



EU: Die E-Privacy-Verordnung und die Auswirkungen auf das Marketing

Im EU-Parlament wurde der datenschutzfreundliche **Entwurf der E-Privacy-Verordnung** zur Abstimmung gebracht. Für das gesamte **Marketing**, insbesondere auch das **Affiliate Marketing**, sind namhafte Änderungen zu berücksichtigen. Vorallem das zur Provisionierung von Werbeleistungen gängige **Cookie-Tracking, Fingerprinting** und **andere digital unterstützte Marketingmethoden** sind betroffen.

Im Zentrum steht künftig die **informierte (ausdrückliche) Einwilligungserklärung** des Nutzers mit dem Recht, diese Einwilligung jederzeit zu widerrufen. **Einschränkungen in der Benutzung** von Webseiten oder anderen digitalen Inhalten sind **nicht gestattet**, wenn der Nutzer seine ausdrückliche Einwilligung nicht erteilt.

Von Rechtsanwalt Lukas Fässler¹

Seit Jahren wird nun schon über die **Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)** und die Auswirkungen auf die Online-Werbeindustrie diskutiert. Am 25. Mai 2018 tritt diese neue Verordnung europaweit in Kraft. Allerdings wurde dabei bereits mit dem Art. 6 Abs. 1 f in der DSGVO eine Lösung für die Online-Branche gefunden, dass die **Verarbeitung personenbezogener Daten auch ohne Einwilligung des Users zulässig** ist, wenn legitime Interessen des Datenverarbeiters die Datenverarbeitung erfordert und nicht die Interessen der Betroffenen überwiegen.

Für das Direktmarketing oder gegebenenfalls auch Online Marketing könnte daraus allenfalls abgeleitet werden, dass hierbei möglicherweise ein "legitimes Interesse" vorliegen könnte und die DSGVO somit auch keine große Gefahr für die derzeitigen Online-Marketing-Massnahmen darstellen sollte. Da bisher jedoch jede Rechtsprechung nationale letztinstanzlicher Gerichte oder des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) fehlen, ist diese Frage natürlich mehr als umstritten.

¹ Zusammenfassung eines Artikel von Markus Kellermann, geschäftsführender Gesellschafter bei xpose360 in: <https://www.internetworld.de/technik/expert-insights/e-privacy-richtlinie-auswirkungen-affiliate-marketing-1429718.html>

Lukas Fässler
lic.iur. Rechtsanwalt^{1,2}, Informatikexperte
faessler@fsdz.ch

Andreas Marti
lic.iur. Rechtsanwalt^{1,2}, LL.M
marti@fsdz.ch

Zugerstrasse 7 6b
CH-6340 Baar
Tel.: +41 41 727 60 80
Fax: +41 41 727 60 85
www.fsdz.ch
sekretariat@fsdz.ch
UID: CHE-349.787.199 MWST



*Assoziierte selbständige
Rechtsanwältin:*

Eva Patroncini
lic.iur. Rechtsanwältin^{1,3}
Fachanwältin SAV für Arbeitsrecht
Imkerstrasse 7
CH-8610 Uster
Tel.: +41 44 380 85 85
patroncini@fsdz.ch

Partnerkanzleien:

Lichtsteiner Rechtsanwälte und Notare

Urs Lichtsteiner
lic. iur. Rechtsanwalt^{1,2}, MSc (Stanford)
lichtsteiner@lilaw.ch

Nadja Eggerschwiler
Mlaw Rechtsanwältin und Notarin^{1,2}
eggerschwiler@lilaw.ch

Baarerstrasse 10, Postfach 7517
CH-6302 Zug
Tel.: +41 41 726 90 00
Fax: +41 41 726 90 05
www.lilaw.ch
info@lilaw.ch
UID: CHE-404.805.335 MWST

Anwaltskanzlei Dr. Weltert

Hans M. Weltert
Dr. iur. Rechtsanwalt^{1,4}
hans.weltert@raweltert.ch

Matthias Heim
lic.iur. Rechtsanwalt^{1,4}
matthias.heim@raweltert.ch

Michael Heim
lic.iur. Rechtsanwalt^{1,4}
michael.heim@raweltert.ch

Bahnhofstrasse 10
CH-5001 Aarau
Tel.: +41 62 832 77 33
Fax: +41 62 832 77 34
www.raweltert.ch
info@raweltert.ch
UID: CHE-100.877.506 MWST

¹ Mitglied des Schweizerischen
Anwaltsverbandes

² Eingetragen im Anwaltsregister
des Kantons Zug

³ Eingetragen im Anwaltsregister
des Kantons Zürich

⁴ Eingetragen im Anwaltsregister
des Kantons Aargau

Am 19. Oktober 2017 hat nun das Europäische Parlament mit 318 Ja-Stimmen gegen 280-Nein-Stimmen sowie 20 Enthaltungen den **Entwurf für eine E-Privacy-Verordnung verabschiedet und den Entwurf vom 10. Januar 2017 angenommen**. Die abschließenden Verhandlungen zwischen Parlament und den EU-Mitgliedsstaaten stehen aber noch aus.

Diese neue **Verordnung** (Entwurf zur E-Privacy-Verordnung) soll die Datenschutz-Grundverordnung flankieren und ebenfalls ab 25. Mai 2018 unmittelbar in allen EU-Mitgliedsstaaten anwendbar sein. Nationale Ausführungsgesetze sind – soweit nicht nationale Öffnungsklauseln in der neuen E-Privacy-Verordnung vorgesehen sind – nicht mehr notwendig. Damit findet eine EU-weite Harmonisierung für diesen Regelungsbereich statt.



