

**Baker
McKenzie.**

ePrivacy-Verordnung vs. DSGVO

IT-LAW.AT-Seminar, 9. Juni 2017
RA Dr. Lukas Feiler, SSCP CIPP/E



Topics

- **Entwurf der ePrivacy-VO** (COM(2017) 10 final)
 - 1) Anwendungsbereich jenseits der Telekommunikationsbranche
 - 2) Kommunikationsgeheimnis
 - 3) Cookies
 - 4) Datenschutzpflichten für Software-Hersteller
 - 5) Unerbetene Nachrichten
 - 6) Private und behördliche Rechtsdurchsetzung
- **Besondere Herausforderungen für Online-Services nach der DSGVO**
 - 1) Neue Schranken für die Einwilligung: Kinder & Koppelungsverbot
 - 2) Keine Anwendung der DSGVO auf B2C Online Service Provider?
 - 3) Keine Anwendung der DSGVO auf Silicon Valley Companies?
 - 4) Keine Anwendung der DSGVO auf nicht-EU B2B Online Service Provider?

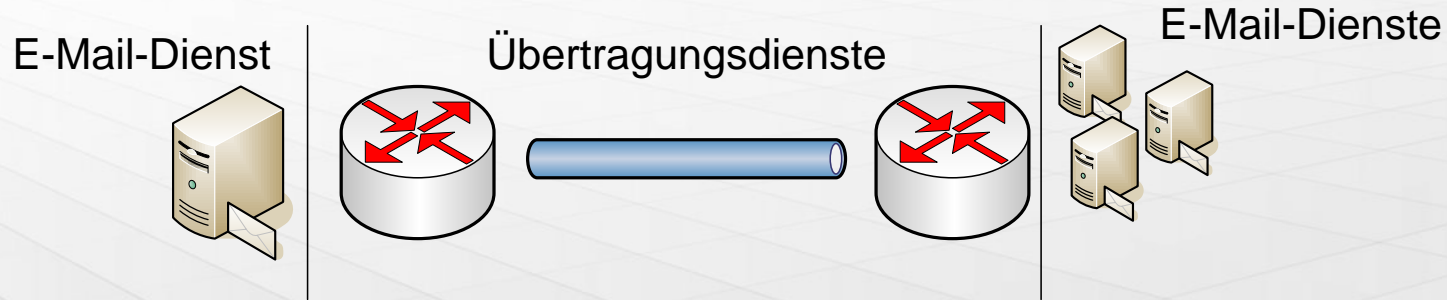


1

Der Entwurf der ePrivacy-VO

Anwendungsbereich der ePrivacy-VO jenseits der Telekommunikationsbranche – 1 von 2

- Grundsätzlicher Anwendungsbereich der ePrivacy-RL
 - Kommunikationsdienstes iSd § 3 Z 9 TKG 2003: gewerbliche Dienstleistung, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze besteht
 - Ein Mail-Service (zB Gmail) als Kommunikationsdienst?



Anwendungsbereich der ePrivacy-VO jenseits der Telekommunikationsbranche – 2 von 2

- Anwendungsbereich der ePrivacy-VO: Folgende gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste:
 - Internetzugangsdienste
 - Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen
 - interpersonelle Kommunikationsdienste: gewöhnlich gegen Entgelt erbrachter Dienst, der einen direkten interpersonellen und interaktiven Informationsaustausch über elektronische Kommunikationsnetze zwischen einer endlichen Zahl von Personen ermöglicht, wobei die Empfänger von den Personen bestimmt werden, die die Kommunikation veranlassen oder daran beteiligt sind
 - WhatsApp, Facebook Messenger und Skype

Das neue Kommunikationsgeheimnis – 1 von 2

- „elektronische Kommunikationsinhalte“: Inhalte, die mittels elektronischer Kommunikationsdienste übermittelt werden, z. B. Textnachrichten, Sprache, Videos, Bilder und Ton
- „elektronische Kommunikationsmetadaten“: Daten, die in einem elektronischen Kommunikationsnetz zu Zwecken der Übermittlung, der Verbreitung oder des Austauschs elektronischer Kommunikationsinhalte verarbeitet werden, einschließlich Daten über den Standort des Geräts
- Kommunikationsgeheimnis gilt gem Art 5 für Inhalte & Metadaten („elektronische Kommunikationsdaten“)

Das neue Kommunikationsgeheimnis – 2 von 2

Verbotssprinzip (Art 5) mit Erlaubnistatbeständen (Art 6):

