



Deutsche Stiftung für  
Recht und Informatik

---

## Die Zukunft der Cookies

### Die Nutzung von Online-Trackingtechnologien

**Philippa Eggers**  
DLA Piper UK LLP

Herbstakademie 2020

---

## Inhalt des Vortrags

### **I. Die Gegenwart der Cookies: Anforderungen an ein zulässiges Onlinetracking nach aktueller Rechtslage**

1. Begrifflichkeiten und Grundlagen
2. Rechtsgrundlagen und Voraussetzungen für ein zulässiges Onlinetracking
3. Zwischenergebnis

### **II. Die Zukunft der Cookies: Zukünftige Anforderungen an ein zulässiges Onlinetracking**

1. Referentenentwurf für ein Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz ("TTDSG")
2. ePrivacy-Verordnung
3. Ergebnis

# Die Gegenwart der Cookies

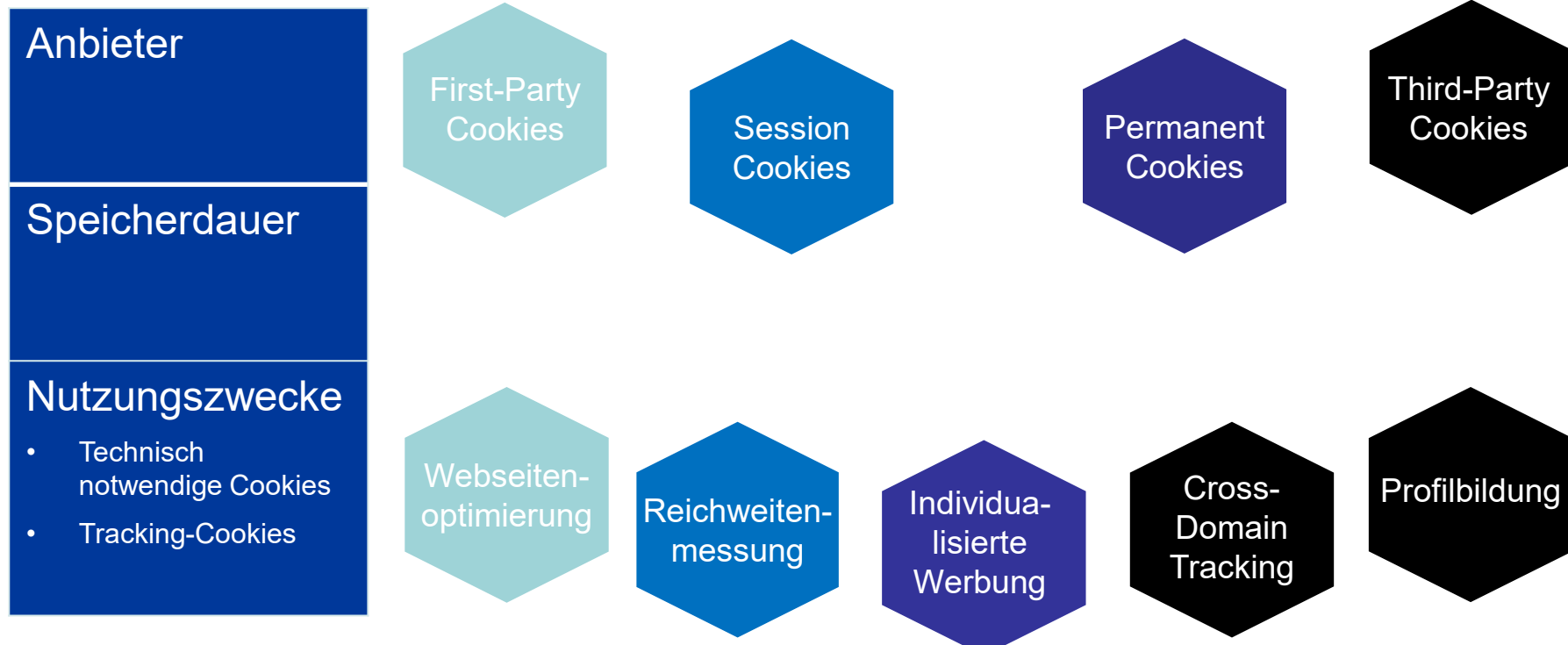
ANFORDERUNGEN AN EIN ZULÄSSIGES ONLINETRACKING NACH  
AKTUELLER RECHTSLAGE

# Was sind überhaupt Cookies?

## 1. BEGRIFFLICHKEITEN UND GRUNDLAGEN

### Definition Cookies

Cookies sind Textdateien, die der Anbieter einer Website auf dem Computer des Nutzers der Website speichert (**Ausnutzen der Speicherfunktion**) und bei ihrem erneuten Aufruf durch den Nutzer wieder abrufen kann (**Wiedererkennen des Nutzers**), um die Navigation im Internet oder Transaktionen zu erleichtern oder Informationen über das Nutzerverhalten zu erlangen.



# Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie in Deutschland?

## 2. RECHTSGRUNDLAGEN UND VORAUSSETZUNGEN FÜR EIN ZULÄSSIGES TRACKING

### Anforderungen der ePrivacy-Richtlinie 2002/58/EG ("ePrivacy-RL")

#### Artikel 5 Abs. 3 ePrivacy-RL

##### Satz 1 – Einwilligung

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, nur gestattet ist, wenn der betreffende Teilnehmer oder Nutzer **auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen**, die er gemäß der Richtlinie 95/46/EG [jetzt: DSGVO, siehe Art. 94 Abs. 2 DSGVO] u.a. über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine **Einwilligung gegeben** hat.

