.231 (nicht rk):

- den allgemein der Einwilligung nach der DSGVO zugrundeliegenden Bestimmungen lässt sich **kein Recht auf eine gesonderte Zustimmung** jedes einzelnen Cookies entnehmen
- pauschale Einwilligung in unterschiedliche Cookies zu unterschiedlichen Zwecken (Marketing- und Trackingcookies) als zulässig gesehen wird
- **Begründung der DSB:** Bei Nichtabgabe einer Einwilligung liegt kein wesentlicher Nachteil für den Betroffenen vor und die betroffene Person mit keinen beträchtlichen negativen Folgen konfrontiert

Wichtige Entscheidungen zur Einwilligung

- **Koppelung** der Einwilligung zu Werbezwecken bei **Gratisdiensten zulässig**, wenn die betroffene Dienstleistung verzichtbar bzw. ersetzbar ist (Cortedi Cassazione 2.7.2018, 17278/2018)
- **Zulässige Koppelung** der Einwilligung für E-Mail-Werbung zur Teilnahme an einem **Gewinnspiel** (OLG Frankfurt 27.6.2019, 6 U 6/19)
- **Keine** wirksame Einwilligung, wenn **vorausgewähltes** Ankreuzkästchen abgewählt werden muss (EuGH 1.10.2019, C-673/17 [Planet49])
- **Unzulässige Kopplung** der Einwilligung für Werbezwecke **in AGB** an Vertragsabschluss (OGH 31.8.2018, 6 Ob 140/18h [Simpli-TV])

Take-Aways

- Profiling und Tracking in irgendeiner Form = heutzutage so gut wie unverzichtbar
- Wahl der richtigen Rechtsgrundlage entscheidend und von der konkreten Datenverarbeitung abhängig
- An die Formulierung der Einwilligung sind **hohe Anforderungen** zu stellen
- Eine Koppelung der Einwilligung an den Vertragsabschluss ohne (entgeltliches) Alternativangebot ist mangels Freiwilligkeit unzulässig
- – „**Pay or Track**“ / „**Pay & Okay**“ nach Ansicht der Datenschutzbehörde zulässig

- Sanktionen drohen durch Datenschutzbehörde (& Instanzen)
- Zivilgerichte (Klagen auch durch **VKI** möglich)

Q&A

Sollten noch Fragen auftauchen, gerne Kontaktaufnahme per:

E-Mail: christina-maria.schwaiger@cms-rrh.com

LinkedIn: www.linkedin.com/in/christina-maria-schwaiger

RA Mag. Christina M. Schwaiger, LLB.oec., CIPP/E, CIPM

- Christina Maria Schwaiger ist Rechtsanwältin und berät Ihre Mandanten in allen Fragen der DSGVO-Compliance und vertritt diese auch in Verfahren vor der Datenschutzbehörde sowie den Verwaltungs- und Zivilgerichten.
- Weitere Beratungsschwerpunkte sind E-Commerce und IT-Vertragsrecht sowie rechtliche Fragestellungen in den Bereichen Telekommunikation, Social Media und E-Marketing.
- Vor Ihrer Zeit bei CMS war Christina Maria Schwaiger Mitarbeiterin der Österreichischen Datenschutzbehörde und des Europäischen Datenschutzausschuss, wodurch Sie wertvolle Erfahrungen in der nationalen und grenzüberschreitenden Verfahrensführung gewinnen konnte.
- Daneben ist Sie Lektorin an der Donau-Uni Krems und zertifizierte Trainerin für die IAPP.



Weiterführende Informationen

- **Applikationen zur **Gratis-Nutzung**** (auffindbar über Google-Suche):
 - CMS Enforcement Tracker (auch als Mobile App) – **größte Datenbank zu DSGVO Strafen**
 - CMS Breach Assistant App – **schnelle Hilfe im Notfall**
 - CMS Data Law Navigator – **globale Übersicht über Datenschutz- und Cybergesetze**



Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles
on a variety of topics delivered by email.
cms-lawnow.com

The information held in this publication is for general purposes and guidance only and does not purport to constitute legal or professional advice.

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

CMS locations:

Aberdeen, Abu Dhabi, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Beirut, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Johannesburg, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Mombasa, Monaco, Moscow, Munich, Muscat, Nairobi, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law