Verschärfungen und Benachteiligungen zu Lasten der Digital-Wirtschaft

Der Entwurf beinhaltet gegenüber der Ausgangsversion der EU-Kommission erhebliche Verschärfungen. So sind etwa vorgesehen:

- Diensteanbietern ist es zwar erlaubt, Metadaten inklusive Ortsdaten basierend auf der informierten (ausdrücklichen) Einwilligung der Nutzer zu verarbeiten. Nutzer dürfen aber die Einwilligung zu zusätzlichen Diensten widerrufen (z.B. Datennutzung untersagen für die Auswertung der Surf-Historie), ohne dass damit der Vertrag mit dem Basisdienst ungültig wird; Verkehrs- bzw. Metadaten der Kommunikation sowie Standortdaten dürfen somit nur für ganz bestimmte Zwecke verarbeitet werden, zum Beispiel für Abrechnungen oder für die Gewährleistung der Sicherheit eines Dienstes;
- Do-Not-Track-Mechanismus wird von der Verordnung unterstützt, wobei sich die Regelung nicht auf Browser beschränkt, sondern auch auf andere Techniken wie etwa

Bluetooth oder vernetzte Fahrzeuge anzuwenden ist. Die Verordnung regelt überdies nicht die Anwendung von Cookies im speziellen, sondern von jeder Art von Identifikatoren;

- Privacy-by-Default-Einstellungen werden Standard in der Software für elektronische Kommunikation. Das bedeutet, dass die Browser bereits in der Grundeinstellung die beschriebenen Datenschutzstandards gewährleisten müssen. Es reicht auch nicht mehr aus, darauf hinzuweisen, dass der betroffene Nutzer in seinem Browser bestimmte Datenschutzeinstellungen vornehmen kann.
- Ende-zu-Ende-Verschlüsselung für die Datenkommunikation soll ebenfalls Standard werden, wobei Entschlüsselungsmethoden verboten werden sollen.

Tendenziell wird nach Inkrafttreten der E-Privacy-Verordnung zusammen mit der DSGVO das Sammeln von Personendaten und personenbezogenen Daten in jeder Hinsicht, für alle Zwecke und unter Einsatz aller erdenklichen Marketing-Tools nur noch mit ausdrücklicher, jederzeit widerrufbaren Einwilligungserklärung des Nutzers erlaubt sein.

Wie diese Einwilligungserklärung aussehen muss, können Sie hier nachlesen.

Was beinhaltet der Entwurf zur neuen E-Privacy-Verordnung

Natürlich ist die komplette Online-Marketing-Branche davon betroffen, also auch Targeting-Anbieter, Programmatic Advertising, Tracking-Spezialisten, Online-Journalismus etc.

Um speziell auf das Thema Affiliate Marketing einzugehen ist vor allem erst einmal das zur Provisionierung von Werbeleistung gängige Cookie-Tracking betroffen. Nutzerdaten, die beim genannten Cookie-Tracking der Affiliate-Netzwerke verwendet werden, dürfen zukünftig nur noch genutzt werden, wenn der Nutzer explizit ein "Opt-in", also seine ausdrückliche Einwilligung dafür gegeben hat.

Zudem dürfen Daten zukünftig nur noch verarbeitet werden, wenn sie "streng erforderlich" oder "streng technisch notwendig" sind, um einen Dienst zu erbringen. Dabei sollen vor allem "Cookie-Walls" und "Cookie-Banner" verhindert werden, wenn sie den Nutzern nicht dabei helfen, die Kontrolle über ihre persönlichen Daten und ihre Privatsphäre zu behalten oder sich über ihre Rechte zu informieren. Die bisher diskutierten Lösungsmöglichkeiten, etwa die derzeit gebräuchlichen Hinweistexte in Bannern oder Popups mit dem Inhalt "Mit dem Besuch dieser Website akzeptieren sie die Verwendung von Cookies" oder dem Hinweis "Wir benutzen Cookies" und einem OK-Button werden durch die neue E-Privacy-Verordnung nicht mehr zulässig sein, da der User hierbei keine echte Wahl bezüglich der Abgabe einer ausdrücklichen Einwilligung hat und auch nicht auf sein jederzeitiges Widerrufsrecht bezüglich der erteilten ausdrücklichen Einwilligung ausmerksam gemacht wird.

Hinweis auf die Verwendung von Cookies und andere Tools

Zukünftig wird also jedem Internetnutzer beim ersten Aufruf einer Affiliate Website noch vor der ersten Platzierung eines Cookies ein Hinweis auf die Verwendung von Cookies dargestellt werden müssen, bei dem der User dann die Wahl hat, dem zuzustimmen oder es abzulehnen.

- Die Zustimmung muss dann per Opt-In abgefragt werden. Opt-In bedeutet dabei, dass im Fall einer Checkbox diese nicht bereits mit einem Häkchen versehen sein darf.

- Zudem muss der Websitebetreiber sogar den Nutzern, die ihre Opt-In-Einwilligung bereits erklärt haben, jederzeit auch ein Opt-Out anbieten, was einen zusätzlichen Aufwand darstellt.
- Falls der User das Opt-In ablehnt, darf er für die Website auch nicht gesperrt sein, wie es aktuell bei Adblockern bereits einige Verlagshäuser durchführen.

Diese Regelungen gelten künftig dann übrigens nicht nur für Cookies, sondern auch für Fingerprinting und andere Trackingmethoden.

6. November 2017

FSDZ Rechtsanwälte & Notariat AG
Lukas Fässler
Rechtsanwalt & Informatikexperte