



Interview mit Nikolaus Bertermann und Martin Schweinoch

E-Privacy am Horizont

Die neue Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) der EU hat die Grundregeln für den Umgang mit personenbezogenen Daten neu aufgestellt. Für den Bereich elektronischer Kommunikation sind die Diskussionen der EU über ähnliche neue Grundregeln (E-Privacy-Verordnung, eP-VO) weit fortgeschritten. Bis zu deren in Kraft treten herrscht aber Unklarheit über die anzuwendenden Regeln. Gleichzeitig sind Verstöße mit Bußgeld oder Strafen bedroht. Dazu unser IT-Spezial-Expertengespräch mit Nikolaus Bertermann und Martin Schweinoch, beide Fachanwälte für IT-Recht bei der Kanzlei SKW Schwarz Rechtsanwälte.

IT-Spezial: Was ist eigentlich die E-Privacy-Verordnung?

Bertermann: Die eP-VO wird eine direkt geltende EU-Verordnung, die den Regelungsbereich der DS-GVO für den Bereich der elektronischen Kommunikation ergänzen und präzisieren soll. Wie die DS-GVO wird die eP-VO unmittelbar geltendes Recht in jedem EU-Staat und muss von den Mitgliedsstaaten nicht gesondert umgesetzt werden.

Schweinoch: Die neuen Regelungen sollen nicht nur für die klassischen Telekommunikationsanbieter, sondern auch für die sog. over-the-top-Anbieter („OTT“) wie facebook, whatsapp oder Skype sowie für den Datentransfer zwischen

Maschinen (M2M-Kommunikation) gelten. M2M-Kommunikation ist wesentlicher Bestandteil von Internet-of-Things-Anwendungen. Ziel der eP-VO ist es, den Persönlichkeitsschutz bei der elektronischen Kommunikation an die Standards der DS-GVO anzupassen und EU-weit zu harmonisieren.

IT-Spezial: Gibt es bereits einen finalen Text der neuen Verordnung?

Bertermann: Nein, bisher gibt es einen Entwurf der EU-Kommission vom 10.01.2017 und eine teils stark überarbeitete Fassung des so genannten LIBE-Ausschusses, dem das EU-Parlament am 26.10.2017 zugestimmt hat. Aktuell

verhandeln EU-Kommission, EU-Parlament und EU-Rat über die Entwürfe und mögliche Änderungen.

Schweinoch: Am 11.01.2018 hat die bulgarische EU-Ratspräsidentschaft einen Sachstand zu den aktuellen Verhandlungen veröffentlicht. Darin werden die aktuell diskutierten Fragen zusammengefasst und die Verhandlungsdelegationen aufgefordert, Stellung zu den vorgeschlagenen Optionen zu nehmen. Es ist derzeit nicht absehbar, wann sich die Verhandlungsdelegationen auf einen einheitlichen Text einigen.

IT-Spezial: Enthält die Verordnung neue Regelungen zu Cookies und Webanalysen?



Bertermann: Ja, alle bisherigen Fassungen der Verordnung sehen konkrete Regelungen insbesondere zu Cookies vor. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf Cookies von Drittanbietern, diese sollen nach den vorliegenden Fassungen der eP-VO nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Nutzer gesetzt werden können („Opt-in“).

Schweinoch: Dabei soll nach den bisher veröffentlichten Fassungen der eP-VO die Webanalyse durch den Betreiber selbst oder durch einen Auftragsverarbeiter des Betreibers erlaubt bleiben, wobei das EU-Parlament nur eine Analyse auf Basis aggregierter, d.h. anonymisierter, Daten erlauben will. Eine geräteübergreifende Analyse des Nutzerverhaltens bedarf weiterhin einer ausdrücklichen Einwilligung des Betroffenen.

IT-Spezial: Wird es neue Regeln für E-Mail- Newsletter geben?

Bertermann: Die bisherigen Entwürfe der eP-VO bleiben im Kern bei der bisher in Deutschland geltenden Regelung: Grundsätzlich ist für Newsletter eine ausdrückliche Einwilligung des Empfängers erforderlich. Ausnahmen gelten, wenn ein Versender die E-Mail-Adresse im Zusammenhang mit dem Verkauf von Waren oder Dienstleistungen erhalten hat und der Käufer klar und deutlich auf die Möglichkeit des Widerspruchs hingewiesen hat.

Schweinoch: Bisher haben weder die Kommission noch das Parlament die Möglichkeit genutzt, eine Klarstellung des Begriffs „Verkauf“ vorzunehmen. Damit bleibt im Unklaren, ob tatsächlich Geld fließen muss oder ob der Abschluss eines kostenlosen Vertrages ausreichen kann. Umstritten ist zwischen Kommission und Parlament, ob Versender per E-Mail Informationen zu allen ihren Waren und Dienstleistungen schicken dürfen (so wohl das Parlament) oder nur für „ähnliche“ Waren und Dienstleistungen (so der Entwurf der

Kommission). Dabei entspricht die Position der Kommission der bisherigen Rechtslage in Deutschland, es wäre also denkbar, dass die Anforderungen hier herabgesetzt werden. Allerdings ist der Begriff „ähnlich“ sehr unscharf und schafft sowohl für die Versender als auch für die Empfänger erhebliche Unsicherheiten.

