

BRANDI

RECHTSANWÄLTE

Einsatz von Cookies unter der DSGVO

Einleitung

In dem Verfahren der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) gegen einen Gewinnspielbetreiber hat der [Generalanwalt des EuGH in einem Schlussantrag](#) im März 2019 Stellung zur Rechtmäßigkeit deutscher Gesetze beim Nutzertracking auf Homepages genommen. Dabei vertritt er die Auffassung, dass die Anforderungen der ePrivacy-Richtlinie (RL 2002/58/EG) nicht vollständig in das deutsche Recht umgesetzt wurden.

Eine ähnliche Auffassung vertritt auch die Datenschutzkonferenz (DSK), der Zusammenschluss der Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder. In einem [Positionspapier aus dem April 2018](#) kommt die DSK zu einem ähnlichen Ergebnis wie der EuGH-Generalanwalt. Für Unternehmen wächst damit die Unsicherheit in Bezug auf den Einsatz von Cookies und es stellen sich diverse datenschutzrechtliche Fragen.

Was sind Cookies und welche rechtlichen Vorgaben gelten für sie?

Cookies sind kleine Textdateien, die auf den Endgeräten von Homepagebesuchern gespeichert werden und eine einzigartige Cookie-ID beinhalten. Cookies können bestimmte Informationen enthalten, z. B. zur vom Nutzer bevorzugten Sprache, dem verwendeten Browser oder auch Informationen, die zu einer Profilbildung geeignet sind, wie beispielsweise Alter, Standort oder Interessen der Nutzer. Cookies werden von Unternehmen vornehmlich zu Marketingzwecken verwendet, um Nutzern personalisierte Werbung einblenden zu können.

Zur Frage der zulässigen Nutzung von Cookies sind unterschiedliche europäische Vorgaben zu beachten, unter anderem die ePrivacy-Richtlinie aus dem Jahr 2009 (RL 2009/136/EG), die perspektivisch durch die ePrivacy-Verordnung abgelöst werden soll.

In Art. 5 Abs. 3 der Datenschutz-Richtlinie (RL 95/46/EG) war ursprünglich geregelt, dass Homepagebetreiber, die Informationen wie beispielsweise Cookies auf den Endgeräten von Homepagebesuchern speichern, diese über die Speicherung informieren und Ihnen das Recht zum Widerspruch geben müssen. Diese „Opt-Out“-Lösung wurde im Jahr 2009 durch die ePrivacy-Richtlinie in eine „Opt-In“-Lösung gewandelt. Seit 2009 gilt in der ePrivacy-Richtlinie, dass die Einwilligung der Nutzer eingeholt werden muss, bevor Informationen wie beispielsweise Cookies auf deren Endgeräten gespeichert werden dürfen.

Die ePrivacy-Richtlinie gilt jedoch nicht unmittelbar in Europa, sondern muss wie jede andere europäische Richtlinie zunächst in nationales Recht umgesetzt werden. In Deutschland sind zur Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie keine weiteren Gesetzesänderungen erfolgt, da die Deutsche Bundesregierung auf dem Standpunkt steht, die zuvor zur Umsetzung der Datenschutz-Richtlinie getroffenen Regelungen im Telemediengesetz (TMG) seien ausreichend, um auch die aktualisierten Anforderungen der ePrivacy-Richtlinie zu erfüllen. Insoweit findet sich aktuell im Gesetzestext des deutschen Telemediengesetzes (TMG) nur eine „Opt-Out“-Lösung für Cookies, sodass diese also auch ohne ausdrückliche Einwilligung der Nutzer gespeichert werden dürfen.

Hiergegen haben sich die DSK und der Generalanwalt am EuGH ausgesprochen. Teilweise wird vertreten, dass das TMG richtlinienkonform ausgelegt werden müsse und eine Einwilligung deswegen erforderlich sei. Andere vertreten die Auffassung, das TMG sei in seiner aktuellen Form nicht europarechtskonform und deswegen unanwendbar. Im Hinblick auf die insoweit gegen das TMG geltend gemachten Bedenken gilt es aber zu beachten, dass es bisher kein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen einer unzureichenden Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie gibt, dies dann aber der eigentlich richtige Weg wäre.

