



Deutsche Stiftung für
Recht und Informatik

Tracking

Zur Sinnhaftigkeit der Einwilligung als Rechtsgrundlage

Michael Funke

JBB Rechtsanwälte Jaschinski Biere Brexl Partnerschaft
mbB

Herbstakademie 2020

EINLEITUNG

Einleitung

- ▶ Spätestens seit BGH-Urteil in Sachen Planet49: in der Praxis Einwilligung als Standard für Webtracking.
- ▶ E-Privacy-Richtlinie und Einwilligungsgebot erfasst jedoch nur geringen Ausschnitt Verarbeitungen beim Tracking.
- ▶ Für die übrigen Verarbeitungen weiterhin: Anwendbarkeit der DSGVO.
- ▶ Welche Rechtsgrundlage für diese Verarbeitungen?

Einleitung

- ▶ These:
 - ▶ Einwilligung ist für massenhafte und in vielen Fällen pseudonymen Verarbeitungen, wie sie im Rahmen des Trackings stattfinden, nicht die geeignete Rechtsgrundlage in der DSGVO.
 - ▶ Stattdessen führt – richtig angewendet – das berechtigte Interesse zu angemesseneren Ergebnissen für Betroffene wie für Verantwortliche.

- I. Einleitung
- II. Tracking
- III. Rechtliche Grundlagen
- IV. Tracking unter den Erlaubnistatbeständen der DSGVO
- V. Fazit

TRACKING

“Tracking”: Begriff, Technologien und Zwecke

- ▶ Rechtlich kein feststehender Begriff
 - ▶ Aufsichtsbehörden: „Datenverarbeitungen zur – in der Regel websiteübergreifenden – Nachverfolgung des individuellen Verhaltens von Nutzern.“
- ▶ Clientside
 - ▶ Cookies
 - ▶ Local Storage
- ▶ Serverside
 - ▶ Fingerprinting
 - ▶ Passives Fingerprinting
 - ▶ Aktives Fingerprinting, z. B. Canvas Fingerprinting
- ▶ Zwecke
 - ▶ Erstellung von Analysen oder Statistiken (z. B. zur Optimierung)
 - ▶ Zielgruppenspezifischer Werbung

Sensitivität der verarbeiteten Daten

- ▶ „Normale“ personenbezogene Daten.
- ▶ Pseudonyme/Pseudonymisierte Daten.
- ▶ Anonyme/anonymisierte Daten.
- ▶ Besondere Kategorien nach Art. 9 DSGVO?
 - ▶ Im Tracking eher von geringer Relevanz; soweit aber Teil der Verarbeitung führt um Einwilligung kaum ein Weg herum.

RECHTLICHE GRUNDLAGEN

Relevanz der DSGVO für Tracking

- ▶ Art. 95 – Vorrang der E-Privacy-Richtlinie.
- ▶ Aber: Enger Anwendungsbereich.
- ▶ Art. 5 E-Privacy-Richtlinie:
 - ▶ Speichern von Informationen auf dem Endgerät des Nutzers.
 - ▶ Zugriff auf Informationen, die im Endgerät gespeichert sind.
 - ▶ Vor allem also Erhebungsvorgang geregelt.
- ▶ Damit: keine nachgelagerten Verarbeitungsvorgänge.

Relevanz der DSGVO für Tracking

- ▶ Tracking ohne Speichern von oder Zugriff auf Informationen im Endgerät des Nutzers?
 - ▶ Aktives Fingerprinting:
 - ▶ Wortlaut?
 - ▶ Nach Ansicht der Artikel-29-Datenschutzgruppe aufgrund von teleologischen Erwägungen trotzdem erfasst.
 - ▶ Passives Fingerprinting
 - ▶ Wohl nicht mehr erfasst.

