

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

11
K&R

- Editorial: Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs:
Richtige Balance gefunden? · *Prof. Dr. Christian Alexander*
- 709 Das Urhebervertragsrecht vor der nächsten Novelle
Dr. David Jahn und Cilia Krutz
- 714 TTDSG – Neuregelung des Datenschutzes in den Bereichen
Telekommunikation und Telemedien geplant · *Dr. Markus Lang*
- 719 Wird's besser, wird's schlimmer? – Das Online-Marketing
zwei Jahre nach Wirksamwerden der DSGVO
Dr. Diana Ettig und Tilman Herbrich
- 726 Recht auf Vergessenwerden: Der BGH schärft die Konturen
Dr. Jan-Michael Grages
- 731 Die Relevanz von „Übereinkommen Nr. 108“ bei der Prüfung
des Datenschutzniveaus in Drittländern durch Unternehmen
Philipp Quiel und Dr. Carlo Piltz
- 735 Länderreport USA · *Clemens Kochinke*
- 738 EuGH: Rückzahlungsanspruch nach Widerruf eines Vertrags
mit Dating-Plattform
- 746 EuGH: Verstoß gegen Netzneutralität bei Datenvolumen-Verträgen
mit Ausnahmen zur Datendrosselung
- 749 BGH: Kein Auslistungsanspruch gegen Internet-Suchdienst
- 761 BGH: Fotopool: Angemessene Vergütung von Fotografen
- 775 VG Düsseldorf: Kein Unterlassungsanspruch gegen
Pressemittteilung des Gerichts
mit Kommentar von *Martin W. Huff*

Beihefter 1/2020

Telemedicus Sommerkonferenz:
Tagungsband zur Sommerkonferenz 2019

23. Jahrgang

November 2020

Seiten 709 – 780

die von den entsprechenden Regelungen im TKG bisher nicht erfasst sind. Unklarheiten in der Systematik der im TTDSG-E verwendeten Begriffe und des Anwendungsbereichs müssen aber noch bereinigt werden.

Die Neuregelung des Einsatzes von Cookies sowie anderen Identifizier- und Tracking-Technologien könnte zumindest teilweise Rechtssicherheit bringen. Die in diesem Bereich neu vorgesehenen Gestaltungsräume in Form von vertraglichen Regelungen werfen jedoch Fragen hinsichtlich der Europarechtskonformität und des Umfangs dieser Gestaltungsspielräume auf. Die Regelung der Einwilligungsmöglichkeit über Browsereinstellungen birgt in der geplanten Form eine hohe Rechtsunsicherheit für Rechtsanwender und wird so kaum Praxisnutzen haben. Antworten und Rechtssicherheit wird hier wohl erst die E-Privacy-Ver-

ordnung bringen können. Das setzt allerdings eine entsprechende Einigung voraus, die weiterhin nicht absehbar ist. Daher ist das geplante TTDSG durchaus ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung.

Es ist geplant, dass das Gesetz bis zum 21. 12. 2020 in Kraft tritt, um die Frist für die Umsetzung der RL 2018/1972/EU einzuhalten.³² Vor diesem Hintergrund sieht der Entwurf des Artikel-Gesetzes auch keine Übergangsregelung vor. Ungeachtet dessen wird dieser Zeitplan mit Blick auf den aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens wohl nicht eingehalten werden können.

³² Begründung zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (Fn. 1), S. 30.

RAin Dr. Diana Ettig, LL.M., Frankfurt a. M. und RA Tilman Herbrich, Leipzig*

Wird's besser, wird's schlimmer? – Das Online-Marketing zwei Jahre nach Wirksamwerden der DSGVO

Zwischen Cookie-Fatigue und #byebyefacebook haben es Marketing-Abteilungen und Digitalagenturen derzeit alles andere als leicht. Jede neue Funktion auf der Website muss detailliert geprüft werden und führt unweigerlich zu Änderungen im Consent-Management-Tool und der Datenschutzerklärung. Aktuelle Entscheidungen – wie das BGH-Urteil Cookie-Einwilligung II und das EuGH-Urteil Schrems II – tragen zwar zur Klärung der Rechtslage bei, bringen jedoch oft auch neue Anforderungen und Anpassungsbedarf mit sich. Gleichzeitig hat sich die Hoffnung auf Vereinfachung durch die E-Privacy-VO bislang nicht realisiert: Das Gesetzgebungsverfahren ist in den letzten beiden Jahren kaum vorangekommen und insbesondere zum Umgang mit Cookies und ähnlichen Technologien wird nach wie vor leidenschaftlich diskutiert. Der nachstehende Beitrag gibt einen aktuellen und praxisnahen Überblick über die rechtlichen Entwicklungen im Bereich des Online-Marketings der letzten zwei Jahre.