[Satz 2 – Erforderlichkeit für die Durchführung der Übertragung oder Dienstleistung]

### Umsetzung in Deutschland?

#### § 15 TMG

[Abs. 1 – Erforderlichkeit für Inanspruchnahme von Telemedien]

##### Abs. 3 – Widerspruchslösung

Der Diensteanbieter darf für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien Nutzungsprofile **bei Verwendung von Pseudonymen** erstellen, **sofern der Nutzer dem nicht widerspricht**. Der Diensteanbieter hat den Nutzer auf sein Widerspruchsrecht im Rahmen der Unterrichtung nach § 13 Abs. 1 **hinzuweisen**. Diese Nutzungsprofile dürfen nicht mit Daten über den Träger des Pseudonyms zusammengeführt werden.

# Anwendbarkeit der Datenschutz-Grundverordnung?

## 2. RECHTSGRUNDLAGEN UND VORAUSSETZUNGEN FÜR EIN ZULÄSSIGES TRACKING

### Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder (DSK)

April 2018 bzw. März 2019

- **Kollisionsregel in Art. 95 DSGVO:** Keine zusätzlichen Pflichten durch DSGVO, soweit Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste bereits besonderen Pflichten aus der ePrivacy-RL unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen
- **Aber:** keine Umsetzung der ePrivacy-RL insbesondere durch §§ 12, 15 Abs. 1, 15 Abs. 3 TMG (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt), sondern Umsetzung der Datenschutz-Richtlinie
- **Keine richtlinienkonforme Auslegung** von Art. 15 Abs. 3 TMG – insbesondere aufgrund des grundlegenden Unterschieds zwischen