Dennoch ist in dieser umstrittenen Rechtslage nicht zwingend zu empfehlen, dass alle Unternehmen auf den Einsatz von Cookies verzichten oder zunächst umständlich eine ausdrückliche Einwilligung der Homepagebesucher einholen. Denn auch wenn die DSK und der EuGH-Generalanwalt die deutschen Regelungen des TMG für nicht ausreichend erachten, haben dies deutsche Gerichte in der Vergangenheit anders gesehen. So urteilte z. B. das OLG Frankfurt ([Urteil vom 17.12.2015, Az. 6 U 30/15](#), nicht rechtskräftig), dass für die Nutzung von Cookies auch ein Opt-Out genügt. Auch [die Bundesregierung hält weiterhin an der Auffassung](#) fest, dass die Anforderungen der ePrivacy-Richtlinie durch das TMG eingehalten werden.

Es ist nicht ersichtlich, dass diese Sichtweise unter Geltung der DSGVO zwingend revidiert werden müsste. Dies gilt auch deswegen, weil bereits streitig ist, ob das Setzen und Auslesen von Cookies überhaupt eine Verarbeitung personenbezogener Daten ist. Jedenfalls soweit nur statistische Daten über einen Cookie erhoben werden und die Cookies rasch wieder gelöscht oder die Daten aggregiert werden, wie dies beispielsweise bei vielen Analyse-Tools der Fall ist, lässt sich vertreten, dass keine Verarbeitung personenbezogener Daten vorliegt.

Doch selbst wenn man die DSGVO für anwendbar hält, dürften sich viele der Cookie-Datenverarbeitungen aufgrund von Interessenabwägungen gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO rechtfertigen lassen. Dabei können im Rahmen der Interessenabwägung auch die Wertungen des TMG mit einbezogen werden.

Für eine weitergehende Anwendung des TMG spricht auch, dass dieses bisher weder abgelöst noch abgeändert wurde. Auch im [Entwurf des Zweiten Datenschutz-Anpassungsgesetzes](#) finden sich keine Änderungen am TMG. Daraus kann nur gefolgert werden, dass dieses wie bisher weiter gelten soll.

Müssen Homepages ein Cookie-Banner einblenden?

Die Frage nach der Notwendigkeit eines Cookie-Banners ist eng mit der Frage nach der Umsetzung der Regelungen der ePrivacy-Richtlinie verbunden. Soweit der Auffassung gefolgt wird, nach der das TMG gemäß der ePrivacy-Richtlinie richtlinienkonform auszulegen ist, wird eine Einwilligung für das Setzen von Cookies benötigt. Eine solche Einwilligung kann dann durch das Cookie-Banner eingeholt werden, wobei dem Nutzer aber auch die Möglichkeit zur Ablehnung der Cookies gewährt werden muss. Der bloße Hinweis auf die Nutzung von Cookies, der nur mit „OK“ quittiert werden kann, schafft insoweit keinen Mehrwert, weil hierin keine wirksame Einwilligung in die Verwendung von Cookies im datenschutzrechtlichen Sinne gesehen werden kann.

Legt man unterdessen die Auffassung der Bundesregierung und des OLG Frankfurt zugrunde, muss keine Einwilligung der Nutzer in die Verwendung von Cookies eingeholt werden. In diesem Fall ist auch kein Cookie-Banner vonnöten.

Etwas anderes gilt dann, wenn die Homepagebetreiber den Dienst Google AdSense einsetzen. Gemäß der von Google erstellten [Richtlinie zur Einwilligung der Nutzer in der EU](#) müssen alle Unternehmen, die Google AdSense verwenden, hierfür von jedem Nutzer eine ausdrückliche Einwilligung für das Plazieren der Cookies und die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Werbezwecken einholen.

Welche Rolle spielen Cookies beim Real-Time-Bidding?

Real-Time-Bidding ist ein Verfahren, bei dem Werbeflächen automatisiert und in Echtzeit (Real Time) in Millisekunden höchstbietend versteigert werden. Sobald ein Nutzer eine Homepage öffnen möchte, werden hierfür in Fällen personalisierter Werbung die verfügbaren Nutzerinformationen automatisiert an zahlreiche Werbepartner übermittelt. Dabei werden regelmäßig auch Informationen übermittelt, die durch ein Auslesen der beim Nutzer gespeicherten Cookies gewonnen werden.

Diese Weitergabe von Nutzerinformationen an Werbepartner ist datenschutzrechtlich unproblematisch, solange sichergestellt ist, dass die Informationen zur Identifizierung des Nutzers nicht ausreichen; in diesen Fällen liegen dann keine personenbezogenen Daten vor.