I. Einleitung

Mehr als zwei Jahre ist es her, dass das Wirksamwerden der DSGVO das Online-Marketing zahlreicher Unternehmen durcheinandergewirbelt hat. Nachdem die Datenschutzbehörden anfangs noch in einer Art Schonfrist behutsam gegen Unternehmen vorgingen, mehren sich nun die Berichte über Bußgeldverfahren auch im Bereich des Online-Marketings. Prominentestes Beispiel dafür ist ein Bußgeld in Höhe von 30 000 Euro, welches die spanische Datenschutzaufsicht aufgrund der rechtswidrigen Verwendung von Cookies gegen die Fluggesellschaft Vueling verhängte. Rechtsgrundlage dafür war jedoch nicht die DSGVO, sondern das nationale Gesetz, welches die E-Privacy-Richtlinie¹ in spanisches Recht umgesetzt hat.²

Auch in Deutschland ist durch die Entscheidung „Cookie-Einwilligung II“ des BGH³ nunmehr vorerst geklärt, dass die Zulässigkeit der Nutzung von Cookies und vergleich-

baren Technologien nicht nur nach der DSGVO zu beurteilen ist. Vielmehr sei § 15 Abs. 3 TMG richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass die Nutzung derartiger Technologien, die zum Betrieb der Website nicht zwingend erforderlich sind, einer Einwilligung des Nutzers bedürfen. Auch wenn damit eine jahrelange Grundsatzdiskussion als höchstrichterlich geklärt angesehen werden kann, führt dies zu einer Reihe von Anschlussfragen, die insbesondere die Ausgestaltung der Einwilligung betreffen.

Über das Thema Cookie-Einwilligungen hinaus hat sich in den letzten zwei Jahren einiges getan – es gibt erste Entscheidungen der Instanzgerichte sowie neue Stellungnahmen und Orientierungshilfen der Datenschutzbehörden, die zum Teil etwas Licht ins Dunkel der rechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen im Bereich des Online-Marketings bringen. Anknüpfend an den Beitrag „Nichts geht mehr? – Das Online-Marketing nach Wirksamwerden der DSGVO“⁴ sollen nachfolgend die rechtlichen Entwicklungen der letzten beiden Jahre näher beleuchtet werden. Im folgenden Abschnitt II. soll zunächst kurz auf die Entscheidungen „Cookie-Einwilligung II“ sowie „Schrems II“ eingegangen werden, da diese Einfluss auf nahezu alle rechtlichen Fragestellungen im Online-Marketing haben. Anschließend geht es im Abschnitt III. um verschiedene Einzelfragen, bevor in Abschnitt VI. ein kurzes Fazit folgt.⁵

II. Cookie-Einwilligung II und Schrems II

Kaum hatte der BGH am 28. 5. 2020 die Pressemitteilung zu seinem Urteil „Cookie-Einwilligung II“ veröffentlicht,

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 12. 10. 2020.

¹ RL 2002/58/EG in der Fassung der RL 2009/136/EG.

² Kessler/Oberlin, CB 2020, 63, 68.

³ BGH, 28. 5. 2020 – I ZR 7/16, K&R 2020, 611 – Cookie-Einwilligung II.

⁴ Ettig, K&R 2018, 669.

⁵ Es wurden Entscheidungen und Veröffentlichungen bis zum Redaktionsschluss am 30. 9. 2020 berücksichtigt.

erschienen auch auf deutschen Internetseiten immer mehr Consent-Management-Tools in den unterschiedlichsten Gestaltungen, mit welchen dem Nutzer Einwilligungen in die Nutzung von Cookies abverlangt werden. Doch kaum waren die neuen Rechtstexte implementiert, schockte der EuGH europäische Unternehmen mit noch gravierenderen Nachrichten: Das EU-US-Privacy-Shield wurde für unwirksam erklärt, ein EU-US-Datentransfer auf der Grundlage von Standardvertragsklauseln an zusätzliche Garantien geknüpft. Beide Entscheidungen haben eine enorme Auswirkung auf das Online-Marketing, denn hierbei kommen häufig Technologien zum Einsatz, die nicht nur auf Informationen aus Endgeräten aufbauen, sondern deren Anbieter auch noch in den USA sitzen. Vor diesem Hintergrund sollen beide Entscheidungen vorab in der gebotenen Kürze erläutert werden.