Erlaubnistatbestände

- ▶ Gleichrang: alle Tatbestände grundsätzlich auf alle Verarbeitungen anwendbar.
- ▶ Einwilligung:
 - ▶ Freiwillig und informiert.
 - ▶ Einwilligungserklärung.
 - ▶ Nachweisbarkeit (kein abstrakter Systembeweis, sondern es muss tatsächlich auf die spezifische Person bezogen sein).
- ▶ Berechtigtes Interesse
 - ▶ Berechtigtes Interesse: jedes rechtliche, wirtschaftliche Interesse.
 - ▶ Erforderlichkeit: kein gleich geeignetes, weniger eingriffsintensives Mittel.
 - ▶ Kein überwiegen der Rechte des Betroffenen.
 - ▶ Dokumentation der Interessenabwägung, aber keine Dokumentation des Einzelfalls erforderlich.

TRACKING UNTER DER DSGVO

Tracking unter der DSGVO

Einwilligung:

- ▶ Wirksamkeitsvoraussetzungen können grundsätzlich geschaffen werden ((P): strenge Auslegungen der Behörden).
- ▶ Aber Probleme insbesondere bei massenhafter Verarbeitung pseudonymer Daten:
 - ▶ Nachweisbarkeit jeder einzelnen Einwilligung erforderlich: läuft Datensparsamkeit und auch dem Zweck der Pseudonymisierung entgegen.
 - ▶ Speicherung der Information auf dem Gerät des Nutzers („Opt-In-Cookie“): keinerlei Rechtssicherheit für den Anbieter, ist auf Mitwirkung des Nutzers angewiesen, zudem müssten evtl. weitere Umstände der Einwilligung nachgewiesen werden wie Zeit, IP-Adresse oder ähnliches.

Tracking unter der DSGVO

Berechtigtes Interesse

- ▶ Berechtigte Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten.
 - ▶ Reichweitenmessung und Werbung sind als berechtigte Interessen von der DSGVO anerkannt (EG 29 und EG 47).
 - ▶ Interessen Dritter.
 - ▶ „Kollektivinteressen der Gemeinschaft“ und Meinungs- und Informationsfreiheit.
- ▶ Gegenläufige Freiheiten und Rechte des Betroffenen?
 - ▶ Recht auf Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRCh).
 - ▶ Nutzer möchte nicht nachverfolgt und auf seine Interessen hin analysiert werden.

Tracking unter der DSGVO

Erforderlichkeit:

- ▶ Pseudonyme/pseudonymisierte und anonymisierte Daten: in der Regel kein Problem.
- ▶ „Normale“ pb Daten: In vielen Fällen zu Analyse oder Werbezwecken keine identifizierende Verarbeitung erforderlich; Einzelfallentscheidung.

Tracking unter der DSGVO

Interessenabwägung

- ▶ Abwägungstatbestand: viele Faktoren können Ergebnis der Abwägung beeinflussen.
- ▶ Zweckmäßige Aufteilung:
 - ▶ Faktoren, die Verarbeitung immanent sind und nicht geändert werden können; z. B. Zweck der Verarbeitung, Sensitivität der verarbeiteten Daten.
 - ▶ Faktoren, die als Korrektiv vom Verantwortlichen eingesetzt werden können.

Tracking unter der DSGVO

Zweck der Verarbeitung:

- ▶ Analyse und Werbung sind jeweils anerkannte berechtigte Interessen.
- ▶ Mögliche Unterscheidung: Werbung eingriffsintensiver, da Betroffener wieder angesprochen wird.
- ▶ Aber fraglich, da Betroffener in der Regel ja ohnehin angesprochen wird, und die Personalisierung nur auf die Art der angezeigten Werbung Einfluss nimmt.

Tracking unter der DSGVO

Sensitivität der verarbeiteten Daten:

- ▶ Anonymisierte Daten: außer in absoluten Ausnahmesituationen kein Grund ersichtlich, weshalb die Interessen der Betroffenen hier überwiegen sollten.
- ▶ Pseudonyme/Pseudonymisierte Daten:
 - ▶ Hier bereits höhere Eingriffsintensität;
 - ▶ Eingriffsintensität aber schwer pauschal zu bestimmen; Sachverhaltsgestaltungen sehr vielfältig.