**Opt-in (Einwilligung) und  
Opt-out (Widerspruch)**

**Anwendung der allgemeinen Regelungen der DSGVO**

### BGH, Entscheidung Cookie-Einwilligung II

Urteil vom 28. Mai 2020, I ZR 7/16

- **Richtlinienkonforme Auslegung von § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG:** Einsatz von Cookies zur Erstellung von Nutzungsprofilen für Zwecke der Werbung oder Marktforschung nur mit Einwilligung des Nutzers nur mit Einwilligung des Nutzers auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen u.a. über die Zwecke der Verarbeitung
- **Ausnahme vom Einwilligungserfordernis bei technisch notwendiger Speicherung bzw. Abruf der Informationen** (Durchführung der Nachrichtenübermittlung als alleiniger Zweck; Zurverfügungstellen eines ausdrücklich gewünschten Dienstes der Informationsgesellschaft)
- Im Fehlen einer (wirksamen) Einwilligungserklärung kann der der Zulässigkeit der Erstellung von Nutzungsprofilen **entgegenstehende Widerspruch** gesehen werden

# Relevante Erlaubnistatbestände der DSGVO

## 2. RECHTSGRUNDLAGEN UND VORAUSSETZUNGEN FÜR EIN ZULÄSSIGES TRACKING

### Einwilligung

#### Artikel 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO

- Voraussetzungen an eine wirksame Einwilligungserklärung, Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DSGVO – **freiwillig, spezifisch, informiert, unmissverständliches / eindeutiges Einverständnis** in Datenverarbeitung, jederzeitige **Widerruflichkeit**
- Möglichkeit der spezifischen Einwilligung in **einzelne Verarbeitungsvorgänge**
- Möglichkeit der Ablehnung von Tracking-Cookies und weiterhin Besuch der Website
- **Cookie-Banner nur bei Einwilligungsbedürftigkeit**
- Zugriff auf **Impressum und Datenschutzerklärung**

### Vertragsdurchführung

#### Artikel 6 Abs. 1 lit. b) DSGVO

- Verweis auf Datenschutzausschuss (*European Data Protection Board, "EDPB", Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*, 8. Oktober 2019)
- Grundsatz der **Zweckbindung** und **Datenminimierung**: objektive Bestimmung der Erforderlichkeit
- Personenbezogene Daten sind **keine handelbare Ware**

### Berechtigte Interessen

#### Artikel 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO

- **Berechtigtes Interesse** (z.B. besondere Funktionalitäten, freie Gestaltung und Optimierung der Website, Reichweitenmessung und statistische Analysen, etc.)
- **Erforderlichkeit** (Geeignetheit, kein milderes, gleich effektives Mittel)
- **Interessenabwägung im konkreten Einzelfall** – u.a. Berücksichtigung von
  - Vernünftige Erwartungen und Vorhersehbarkeit / Transparenz sowie Interventionsmöglichkeiten
  - Verkettung von Daten, Datenkategorien, Umfang / Dauer der Verarbeitung
  - Beteiligte Akteure und Kreis der Betroffenen

# Relevante Erlaubnistatbestände der DSGVO

## 2. RECHTSGRUNDLAGEN UND VORAUSSETZUNGEN FÜR EIN ZULÄSSIGES TRACKING

### Einwilligung

#### Artikel 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO

- Voraussetzungen an eine wirksame Einwilligungserklärung, Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DSGVO – **freiwillig, spezifisch, informiert, unmissverständliches / eindeutiges Einverständnis** in Datenverarbeitung, jederzeitige **Widerruflichkeit**
- Möglichkeit der spezifischen Einwilligung in **einzelne Verarbeitungsvorgänge**
- Möglichkeit der Ablehnung von Tracking-Cookies und weiterhin Besuch der Website
- **Cookie-Banner nur bei Einwilligungsbedürftigkeit**
- Zugriff auf **Impressum und Datenschutzerklärung**

- **Planet49-Entscheidung des EuGH**  
Urteil vom 1. Oktober 2019, C-673/17
- **Cookie-Einwilligung II-Urteil des BGH**  
Urteil vom 28. Mai 2020, I ZR 7/16