1. Cookie-Einwilligung II

Mehr als zehn Jahre nach Erlass der sog. Cookie-Richtlinie⁶ ist das Einwilligungserfordernis für die Nutzung von Cookies und ähnlichen Technologien nunmehr auch in Deutschland angekommen. Bis zuletzt war umstritten, ob bei der rechtlichen Bewertung auf das die ursprüngliche E-Privacy-RL in der Fassung aus dem Jahr 2002 umsetzende TMG oder aber – mangels ausdrücklicher Umsetzung der Cookie-RL in deutsches Recht – ausschließlich auf die DSGVO⁷ abzustellen ist. Diese Frage hat der BGH nun eindeutig beantwortet: Das TMG ist dahingehend richtlinienkonform auszulegen, dass ein Website-Betreiber Cookies zur Erstellung von Nutzungsprofilen für Zwecke der Werbung und der Marktforschung nur mit Einwilligung des Nutzers einsetzen darf.⁸ Die Entscheidung wurde in der Fachpresse bereits umfassend kommentiert und insbesondere bezüglich der dogmatischen Herleitung des Einwilligungserfordernisses (zum Teil zu Recht) kritisiert.⁹ Im vorliegenden Beitrag soll es hingegen eher um die praktischen Folgen der Entscheidung gehen.

a) Reichweite der Entscheidung

Auch wenn der Leitsatz des BGH-Urteils ausdrücklich auf „Cookies zur Erstellung von Nutzerprofilen für Zwecke der Werbung oder Marktforschung“ abstellt, reicht die Entscheidung nach der Begründung des BGH sowohl im Hinblick auf die zugrunde liegende Technologie als auch auf den jeweiligen Zweck deutlich weiter. Zwar dürften Cookies zum Zeitpunkt der Entstehung der E-Privacy-RL und auch noch der Cookie-RL der Hauptanwendungsfall gewesen sein, den der Gesetzgeber im Blick hatte. Gleichwohl bezieht sich Art. 5 Abs. 3 der E-Privacy-RL schon dem Wortlaut nach auf alle Technologien, mittels derer auf Informationen, die bereits im Endgerät des Nutzers gespeichert sind, zugegriffen wird oder entsprechende Informationen gespeichert werden, und ist daher technikneutral ausgestaltet. Dies ist beispielsweise auch bei Technologien wie dem „Device Fingerprinting“ der Fall, bei welchen aufgrund der Browsereinstellungen ein eindeutiger Fingerabdruck zur Identifikation des Nutzers erzeugt wird. Zudem wird die Anwendbarkeit der E-Privacy-RL auch für HTML5-Objekte sowie „Local Shared Objects“ bejaht.¹⁰ Auch hinsichtlich des Verarbeitungszwecks enthält die Entscheidung des BGH keine Einschränkung auf Technologien, die der „Werbung und Marktforschung“ dienen.¹¹ Denn der BGH bezieht sich in seinen Gründen ganz klar auf den Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 E-Privacy-RL einschließlich der einzig zulässigen Einschränkungen für die

Durchführung von Nachrichtenübertragung und die Erforderlichkeit für die Zurverfügungstellung des vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Dienstes.¹² Vor diesem Hintergrund und auch in Ansehung der weiteren Ausführungen des BGH im Urteil ist vielmehr davon auszugehen, dass die Einschränkung im Leitsatz lediglich eine Bezugnahme auf den konkreten Sachverhalt der Entscheidung darstellt und der BGH Art. 5 Abs. 3 E-Privacy-RL vollumfänglich in § 15 Abs. 3 TMG hineinlesen möchte. In der Praxis wird diese Frage allerdings nur von geringer Bedeutung sein, da gerade die im Online-Marketing besonders relevanten Funktionalitäten in der Regel auch den Zwecken der Werbung oder Marktforschung dienen.