- Inhalt & Metadaten dürfen verarbeitet werden (Art 6 Abs 1)
 - zur Durchführung der Übermittlung der Kommunikation nötig (Art 6 Abs 1 lit a)
 - Aufrechterhaltung der Sicherheit oder zur Erkennung von Defekten nötig (Art 6 Abs 1 lit b)
- Metadaten dürfen verarbeitet werden (Art 6 Abs 2)
 - zur Einhaltung verbindlicher Dienstqualitätsanforderungen nötig
 - zu Rechnungszwecken & zur Erkennung betrügerischer oder missbräuchlicher Nutzungen
 - Einwilligung des Endnutzer (Erinnerung an Widerruflichkeit alle 6 Monate; Art 9 Abs 3)
- Inhalt darf verarbeitet werden wenn (Art 6 Abs 3)
 - zum Zweck der Bereitstellung des Dienstes: Einwilligung des Endnutzers & Dienstleistung kann ohne Verarbeitung dieser Inhalte nicht erbracht werden
 - zu sonstigen Zwecken: nur mit Einwilligung aller betreffenden Endnutzer

Cookies



- Verbotssprinzip (Art 8 Abs 1) für
 - jede vom betreffenden Endnutzer nicht selbst vorgenommene Nutzung der Verarbeitungs- und Speicherfunktionen von Endeinrichtungen und
 - jede Erhebung von Informationen aus Endeinrichtungen der Endnutzer, auch über deren Software und Hardware
- Erlaubnistatbestände (Art 8 Abs 1 lit a bis d)
 - für Zweck der Durchführung eines elektronischen Kommunikationsvorgangs nötig
 - Einwilligung des Endnutzers – Browser-Einstellungen ausreichend (Art 9 Abs 2)
 - für die Bereitstellung eines vom Endnutzer gewünschten Dienstes der Informationsgesellschaft nötig („gute Cookies“)
 - für die Messung des Webpublikums nötig, sofern Website-Betreiber Messung durchführt

Datenschutzpflichten für Software-Hersteller

- Software, die eine elektronische Kommunikation erlaubt (z.B. Webbrowser), muss die Möglichkeit bieten zu verhindern,
 - dass Dritte Informationen in der Endeinrichtung eines Endnutzers speichern oder
 - bereits in der Endeinrichtung gespeicherte Informationen verarbeiten
- Bei Installation muss die Software
 - Endnutzer über die Einstellungsmöglichkeiten zur Privatsphäre informieren und
 - die Einwilligung zu einer Einstellung verlangen
- Bei Software, die am 25. Mai 2018 bereits installiert ist: Anforderungen müssen mit erster Aktualisierung der Software, jedoch spätestens ab dem 25. August 2018 erfüllt werden
 - Aktualisierungspflicht?

Unerbetene Kommunikation – 1 von 2



- Schutzbereich des § 107 TKG 2003:
 - natürliche & juristische Personen
 - Werbe-E-Mails/Anrufe & E-Mails an mehr als 50 Empfänger
- Schutzbereich des Art 16 ePrivacy-VO
 - natürliche Personen
 - Direktwerbung

Unerbetene Kommunikation – 2 von 2



- Direktwerbung über elektronische Kommunikationsdienste an natürliche Personen
 - Nur mit vorheriger Einwilligung (Opt-In; Art 16 Abs 1)
 - Ausnahme: bestehende Geschäftsbeziehung (Opt-Out; Art 16 Abs 2)
 - von Kunden iZm Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung im Einklang mit der DSGVO E-Mail-Adresse des Kunden erhalten
 - „Direktwerbung“: „jede Art von Werbung [...] mittels derer eine [...] Person Direktwerbung über elektronische Kommunikationsdienste unmittelbar an einen oder mehrere bestimmte oder bestimmbare Endnutzer richtet“ (Erwägungsgrund 32)
- persönlicher Direktwerbeanrufe an natürliche Personen
 - Mitgliedstaaten können Opt-Out-Möglichkeit einführen (Art 16 Abs 4)
- unerbetene Kommunikation an juristischen Personen
 - Mitgliedstaaten ausreichenden Schutz berechtigter Interessen sicher (Art 16 Abs 5)

Behördliche Rechtsdurchsetzung

- Geldbußen von bis zu 10 Millionen Euro oder 2% des weltweiten Konzernumsatzes (Art 23 Abs 2)
 - Cookies (Art 8)
 - Pflichten für Software-Hersteller (Art 10)
 - unerbetene Kommunikation (Art 16)
- bis zu 20 Millionen Euro oder 4% des weltweiten Konzernumsatzes (Art 23 Abs 3)
 - Verletzungen des Kommunikationsgeheimnisses (Art 5 f)

Private Rechtsdurchsetzung

- Recht des Betroffenen auf Beschwerde bei Datenschutzbehörde (Art 21 Abs 1)
- Recht des Betroffenen auf gerichtlichen Rechtsbehelf gegen Verantwortlichen (Art 21 Abs 1)
- Recht des Betroffenen auf Ersatz des materiellen und immateriellen Schadens (Art 22)
- Unterlassungsanspruch & gerichtlicher Rechtsbehelf beeinträchtigter Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste (Art 21 Abs 2)