# Anforderungen an eine wirksame Einwilligung

## 2. RECHTSGRUNDLAGEN UND VORAUSSETZUNGEN FÜR EIN ZULÄSSIGES TRACKING

### Die Planet49-Entscheidung des EuGH

#### Wirksame Einwilligung

- Aktives Handeln (auch nach den Kriterien der Datenschutz-Richtlinie – ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage, Abgabe "ohne jeden Zweifel")
- Unmöglichkeit, in objektiver Weise zu klären, ob Einwilligung (in Kenntnis der Sachlage) gegeben, wenn voreingestelltes Ankreuzkästchen nicht abgewählt wurde
- Für den konkreten Fall: Bezug zur betreffenden Datenverarbeitung, keine Ableitung aus Willensbekundung mit anderem Gegenstand
- Auslegung erst recht unter DSGVO (Erwägungsgrund 32)

#### Abweichender Schutzzweck der ePrivacy-RL

- Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation
- Schutz der Informationen auf Endgeräten (Teil der Privatsphäre der Nutzer)
- Schutz von personenbezogenen und nicht-personenbezogenen Informationen

#### Umfang der Informationspflichten

- Klare und umfassende Information zur Bestimmung der Konsequenzen der Einwilligung
- Keine abschließende Aufzählung in der Datenschutz-RL – notwendige Informationen zur Gewährleistung einer Verarbeitung nach Treu und Glauben (Funktionsdauer der Cookies, (Kategorien von) Empfängern)

# Wie sieht die Gegenwart der Cookies aus?

## 3. ZWISCHENERGEBNIS

Nicht jede Verwendung von Cookies erfordert eine Einwilligung.

Die Voraussetzungen an eine wirksame Einwilligung in den Einsatz von Cookies richten sich nach der DSGVO

Die DSK-Orientierungshilfe und das Planet49-Urteil widersprechen sich nicht.

Die DSK und der BGH sind sich uneinig hinsichtlich der Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung des § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG.

Cookie-Banner sollten der einwilligungsbedürftigen Nutzung von Cookies vorbehalten sein.

Anwendbarkeit der Rechtsgrundlagen der DSGVO für eine (anschließende) Verarbeitung personenbezogener Daten?

# Die Zukunft der Cookies

ZUKÜNFTIGE ANFORDERUNGEN AN EIN ZULÄSSIGES ONLINETRACKING

# Rechtssicherheit durch das Telekommunikations- Telemedien-Datenschutz-Gesetz?

## 1. REFERENTENENTWURF FÜR EIN TTDSG

- ▶ Referentenentwurf des Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vom 14. Juli 2020
  - ▶ Rechtsunsicherheit durch Nebeneinander von DSGVO, TMG und TKG
  - ▶ Klarstellungsbedarf aufgrund unterschiedlicher Auffassungen zum Anwendungsbereich der ePrivacy-Richtlinie, insbesondere des Einwilligungserfordernisses des Artikel 5 Abs. 3
  - ▶ Aufhebung der datenschutzrechtlichen Vorschriften des TMG ( § § 11 bis 16 TMG)

### § 9 Einwilligung bei Endeinrichtungen

- (1) Grundsatz: Information des Endnutzers gemäß den Anforderungen der DSGVO und Einwilligung
- (2) Ausnahmen vom Einwilligungserfordernis
  1. Technische Erforderlichkeit für Kommunikationsübermittlung oder Bereitstellung von vom Endnutzer gewünschten Telemedien
  2. Ausdrückliche vertragliche Vereinbarung mit dem Endnutzer
  3. Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen
- (3) Anforderungen an die Wirksamkeit der Einwilligung (nach Planet49)
- (4) Erklärung der Einwilligung durch Browsereinstellung oder Auswahl einer anderen Anwendung (z.B. über Datentreuhänder)

# Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

## 2. E-PRIVACY-VERORDNUNG

### Artikel 8 Abs. 1 ePrivacy-VO-E (Kommission) Schutz der in Endeinrichtungen der Endnutzer gespeicherten oder sich auf diese beziehenden Informationen