b) Verhältnis des TMG zur DSGVO

Weiterhin schafft der BGH in seiner Entscheidung Klarheit, dass neben den richtlinienkonform auszulegenden Vorschriften des TMG auch die DSGVO anwendbar ist, soweit entsprechende Technologien personenbezogene Daten der Nutzer verarbeiten, wie dies bei Tracking-Technologien typischerweise der Fall ist. So weist der BGH in seiner Entscheidung zutreffend darauf hin, dass Art. 5 Abs. 3 E-Privacy-RL schon nicht den Anwendungsbereich der DSGVO betrifft, da beiden Regelungen gänzlich unterschiedliche Schutzzwecke zugrunde liegen.¹³ Die beiden Regelungen kommen in dem Fall, dass einwilligungsbedürftige Technologien nach Art. 5 Abs. 3 E-Privacy-RL auch personenbezogene Daten verarbeiten, mithin nebeneinander zur Anwendung.¹⁴ Nur für den Fall, dass beide Regelwerke konkurrierende Pflichten enthalten, die dasselbe Ziel verfolgen, gehen nach der Kollisionsregelung des Art. 95 DSGVO die Regelungen der Richtlinie vor.¹⁵ In der Praxis folgt hieraus jedoch nur begrenzt Relevanz, da eine wirksame Einwilligung nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 E-Privacy-RL aufgrund der Rechtsfolgenverweisung für die Definition der Einwilligung in die DSGVO (zuvor RL 95/46/EG) in der Regel auch eine wirksame Einwilligung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO darstellt.

c) Umsetzung in der Praxis

Auch wenn der BGH den Weg der richtlinienkonformen Auslegung des TMG bereits in seinem Vorlagebeschluss

6 RL 2009/136/EG, durch welche in Abänderung der E-Privacy-RL (RL 2002/58/EG) ein Einwilligungserfordernis für die Speicherung von Informationen oder den Zugriff auf Informationen, die auf dem Endgerät des Nutzers gespeichert sind, eingeführt wurde.

7 So bis zuletzt die Auffassung der deutschen Datenschutzbehörden: DSK, Orientierungshilfe für Anbieter von Telemedien, Stand: März 2019, S. 6, abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tm_g.pdf.

8 BGH, 28. 5. 2020 – I ZR 7/16, K&R 2020, 611 – Cookie-Einwilligung II.

9 Vgl. dazu schon krit. *Ettig/Rauer*, ZD 2016, 423, 424; *Schmidt/Babilon*, K&R 2016, 86, 90; *Hanloser*, ZD 2019, 264, 266; *Spitka*, DB 2019, 2850, 2853; zur aktuellen Entscheidung des BGH: *Spindler*, NJW 2020, 2513, 2515; *Lang*, K&R 2020, 615, 616; *Baumgartner/Hansch*, ZD 2020, 435, 436 f.; *Kollmar/Schirmbacher*, WRP 2020, 1015, 1016.

10 ICO, Guidance on the use of cookies and similar technologies, abrufbar unter: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-pecr/guidance-on-the-use-of-cookies-and-similar-technologies/what-are-cookies-and-similar-technologies/#cookies5>; vgl. hierzu *Herbrich*, DSB 2019, 202; CNIL, Délibération n° 2020-091 vom 17. 9. 2020 Rn. 13, abrufbar unter: <https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ligne-directrice-cookies-et-autres-traceurs.pdf>.

11 So aber *Hanloser*, BB 2020, 1683, 1684.

12 BGH, 28. 5. 2020 – I ZR 7/16, K&R 2020, 611, Rn. 48 – Cookie-Einwilligung II.

13 BGH, 28. 5. 2020 – I ZR 7/16, K&R 2020, 611, Rn. 61 – Cookie-Einwilligung II.

14 *Gierschmann*, MMR 2020, 613, 614 f.; *Spitka*, DB 2019, 2850, 2854.

15 BGH, 28. 5. 2020 – I ZR 7/16, K&R 2020, 611, Rn. 59 – Cookie-Einwilligung II.

vom Oktober 2017¹⁶ antizipiert hat, führt die Entscheidung leider nicht unbedingt zu einem Mehr an Rechtssicherheit. Zwar ist nunmehr bei allen Cookies und vergleichbaren Technologien, die für das Website-Angebot nicht zwingend erforderlich sind, von einem Einwilligungserfordernis auszugehen. Welche konkreten Voraussetzungen für eine solche Einwilligung gelten, ist jedoch nach wie vor unklar und wird von Datenschutzbehörden und in der Fachliteratur sehr unterschiedlich bewertet.

