

DATENSCHUTZ

KONKRET

Recht | Projekte | Lösungen

Chefredaktion: Rainer Knyrim

EuGH *Schrems II* – internationaler Datenverkehr ade?

Prüfschema internationaler Datenverkehr

Andreas Zavadil

***Schrems II*: Uncle Sam am Boden?**

Maximilian Kröpfl und Andreas Rohner

**Datenübermittlung in die USA:
Auswege aus dem digitalen Lock-down?**

Claudia Gabauer und Alexander Höller

Daten können Leben retten

Interview mit Peter Lehner, 1. Vorsitzender Konferenz SV-Träger

Information & Transparenz (Teil 2)

Ursula Illibauer

**Sind vollautomatisierte Entscheidungen unter
Art 22 DSGVO zu subsumieren?**

Stefanie Chiba

BGH hat zu Cookies entschieden – Relevanz in Österreich?!

Juliane Messner und Max W. Mosing

Juliane Messner/Max W. Mosing
PartnerIn bei GEISTWERT Rechtsanwälte

BGH hat zu (auch nicht-personenbezogenen) Cookies entschieden – Relevanz auch in Österreich?!

Online-Werbe-Netzwerke: Entscheidung zu Planet49. Zwar hat der dt Bundesgerichtshof (BGH) am 28. 5. 2020¹ primär nach dt Telemediengesetz (TMG) abgesprochen, doch ist dieses Urteil über die Grenzen relevant, auch wenn der Gesetzeswortlaut des österr Telekommunikationsgesetzes (TKG) deutlich abweicht.

Online-Werbe-Netzwerke und europäischer Rechtsrahmen

Eine der wesentlichen rechtlichen Problemstellungen iZm Online-Werbung ist die personalisierte – wenn auch nicht unbedingt personenbezogene – Ausspielung von Werbung, insb über **Online-Werbe-Netzwerke**, also das Re-Targeting über die Grenzen der eigenen Website hinaus. Dafür werden Tracking-Tools – meist unter Einsatz von Cookies – genutzt. Die „Personalisierung“ kann auch personenbezogen vonstattegehen, etwa weil zB aufgrund eines Nut-

zer-Logins samt Verknüpfung mit den Tracking-Daten die tatsächlich nutzende natürliche Person bekannt wird.

Rechtlicher Angelpunkt sind dabei Techniken für den Zugriff auf Informationen, die im Endgerät des Nutzers gespeichert sind: Art 5 der (geänderten) ePrivacyRL normiert als sog „**CookieRL**“, dass die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Nutzers gespeichert sind, nur gestattet ist, wenn der betreffende Nutzer auf der Grundlage von klaren und un-

fassenden Informationen, die er (gem der damaligen DatenschutzRL) ua über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine Einwilligung gegeben hat. Dies steht einer technischen Speicherung oder dem Zugang nicht entgegen, wenn dies unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich gewünscht wurde, diesen Dienst zur Verfügung stellen kann. Die CookieRL sieht da-

¹ ZR 7/16, *Cookie-Einwilligung II*, in der Folge BGH-Planet49.

her – anders als die diesbezüglich sogar „großzügigere“ DSGVO – ausschließlich zwei Rechtmäßigkeitsgründe zum Einsatz von Cookies vor, nämlich

- (i) Notwendigkeit zur Erbringung eines vom Nutzer ausdrücklich angeforderten Dienstes oder
- (ii) informierte und jederzeit widerrufliche Einwilligung des Nutzers.

Da Notwendigkeit im Sinne von (i) bei (derzeitigen) Werbenetzwerken nicht vorliegt, bedarf es hierfür der Einwilligung.

Die CookieRL sollte nach dem Willen des EU-Gesetzgebers durch eine – zeitgleich mit der DSGVO wirksam werdende – ePrivacyVO abgelöst werden. Dieses Vorhaben scheiterte und so bleibt die ePrivacyRL gültig.

BGH-Urteil zu Planet49

Der dt Bundesverband der Verbraucherzentralen klagte Planet49, eine dt Gesellschaft, welche im September 2013 unter ihrer Internetadresse ein Gewinnspiel veranstaltet hatte. Nach Eingabe der Postleitzahl gelangte der Nutzer auf eine Seite, auf der Name und Anschrift des Nutzers einzutragen waren. Unter den Eingabefeldern für die Adresse befanden sich zwei mit Ankreuzfeldern versehene Einverständniserklärungen:

Mit Bestätigen des ersten Textes, dessen Ankreuzfeld nicht mit einem voreingestellten Häkchen versehen war, sollte das Einverständnis mit einer Werbung durch Sponsoren und Kooperationspartner von Planet49 per Post, Telefon, E-Mail oder SMS erklärt werden.