2

Besondere Herausforderungen für
Online-Services nach der DSGVO

Einwilligung von Personen unter 16 Jahren

- Zustimmung von Minderjährigen für Online-Dienste grds erst gültig ab 16 Jahren
- < 16 Jahre: Zustimmung der Erziehungsberechtigten erforderlich
 - Verantwortlicher muss „angemessene Anstrengungen unter Berücksichtigung der vorhandenen Technologie“ unternehmen
- Praktische Umsetzung
 - Angebot nicht auf Unter-16-Jährige ausrichten
 - Registrierung nur zulassen, wenn Geburtsdatum angegeben
- Nationales Recht: Altersgrenze kann auf bis zu 13 Jahre herabgesetzt werden

Koppelungsverbot / Herausforderung für „Gratis-Dienste“

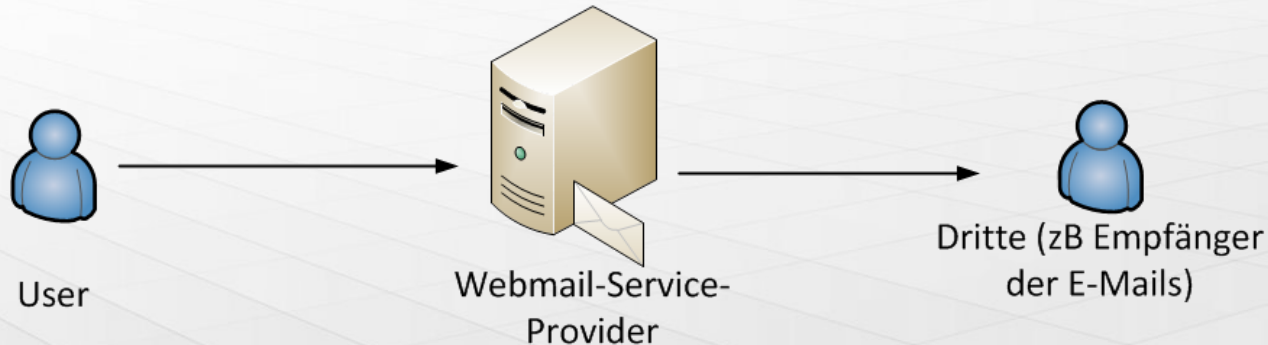
- Viele „Gratis“-Dienste im Internet setzen Zustimmung zur Datenerhebung voraus
- Zustimmung nur gültig, wenn sie „frei“ ist
- Grds nicht „frei“, wenn

die Durchführung eines Vertrages von Zustimmung zur Datenverarbeitung abhängig gemacht wird und

- die Datenverarbeitung für die Vertragserfüllung nicht erforderlich ist
- Stehen die datengestützten Geschäftsmodelle auf dem Spiel?
 - Die Einwilligung kann für die Vertragserfüllung (wirtschaftlich) notwendig sein
 - Alternativ anbieten:
 - keine Gebühr + datenschutzrechtliche Einwilligung oder
 - angemessene Gebühr

Keine Anwendung der DSGVO auf B2C Online Service Provider?

- User verwendet einen Webmail-Service-Provider – Wer ist Verantwortlicher und wer ist Auftragsverarbeiter
 - für Daten, die sich auf den User beziehen?
 - für Daten, die sich auf Dritte beziehen?
- Kann es einen Auftragsverarbeiter ohne Verantwortlichen geben?



Keine Anwendung der DSGVO auf Silicon Valley Companies?

DSGVO findet Anwendung

- Art 3 Abs 1 DSGVO: „auf die Verarbeitung personenbezogener Daten, soweit diese im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung eines Verantwortlichen oder eines Auftragsverarbeiters in der Union erfolgt“
- Art 3 Abs 2 DSGVO: DSGVO „auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, wenn die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht [...]“ (i) Betroffene zu beobachten oder (ii) ihnen Waren/Dienstleistungen anzubieten
- Was wenn Verantwortlicher mit Sitz in den USA eine EU-Tochtergesellschaft hat, die keine operative Tätigkeit ausübt?

Keine Anwendung der DSGVO auf nicht-EU B2B Online Service Provider?

Gilt die DSGVO für einen Online Service Provider, der keine Niederlassung in der EU hat und seine Dienste nur B2B anbietet?

- Art 3 Abs 1 DSGVO: greift nicht, da keine Niederlassung in der EU
- Art 3 Abs 2 lit a DSGVO: DSGVO auf nicht in der Union niedergelassene Verantwortlichen/Auftragsverarbeiter anzuwenden, wenn die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht „betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten, unabhängig davon, ob von diesen betroffenen Personen eine Zahlung zu leisten ist“

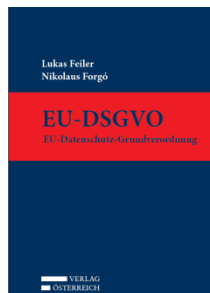
Baker McKenzie.



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.