2. Schrems II

Nur wenige Wochen nach der Entscheidung „Cookie-Einwilligung II“ des BGH sorgte der EuGH für weiteren Handlungsbedarf. In seinem Urteil vom 16. 7. 2020 erklären die Luxemburger Richter nicht nur das EU-US-Privacy-Shield für ungültig, sondern halten – je nach der rechtlichen Lage im Zielland – für einen rechtlich zulässigen Drittstaatentransfer auf Grundlage der Standardvertragsklauseln unter Umständen weitere Maßnahmen oder Garantien für erforderlich.¹⁷ Damit fällt nicht nur das EU-US-Privacy-Shield als Rechtsgrundlage für den Datentransfer in die USA weg, sondern auch eine Datenübertragung in die USA basierend auf den Standardvertragsklauseln lässt sich in den meisten Fällen ohne zusätzliche Maßnahmen nicht mehr halten.¹⁸ Wie genau solche zusätzlichen Maßnahmen oder Garantien aussehen können, wird seit der Entscheidung umfassend diskutiert. Der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) hat bislang keine konkreten Maßnahmen genannt, jedoch in seinen FAQ zum Urteil „Schrems II“ weitere Orientierungshilfen angekündigt.¹⁹ Zudem stellt der EDSA klar, dass eine Datenübertragung in die USA aufgrund einer Einwilligung gem. Art. 49 Abs. 1 lit. a DSGVO grundsätzlich möglich ist, wobei jedoch die Vorgaben des EDSA zur Einholung einer wirksamen Einwilligung²⁰ einzuhalten seien.²¹

Dass die Entscheidung nicht nur für internationale Konzerne, sondern gerade im Bereich des Online-Marketings auch für KMUs von höchster Relevanz ist, liegt auf der Hand. Zahlreiche Online-Marketing-Technologien bedingen einen Datentransfer in die USA, sei es im klassischen Website-Tracking (Google Analytics), im Remarketing (Google Ads, Facebook-Pixel), in Anwendungen beim Programmatic Advertising²² oder auch im Newsletter-Marketing (Mailchimp). Die meisten Anbieter, die sich bislang ausschließlich auf das EU-US-Privacy-Shield gestützt haben, stellen ihre Vertragsbedingungen aktuell auf Standardvertragsklauseln um,²³ wobei jedoch noch unklar ist, wie die zusätzlichen Garantien aussehen werden und ob sie den Anforderungen des EuGH genügen werden. Eine Alternative könnte vorläufig auch in der Einholung einer Einwilligung des Nutzers liegen, wobei auch hier nicht abschließend geklärt ist, welche Anforderungen an eine solche Einwilligung zu stellen sind.

III. Aktuelle Fragen des Online-Marketings

Doch welche praxisrelevanten Fragestellungen ergeben sich konkret für die Marketing-Branche? Wird's besser, wird's schlimmer? Worauf der Rechtsanwender besonders beim Einsatz von Tracking-Technologien und Drittanbieter-Anwendungen auf Websites, beim Social-Media- sowie beim Newsletter-Marketing achten sollte, wird im Folgenden eingehend erläutert.

1. Tracking-Technologien für Websites

Nach der Entscheidung des BGH in Sachen „Cookie-Einwilligung II“ gilt für alle klassischen Tracking-Technolo-

gien wie z. B. Google Analytics bereits nach richtlinienkonformer Auslegung des § 15 Abs. 3 TMG ein Einwilligungserfordernis. In der Praxis wird dies durch sog. Consent-Management-Tools umgesetzt, deren Ausgestaltung jedoch unterschiedlicher kaum sein kann. Eine der Kernfragen ist dabei, inwieweit es zulässig ist, durch den Aufbau des Consent-Management-Tools und die Gestaltung der verschiedenen Schaltflächen den Nutzer zur Abgabe einer Einwilligung zu leiten (sog. Nudging) oder entgegen seiner Interessen zu verleiten (Dark Patterns). Zulässig dürfte in jedem Fall sein, durch einen Button „Alle akzeptieren“ auf der ersten Ebene des Consent-Management-Tools eine Einwilligung für mehrere Cookies und Funktionen einzuholen.²⁴ Auch eine Bündelung nach Zwecken wie Statistiken oder Marketing wird als möglich angesehen.²⁵ Gleichzeitig muss der Nutzer jedoch bereits auf der ersten Ebene eine echte Wahl haben, d. h. eine bloße Auswahl zwischen „Alle akzeptieren“ und „Weitere Einstellungen“ wäre demnach unzulässig.²⁶ Die unterschiedliche farbliche Hervorhebung einzelner Auswahlmöglichkeiten schließt eine wirksame Einwilligung nach derzeit wohl überwiegender Auffassung jedoch nicht grundsätzlich aus.²⁷ Zutreffend ordnet indes die irische Aufsichtsbehörde ausschließlich farbliche Hervorhebungen von Schaltflächen (z. B. in rot und grün) als unzulässige Dark Patterns ein und fordert eine zusätzliche Beschriftung der Schaltflächen.²⁸ Insofern ist zu bedenken, dass bis zu 8 % der männlichen Nutzer an einer Rot-Grün-Sehschwäche leiden, die eine Zustimmungshandlung negativ beeinflussen kann.