IT-Spezial: Gibt es Änderungen für das Telefonmarketing?

Bertermann: Telefonmarketing ist – wie bisher in Deutschland auch - nur nach vorheriger Einwilligung möglich. Wie bisher soll die für E-Mail-Werbung in laufenden Geschäftsbeziehungen geltende Ausnahme für Telefonanrufe nicht gelten. Werbliche Anrufe sollen außerdem mit einer bestimmten Vorwahl oder einem Code versehen werden, die den werblichen Charakter klarstellt. Ferner sollen die Mitgliedsstaaten ermächtigt werden, auf nationaler Ebene gesonderte Widerspruchsrechte (sog. „Robinson-Liste“) zu regeln.

IT-Spezial: Welche Anforderungen gelten für Einwilligungen, die online eingeholt werden?

Schweinoch: Die eP-VO verweist hinsichtlich der Einwilligung auf die Definition in der DS-GVO. Danach muss die Einwilligung freiwillig, konkret auf den einzuwilligenden Umstand, in informierter Weise und unmissverständlich abgegeben worden sein. Die elektronische Einwilligung ist in der eP-VO ausdrücklich vorgesehen. Alle Zugriffe auf das Endgerät eines Betroffenen bedürfen der Einwilligung des Betroffenen.

IT-Spezial: Mit der DS-GVO kommt auch der Grundsatz des „Privacy-by-default“. Gibt es in der eP-VO dazu konkrete Regelungen?

Bertermann: Der Entwurf der Kommission enthielt nur wenige spezifische Regelungen zur Privacy-by-default. Das EU-Parlament hat hingegen sehr detaillierte Regelungen vorgeschlagen, die den Herstellern von Software umfangreiche Informationspflichten auferlegen und sicherstellen sollen, dass Einstellungen von den Nutzern jederzeit und sehr spezifisch vorgenommen werden können. Einheitlich regeln beide Entwürfe, dass eine Software, die zum Zeitpunkt der Anwendbarkeit der eP-VO bereits installiert war, jeweils mit dem nächsten Update an die Anforderungen der eP-VO angepasst werden muss. Dabei wird eine Übergangsfrist von sechs Monaten festgelegt, in denen ein solches Update durchgeführt werden muss. Wie die Hersteller mit Nutzern umgehen sollen, die die Installation des Updates verweigern, ist den bisherigen Entwürfen nicht zu entnehmen.

IT-Spezial: Ist klar geregelt, wann die DS-GVO und wann die eP-VO gelten wird?

Schweinoch: Ein zentraler Kritikpunkt an den bisherigen Entwürfen ist, dass eben diese klare Trennung nicht gelungen ist. Weder lässt sich die „elektronische Kommunikation“ (eP-VO) klar von der „Verarbeitung“ (DS-GVO) abgrenzen, noch ist immer klar, ob die eP-VO Regelungen der DS-GVO nur ergänzen oder konkretisieren will. Sofern die eP-VO rechtlich als Spezialgesetz zu verstehen ist, würde sie der DS-GVO vorgehen und sie ersetzen. Ergänzt sie die DS-GVO, müssten beide Gesetze gemeinsam gelten werden.

IT-Spezial: Wird die E-Privacy-Verordnung mit der EU Datenschutz-Grundverordnung gemeinsam in Kraft treten?

Bertermann: Nach dem aktuellen Verhandlungsstand ist dies praktisch ausgeschlossen. Der ursprüngliche Zeitplan ist nur noch Makulatur. Egal wie die Einigung in den noch offenen Fragen aussehen wird, benötigen die Unternehmen aber auch die Aufsichtsbehörden eine gewisse Umsetzungsfrist, um sich auf die neuen Regeln vorzubereiten.

IT-Spezial: Was gilt dann ab dem 25.05.2018 für die „elektronische Kommunikation“?

Schweinoch: Die Verzögerungen im europäischen Gesetzgebungsprozess schaffen sowohl für Betroffene als auch für Unternehmen erhebliche Risiken. Zwar gilt in jedem Fall die DS-GVO als anwendbares Recht, für die konkreten Einzelfälle sind dann aber die nationalen Umsetzungen verschiedener EU-Richtlinien maßgeblich, wobei diese jeweils grundverordnungskonform ausgelegt werden müssen – denn die nationalen Umsetzungsgesetze sind in der Regel aufgrund der erwarteten Umsetzung der eP-VO bisher nicht an die DS-GVO angepasst worden. Da die DS-GVO gegenüber dem nationalen Recht vorgeht, sind vielfältige Konflikte vorprogrammiert. ◀