Jede vom betreffenden Endnutzer nicht selbst vorgenommene Nutzung der Verarbeitungs- und Speicherfunktionen von Endeinrichtungen und jede Erhebung von Informationen aus Endeinrichtungen der Endnutzer, auch über deren Software und Hardware, **ist untersagt**, außer sie erfolgt aus folgenden Gründen

- a) sie ist für den **alleinigen Zweck der Durchführung** eines elektronischen Kommunikationsvorgangs über ein elektronisches Kommunikationsnetz nötig oder
- b) der Endnutzer hat seine **Einwilligung** gegeben oder
- c) sie ist für die **Bereitstellung eines vom Endnutzer gewünschten Dienstes** der Informationsgesellschaft nötig oder
- d) sie ist für die **Messung des Webpublikums** nötig, sofern der Betreiber des vom Endnutzer gewünschten Dienstes der Informationsgesellschaft diese Messung durchführt.

- ePrivacy-VO als *lex specialis* und bereichsspezifische Ergänzung zur DSGVO, siehe insbesondere Erwägungsgrund 5 ePrivacy-VO-E
- Einwilligung entsprechend den Voraussetzungen der DSGVO, siehe Artikel 9 ePrivacy-VO-E
- Vorschlag Ratspräsidentschaft: Nutzung von Cookies auch aufgrund berechtigter Interessen (insbesondere nicht bei Bildung individueller Nutzungsprofile)
- Anwendbarkeit der Rechtsgrundlagen aus Art. 6 Abs. 1 DSGVO (insbesondere Interessenabwägung) bei (weiterer/anschließender) Verarbeitung personenbezogener Daten?

# Einstellungen zur Privatsphäre

## 2. E-PRIVACY-VERORDNUNG

### Artikel 10 ePrivacy-VO-E (Kommission) Bereitzustellende Informationen und Einstellungsmöglichkeiten zur Privatsphäre

- **Abs. 1**  
In Verkehr gebrachte Software, die eine elektronische Kommunikation erlaubt, darunter auch das Abrufen und Darstellen von Informationen aus dem Internet, muss die **Möglichkeit bieten zu verhindern, dass Dritte Informationen in der Endeinrichtung eines Endnutzers speichern** oder bereits in der Endeinrichtung gespeicherte Informationen **verarbeiten**.
  - **Abs. 2**  
Bei der Installation muss die Software den Endnutzer über die **Einstellungsmöglichkeiten zur Privatsphäre informieren** und zur Fortsetzung der Installation vom Endnutzer die **Einwilligung zu einer Einstellung** verlangen.
- Verschärfung der Anforderungen durch Entschließung des Parlaments im Sinne eines echten *Privacy by Default*
  - Individuelle Einholung einer Einwilligung für einen bestimmten Diensteanbieter weiterhin möglich – damit aber auch keine Verringerung der Cookie-Banner
  - Komplette Streichung der Vorschrift durch den Vorschlag des Rates – keine Verpflichtung der Softwareanbieter, aber Möglichkeit ohnehin bereits gegeben
  - Einordnung solcher Browser-Einstellungen: derzeit (noch) keine informierte Einwilligung möglich (siehe z.B. Empfehlungen der französischen Datenschutzbehörde CNIL)

## Wie sieht die Zukunft der Cookies aus?

### 3. ERGEBNIS

Das TTDSG erlaubt den Einsatz von Cookies nur aufgrund Einwilligung oder bei Vorliegen eines von drei Ausnahmetatbeständen.

Es wird weiterhin Cookie-Banner geben – idealerweise aber keine Cookie-Walls.

Es wird voraussichtlich keine Verpflichtung zum *privacy by default* in Browsereinstellungen geben.

Browsereinstellungen entsprechen (derzeit) noch nicht den Voraussetzungen einer wirksamen (insbesondere informierten) Einwilligung.

Die ePrivacy-Verordnung wird die Anforderungen an eine zulässige Nutzung von Cookies nicht grundlegend ändern.

**Vielen Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit!**