Ein weiteres Problemfeld im Zusammenhang mit Consent-Management-Tools ist die Verteilung der Pflichtinformationen auf die verschiedenen Ebenen, wobei zu unterscheiden ist, welche Informationen ausschlaggebend für die Wirksamkeit der „informierten“ Einwilligung (Art. 4 Nr. 11 DSGVO) sind und welche Informationen lediglich aufgrund der Informationspflichten aus Art. 12 ff. DSGVO

- 16 BGH, 5. 10. 2017 – I ZR 7/16, K&R 2018, 54, Rn. 13 – Cookie-Einwilligung, vgl. dazu schon Ettig, K&R 2018, 669, 670.
- 17 EuGH, 16. 7. 2020 – C-311/18, K&R 2020, 588 – Schrems II.
- 18 Heinzke, GRUR-Prax 2020, 436.
- 19 EDSA, Frequently Asked Questions on the judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-311/18 – Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Ltd and Maximilian Schrems vom 23. 7. 2020, abrufbar unter: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/2020724_edpb_faqoncjec31118_en.pdf; Frage 10.
- 20 Vgl. EDSA, Leitlinien 2/2018 zu den Ausnahmen nach Art. 49 der Verordnung 2016/679, S. 7 ff.
- 21 EDSA, FAQ Schrems II vom 23. 7. 2020 (Fn. 19), Frage 8.
- 22 Vgl. hierzu Baumgartner/Hansch, ZD 2020, 435.
- 23 Vgl. z. B. Informationen von Google zu Internationalen Datenübermittlungen, abrufbar unter: https://privacy.google.com/businesses/compliance/#?!?modal_active=none#gdpr.
- 24 Steinrötter, GPR 2020, 106, 109; Moos/Rothkegel, MMR 2019, 736, 739; Ernst, WRP 2020, 962, 970; CNIL, Délibération n° 2020-092 vom 17. 9. 2020, Rn. 26, abrufbar unter: <https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/recommandation-cookies-et-autres-traceurs.pdf>.
- 25 Gierschmann, MMR 2020, 613, 615; Moos/Rothkegel, MMR 2019, 736, 739; Wilfling, DSRITB 2019, 301, 310; EDSA, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679 vom 4. 5. 2020 Rn. 44, abrufbar unter: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf.
- 26 Baumgartner/Hansch, ZD 2020, 435, 437; Wilfling, DSRITB 2019, 301, 307; a. A. Kollmar/Schirmbacher, WRP 2020, 1015, 1016; Kessler/Oberlin, CB 2020, 63, 68.
- 27 Baumgartner/Hansch, ZD 2020, 435, 437; Kollmar/Schirmbacher, WRP 2020, 1015, 1016; krit. jedoch CNIL, Délibération n° 2020-092 vom 17. 9. 2020, Rn. 34, abrufbar unter: <https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/recommandation-cookies-et-autres-traceurs.pdf>. Hilgert/Hilgert, jM 2020, 97, 99.
- 28 So DPC Ireland, Report on the use of cookies and other tracking technologies, 2020, S. 8, <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2020-04/Guidance%20note%20on%20cookies%20and%20other%20tracking%20technologies.pdf>; vgl. hierzu Herbrich, DSB 2020, 126.

zur Verfügung zu stellen sind.²⁹ Denn während erstere dem Nutzer spätestens auf der zweiten Ebene des Consent-Management-Tools zugänglich zu machen sind, können die übrigen Informationspflichten auch durch eine Erläuterung in der zumeist verlinkten Datenschutzerklärung erfüllt werden.