Das zweite Ankreuzfeld war mit einem voreingestellten Häkchen versehen und wies folgenden Text auf: *„Ich bin einverstanden, dass der Webanalyzedienst Remintrex bei mir eingesetzt wird. Das hat zur Folge, dass der Gewinnspielveranstalter, die [Planet49], nach Registrierung für das Gewinnspiel Cookies setzt, welches [Planet49] eine Auswertung meines Surf- und Nutzungsverhaltens auf Websites von Werbepartnern und damit interessengerichtete Werbung durch Remintrex ermöglicht. Die Cookies kann ich jederzeit wieder löschen. Lesen Sie Näheres hier.“*

In der mit dem Wort „hier“ verlinkten Erläuterung wurde darauf hingewiesen, dass die Cookies eine bestimmte, zufallsgenerierte Nummer (ID) erhalten würden, die den Registrierungsdaten des Nutzers zugeordnet sei, der sich mit Namen und Adresse in das bereitgestellte Webformular eingetragen habe. Falls der Nutzer mit der gespeicherten ID die Webseite eines für Remintrex regist-

rierten Werbepartners besuchen würde, sollte sowohl dieser Besuch erfasst werden als auch, für welches Produkt sich der Nutzer interessiert und ob es zu einem Vertragsschluss kommt. Der voreingestellte Haken konnte entfernt werden. Eine Teilnahme am Gewinnspiel war aber nur möglich, wenn mindestens eines der beiden Felder mit einem Haken versehen war.

Der Bundesverband der Verbraucherzentralen verlangte, Planet49 zu verbieten, entsprechende Einverständniserklärungen in Gewinnspielvereinbarungen mit Verbrauchern einzubeziehen oder sich darauf zu berufen.

Nunmehr hat der BGH das Berufungsurteil hinsichtlich der Cookie-Einwilligung aufgehoben und die erstinstanzliche Verurteilung von Planet49 wiederhergestellt – mit folgenden Argumenten:

- Die von Planet49 in Form einer „Allgemeinen Geschäftsbedingung“ vorgesehene Einwilligung des Nutzers, die den Abruf von auf seinem Endgerät gespeicherten Informationen mithilfe von Cookies im Wege eines voreingestellten Ankreuzkästchens gestattet, stellt eine unangemessene Benachteiligung des Nutzers dar.
- Die Einholung der Einwilligung mittels eines voreingestellten Ankreuzkästchens war auch schon vor der DSGVO unzulässig: Der beanstandete Einsatz von Cookies durch Planet49 als Diensteanbieter dient (wie von § 15 Abs 3 Satz 1 TMG vorausgesetzt) der Erstellung von Nutzerprofilen zum Zweck der Werbung, indem das Verhalten des Nutzers im Internet erfasst und zur Zusendung darauf abgestimmter Werbung verwendet werden soll. Bei der im Streitfall in den Cookies gespeicherten zufallsgenerierten Nummer (ID), die den Registrierungsdaten des Nutzers zugeordnet ist, handelt es sich um ein Pseudonym im Sinne dieser Vorschrift. Die dt TMG-Vorschrift ist nach dem BGH dahin richtlinienkonform auszulegen, dass für den Einsatz von Cookies zur Erstellung von Nutzerprofilen für Zwecke der Werbung oder Marktforschung die Einwilligung des Nutzers erforderlich ist.
- Auf die Frage, ob es sich bei den Informationen um personenbezogene Daten handelt, kommt es nach dem BGH nicht an. Aus österr Sicht ist darauf hinzuweisen, dass das TMG diesbezüglich aber ohnedies keinen Unterschied gemacht

hat und ausschließlich auf die „Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen“ – also anders als das österr TKG unabhängig vom Personenbezug (siehe gleich unten) – abstellt.

- Der richtlinienkonformen Auslegung der dt Vorschrift steht nach dem BGH nicht entgegen, dass der dt Gesetzgeber bisher keinen Umsetzungsakt vorgenommen hat. Denn es ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber die bestehende Rechtslage in Deutschland für richtlinienkonform erachtete. Mit dem Wortlaut des TMG ist eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung noch vereinbar.