Tracking unter der DSGVO

Sensitivität bei pseudonymer Verarbeitung (Forts.):

- ▶ Sensitivität variiert nach Detailliertheit der gesammelten und verarbeiteten Daten.
- ▶ Z. B.: Werbenetzwerk hat höhere Datendichte als ein einzelner Verantwortlicher; daher auch Überwiegen der Rechte der Betroffenen möglich.
- ▶ Aber: wohl kein „*umfassender, tiefgreifender und langanhaltenden Eingriff in die Privatsphäre des Nutzers*“ oder Risiko eines „*physischen, materiellen oder immateriellen Schadens*“, und auch nicht, dass „*die erstellten Nutzungsprofile zu einer Diskriminierung, einem Identitätsdiebstahl, einem finanziellen Verlust, einer Rufschädigung oder anderen erheblichen wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Nachteilen führen*“

Tracking unter der DSGVO

Korrektiv erforderlich? Stufenverhältnis:

- ▶ Anonymisierung: bereits sehr geringer Eingriff, kein Korrektiv erforderlich.
- ▶ Pseudonyme Verarbeitungen beim Verantwortlichen: Geringer Eingriff, in den meisten Fällen auch kein Korrektiv erforderlich.
- ▶ Pseudonyme Verarbeitungen umfangreicher Profile: hier ggf. Korrektiv erforderlich.
- ▶ Bei „normalen“ personenbezogenen Daten: oft schon keine Erforderlichkeit, in anderen Fällen Korrektiv ggf. erforderlich.

Tracking unter der DSGVO

Arten von Korrektiven.

- ▶ Überobligatorische Information.
- ▶ Bei Statistik-/Marktforschungszwecken ggf. bedingungslose Widerspruchsmöglichkeiten.
- ▶ Einwilligungsähnliche Ausgestaltung
 - ▶ Vorteil gegenüber Einwilligung: keine Nachweisbarkeit der individuellen Erklärungen.
 - ▶ Stattdessen Dokumentation vorab; Systembeweis möglich.

Tracking unter der DSGVO

Geeignetheit des berechtigten Interesses

- ▶ Dank flexibler Ausgestaltung und keines Nachweises im Einzelfall: Insbesondere bei Anonymisierung und massenhafter Verarbeitung von pseudonymen Daten sehr gut geeignet
- ▶ Aber: kein „einfacher Ausweg“:
 - ▶ Bei hoher Eingriffsintensität: strenge Voraussetzungen an Dokumentation oder auch an Ausgestaltung bestehen.
 - ▶ Insbesondere müssen sich Verantwortliche genauer mit den tatsächlich stattfindenden Verarbeitungen beschäftigen.
- ▶ Bei „normalen“ personenbezogenen Daten sind Einwilligung und berechtigtes Interesse letztlich gleich gut geeignet, da die Nachweisbarkeit einfacher herzustellen ist.

ERGEBNIS/ ZUSAMMENFASSUNG

Tracking unter der DSGVO

- ▶ Berechtigtes Interesse ist in Fällen anonymer und pseudonymer Verarbeitungen die geeignetere Rechtsgrundlage; insbesondere aufgrund der nicht erforderlichen Nachweisbarkeit im Einzelfall.
- ▶ Bei Verarbeitungen von „normalen“ personenbezogenen Daten kann Einwilligung vorteilhaft sein, da sie nicht „Erforderlichkeit“ erfüllen muss.
- ▶ Aber: berechtigtes Interesse kein „einfacher Ausweg“:
 - ▶ Bei hoher Eingriffsintensität (insb. bei umfangreichen Profilen): strenge Voraussetzungen an Dokumentation ggf. Korrektive erforderlich.

Vielen Dank!

DR. MICHAEL FUNKE
JBB RECHTSANWÄLTE
CHRISTINENSTR. 18/19
10119 BERLIN
FUNKE@JBB.DE