Sobald aber eine Identifizierung des Nutzers durch das übermittelte Profil möglich ist oder die IP-Adresse des Nutzers an die Werbepartner weitergegeben werden, liegt eine datenschutzrechtlich relevante Verarbeitung bzw. Weitergabe von personenbezogenen Daten vor. Diese ist dann ihrerseits durch eine Rechtsgrundlage zu rechtfertigen.

Vereinbarungen zur Auftragsverarbeitung kommen in diesem Zusammenhang regelmäßig nicht als Rechtsgrundlage in

Betracht, da die Werbepartner üblicherweise eigene Interessen verfolgen. Es kann insoweit also allenfalls über eine [gemeinsame Verantwortung gemäß Art. 26 DSGVO](#) nachgedacht werden. Daneben kann eine Datenübermittlung auch auf Grundlagen einer Einwilligung des Nutzers durchgeführt werden. Eine Übermittlung auf Basis einer Interessenabwägung wird unterdessen nur dann zulässig sein, wenn sich aus der konkreten technischen Gestaltung eine ausreichende Berücksichtigung der Rechte der Betroffenen ergibt, etwa durch eine direkte Löschung der automatisiert verarbeiteten Daten nach der Auktion durch den Werbepartner.

Was ist bei Cookies zu beachten, die sich auf Gesundheitsmerkmale beziehen?

Cookies können auch Informationen mit Bezug zu Gesundheitsdaten enthalten. Sucht ein Nutzer beispielsweise im Internet nach Krankheitssymptomen oder bestimmten Medikamenten, können auch hierbei Cookies auf dem Rechner des Nutzers hinterlegt werden, die diesbezügliche Informationen enthalten. Dies ist in besonderem Maße problematisch, weil für die Verarbeitung von Gesundheitsdaten gemäß Art. 9 DSGVO regelmäßig das Vorliegen einer Einwilligung notwendig ist. Entsprechend dürfen Cookies mit Bezug zu Gesundheitsdaten ohne eine Einwilligung des Nutzers weder plziert noch zu Nutzerprofilen verarbeitet oder im Rahmen von Real-Time-Bidding an Werbepartner weitergegeben werden. An dieser Stelle müssen Unternehmen folglich ein besonderes Problembewusstsein entwickeln und die diesbezüglich höheren gesetzlichen Anforderungen einhalten.

Welche Rolle spielt die ePrivacy-Verordnung in diesem Zusammenhang?

Die EU plant derzeit, die ePrivacy-Richtlinie durch eine neue ePrivacy-Verordnung zu ersetzen. Diese soll auch aktualisierte Regelungen zum Einsatz von Cookies zu Marketingzwecken erhalten. Eigentlich sollte die ePrivacy-Verordnung gemeinsam mit der DSGVO am 25. Mai 2018 in Kraft treten. Bisher liegt aber keine finale Fassung der ePrivacy-Verordnung vor und ein Ende des Verordnungsgebungsverfahrens auf europäischer Ebene ist noch nicht abzusehen.

Sobald jedoch die ePrivacy-Verordnung verabschiedet ist, wird es neue Vorgaben zur Nutzung von Cookies und vergleichbaren Technologien geben. Es zeichnet sich also schon weiterer Anpassungsbedarf bei den technischen Abläufen ab, sodass sich die Frage stellt, wie sinnvoll es ist, für die Zwischenzeit eine Zwischenlösung zu implementieren.

Fazit und Ausblick

Die Rechtsfragen zum Einsatz von Cookies auf Homepages sind noch nicht abschließend geklärt. Es spricht einiges dafür, dass sich unter der DSGVO keine gravierende Änderung der Rechtslage ergeben hat. Folgt man der Auffassung der Bundesregierung können Cookies ohne eine ausdrückliche Einwilligung und ohne ein Cookie-Banner unter Rückgriff auf die gesetzlichen Vorgaben des TMG weiter rechtskonform eingesetzt werden.

Gegenwärtig ist am Europäischen Gerichtshof ein Verfahren anhängig, in dem es vornehmlich um den Einsatz von Cookies und die damit verbundenen Rechtsfragen geht ([Rechtssache C-673/17](#)). Es ist zu erwarten, dass mit dem Urteil des EuGH zusätzliche Rechtssicherheit gewonnen werden kann.

Robert Bommel

Kontakt:

BRANDI Rechtsanwälte
Partnerschaft mbB
Adenauerplatz 1
33602 Bielefeld

Robert Bommel, LL.M.
Wissenschaftlicher Mitarbeiter

T +49 521 96535 - 890
F +49 521 96535 - 114
M robert.bommel@brandi.net
www.brandi.net