Österr „Cookie-Lösung“ im TKG

Der österr Gesetzgeber hat mit § 96 Abs 3 TKG – insb mit dessen am 1. 12. 2018 wirksam gewordenen Nov, um die Regelung an das DSGVO-Wording anzupassen – „versucht“, die Konflikte zwischen ePrivacyRL und DSGVO aufzulösen: Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft sind verpflichtet, den Benutzer darüber zu informieren, welche personenbezogenen Daten er verarbeiten wird, auf welcher Rechtsgrundlage und für welche Zwecke dies erfolgt und für wie lange die Daten gespeichert werden. Eine Ermittlung dieser Daten ist nur zulässig, wenn der Nutzer seine Einwilligung dazu erteilt hat. Dies steht einer technischen Speicherung oder dem Zugang nicht entgegen, wenn dies unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der vom Benutzer ausdrücklich gewünscht wurde, diesen Dienst zur Verfügung stellen kann.

Die österr Regelung ist eindeutig europarechtswidrig.

Daher stellt das TKG – anders als nach Ansicht des BGH das dt TMG – ausdrücklich ausschließlich auf personenbezogene Cookies ab. Damit ist die österr Regelung eindeutig europarechtswidrig, wie der BGH nunmehr – indirekt – bestätigt hat: Die Regelung müsste nämlich gem CookieRL auch nicht-personenbezogene Daten erfassen. Das ist aber nach dem eindeutigen Wortlaut der TKG-Bestimmung nicht der Fall. Eine Erweiterung der Verwaltungsstrafbestimmung des TKG auf nicht-personenbezogene Daten durch „richtlinienkonforme Interpretation“ kommt verfassungsrechtlich nicht in Betracht (Grundsatz:

„Keine Strafe ohne Gesetz“) und eine unmittelbare Anwendbarkeit scheidet erstens aufgrund der in Österreich ja „versuchten“ Umsetzung und zweitens jedenfalls zu Lasten des Normunterworfenen aus.

Es bleibt daher in Österreich (derzeit) beim „geregelten Bereich“ der personenbezogenen Daten und dem „ungeregelten Bereich“ der nicht-personenbezogenen/anonymen Daten bei Cookies bzw Tracking-Tools iSd CookieRL.

Anonymes Tracking?!

Ist obige Unterscheidung aber nicht bloße theoretische Paragrafen-Reiterei, weil die breite Definition der „personenbezogenen Daten“ ohnedies stets dazu führt, dass iZm Online-Tracking-Tools personenbezogene Daten verarbeitet werden?

Cookie-IDs sind nicht in jedem Fall personenbezogene Daten.

Leider wird oft „reflexartig“ gar nicht in Zweifel gezogen, ob **personenbezogene Daten vorliegen** – dies meist unter (verfehltem) Verweis auf die Definition in Art 4 Z 1 DSGVO: Die dortige Nennung von „Online-Kennung“ führt vielfach dazu, dass Cookie-IDs, IP-Adressen udgl unreflektiert als personenbezogene Daten qualifiziert werden, weil übersehen wird, dass diese Kennungen allein keinen Personenbezug bewirken, sondern sie eben als Mittel der Zuordnung zur Identifizierung einer natürlichen Person dienen können müssen.

iSd ErwGr 26 Satz 3 DSGVO ist zentrales Abgrenzungsmerkmal der „anonymen Online-Kennung“ der im Lichte des allgemeinen Ermessens erwartbare unverhältnismäßige Aufwand der Herstellung eines direkten Personenbezugs. UE kann unter zusätzlicher Heranziehung der Kriterien

des Art 32 DSGVO zur Datensicherheit das **Abgrenzungsmerkmal** in einer ex ante-Betrachtung iSe beweglichen Beurteilung-Systems **konkretisiert** werden:

- Mittel, die nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich genutzt werden, um einen Personenbezug herzustellen, und dabei:
 - Art, Umfang, Umstände und Zwecke der Verarbeitung;
 - Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere des Risikos für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen;
 - Kosten der Identifizierung;
 - erforderlichen Zeitaufwand und
 - die zum Zeitpunkt der Verarbeitung verfügbare Technologie und technologische Entwicklungen berücksichtigen.
- Soweit man dabei zum Schluss kommt, dass ohne unverhältnismäßigen Aufwand eine Herstellung des Personenbezugs nicht erwartbar ist, liegen „anonyme Daten“ vor.

Umgelegt auf das **Online-Tracking** – insb unter Nutzung von Cookies – führt dies zwar zur beliebten Antwort von Juristen, nämlich „es kommt auf den Einzelfall an“, doch ist iZm Online-Werbe-Netzwerken und dem Re-Targeting mittels Werbeanzeigen in den meisten Fällen davon auszugehen, dass es den Werbe-Netzwerken und insb den Werbetreibenden nicht darauf ankommt und sie daher keinen Aufwand treiben, einen „echten“ Personenbezug herzustellen. Es kommt den Beteiligten ausschließlich darauf an, dass auf den Endgeräten, über welche „Interesse“ an einem

gewissen Angebot – insb durch Besuch der entsprechenden Website – „bekundet“ wurde, regelmäßig **Werbung** für dieses Angebot **ausgespielt** wird, um die Nutzer – und zwar gänzlich unabhängig von deren tatsächlicher Identität – an das Angebot zu erinnern. Soweit daher keine direkten personenbezogenen Daten – etwa durch Verknüpfung mit Login-Daten – verarbeitet werden, ist davon auszugehen, dass anonyme Daten iSd obigen Abgrenzung vorliegen und daher die DSGVO nicht Anwendung findet.

Auch wenn nach der CookieRL auch hinsichtlich dieser anonymen Cookies Informations- und Einwilligungspflichten bestünden, sind diese im TKG nicht umgesetzt. Solange der österr Gesetzgeber das TKG nicht richtlinienkonform novelliert, bestehen solche Pflichten in Österreich nicht, wobei die territoriale Anwendbarkeit wohl von der jeweiligen Qualifikation als Ungehorsamkeits- bzw als Erfolgsdelikt abhängt.

PRAXISTIPP

Kreative Cookie-Lösungen zu finden, die für alle Beteiligten eine nach der Cookie-RL rechtssichere Win-win-Situation bringen, ist für das Überleben des Online-Werbe-Marktes unumgänglich. Dafür wird es notwendig sein, dass Techniker, Business (insb Marketing) und Juristen eng zusammenarbeiten; also ein Team-Building, das wir schon aus der DSGVO-Implementierung bestens kennen.

Dako 2020/48

Zum Thema

Über die Autorin/den Autor

MMag. Juliane Messner und Dr. Max W. Mosing, LL.M. (IT-LAW), LL.M. (Strathclyde) sind Gründungspartner der IP/IT/LifeScience-Boutique GEISTWERT Rechtsanwälte in Wien. Sie sind ua Lehrbeauftragte für Datenschutzrecht an der Donau-Universität Krems. E-Mail: juliane.messner@geistwert.at; max.mosing@geistwert.at

Impressum gem. § 24 MediengG

Offenlegung gem. § 25 MediengG und Angaben zu § 5 ECG abrufbar unter <https://www.manz.at/impressum>

Medieninhaber und Herausgeber: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH. **Anschrift:** Kohlmarkt 16, 1010 Wien. **Verlagsadresse:** Johannesgasse 23, 1015 Wien (verlag@manz.at). **Redaktion:** Dr. Rainer Knyrim (Chefredakteur); Mag. Viktoria Haidinger, LL.M.; DI Michael Löffler; Mag. Ing. Markus Oman, BiBu, CSE; Prof. Kommr Hans-Jürgen Pollirer. **E-Mail:** dako@manz.at **Verlagsredaktion:** Dr. Elisabeth Maier, Johannesgasse 23, 1010 Wien, E-Mail: elisabeth.maier@manz.at **Hersteller:** Printera Grupa d.o.o., 10431 Sveta Nedelja. **Herstellungsort:** Sveta Nedelja, Kroatien. **Verlagsort:** Wien, Österreich. **Zitiervorschlag:** Dako 2020/Nummer. **Anzeigenkontakt:** Stefan Dallinger, Tel: (01) 531 61-114, Fax: (01) 531 61-596, E-Mail: stefan.dallinger@manz.at **Bezugsbedingungen:** Die Dako erscheint 5 x jährlich. Der Bezugspreis 2020 (7. Jahrgang) beträgt € 160,- (inkl Versand in Österreich). Einzelheft € 38,40. Auslandspreise auf Anfrage. Nicht rechtzeitig vor ihrem Ablauf abbestellte Abonnements gelten für ein weiteres Jahr als erneuert. Abbestellungen müssen schriftlich bis spätestens 18. November vor Jahresende beim Verlag einlangen. **Formatvorlagen:** Zum Download unter www.manz.at/formatvorlagen **Hinweis:** Auf eine geschlechtergerechte Sprache wird geachtet. Wird jedoch von einzelnen Autoren zugunsten der leichteren Lesbarkeit bloß die männliche oder die weibliche Form verwendet, sind immer beide Geschlechter gleichermaßen gemeint. **AZR:** Alle Abkürzungen entsprechen den „Abkürzungs- und Zitierregeln“ (AZR), 8. Aufl (Verlag Manz, 2019). **Urheberrechte:** Sämtliche Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten. Kein Teil der Zeitschrift darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlags reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden. **Haftungsausschluss:** Sämtliche Angaben in dieser Zeitschrift erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Autoren, der Herausgeber sowie des Verlags ist ausgeschlossen. **Grafisches Konzept:** Michael Fürnsinn für buero8, 1070 Wien (buero8.com).