Bis zur Beantwortung dieser Detailfragen durch erste Gerichtsentscheidungen werden viele Monate vergehen; eine höchstrichterliche Klärung wird wiederum Jahre in Anspruch nehmen. Gerade vor diesem Hintergrund ist bedauerlich, dass auch die E-Privacy-VO hierzu keine kurzfristige Abhilfe schaffen wird. Denn das Gesetzgebungsverfahren stagniert seit vielen Monaten, so dass die E-Privacy-VO zum Teil schon als gescheitert betrachtet wird.³⁰ Nach Übernahme der Ratspräsidentschaft durch die Bundesrepublik Deutschland haben die Verhandlungen nun noch einmal etwas Fahrt aufgenommen.³¹ Dabei scheint zwischen den beteiligten Verhandlungspartnern Einigkeit zu bestehen, dass zukünftig auch eine Ausnahmebestimmung für die Messung des Webpublikums gelten soll. Im Entwurf der Europäischen Kommission ist insoweit vorgesehen, dass die Messung des Datenverkehrs auf der Website mittels Cookies oder vergleichbarer Technologien gerechtfertigt ist, soweit diese vom Website-Betreiber selbst vorgenommen wird.³² Der Parlamentsentwurf für die E-Privacy-VO sieht indes explizit die Zulässigkeit der Webanalyse durch Dritte vor, wobei jedoch strenge Anforderungen (insbesondere Einräumung von Widerspruchsmöglichkeiten sowie keine Weitergabe personenbezogener Daten an Dritte) gelten sollen.³³ Nach dem aktuellen Entwurf des Rates ist eine Einbeziehung Dritter in die Messung des Webpublikums sowohl im Rahmen einer Auftragsverarbeitung als auch einer gemeinsamen Verantwortlichkeit zulässig, soweit die jeweiligen Anforderungen aus Art. 28 DSGVO respektive Art. 26 DSGVO erfüllt sind.³⁴

Mit der Entscheidung Schrems II stellt sich für alle Tracking-Technologien, die Daten in die USA übertragen, die Frage, auf welche Rechtsgrundlage ein solcher Drittstaaten-transfer derzeit noch gestützt werden kann. Während Anbieter wie Google bereits die Einführung von Standardvertragsklauseln als Ersatz des für ungültig erklärten EU-US-Privacy-Shields angekündigt haben, reagieren zahlreiche Website-Betreiber mit einer Ergänzung der Einwilligungstexte im Consent-Management-Tool um eine Einwilligung in den Drittstaaten-transfer nach Art. 49 Abs. 1 lit. a DSGVO. Auch hier bleibt jedoch abzuwarten, ob diese Einwilligungen den rechtlichen Anforderungen genügen, insbesondere weil der Drittstaaten-transfer stets an die Einwilligung zur Nutzung der entsprechenden Technologie gekoppelt ist.

Bei Einsatz von Drittanbietern sind zudem – je nach konkreter Vertragskonstellation – auch die Anforderungen der Auftragsverarbeitung (Art. 28 DSGVO) oder der gemeinsamen Verantwortlichkeit (Art. 26 DSGVO) zu beachten. Die Einordnung von einzelnen Anbietern kann sich dabei im Einzelfall durchaus als schwierig erweisen (vgl. nachfolgend in Ziffer II.). Das wohl bekannteste Tracking-Tool Google Analytics wird von der DSK nicht als Auftragsverarbeiter sondern als mit dem Website-Anbieter gemeinsam Verantwortlicher eingestuft.³⁵

2. Beispiel: Remarketing

Die vorstehenden Fragen zur Erforderlichkeit einer Einwilligung nach § 15 Abs. 3 TMG sowie zur Rechtsgrundlage des Drittstaaten-transfers stellen sich naturgemäß auch

bei zahlreichen Funktionen des Remarketings, wie z. B. der Einbindung von Google Ads Remarketing oder dem Facebook Pixel. Ziel des Remarketings ist die Anzeige von individualisierten Werbeanzeigen: Besucht ein Internetnutzer die eigene Website, soll er später auf anderen Websites in Werbeanzeigen erneut angesprochen werden. Technische Grundlage für das Remarketing sind in der Regel sog. Werbe-IDs, welche von Anbietern von Werbenetzwerken (z. B. Google oder Facebook) über Cookies oder andere Technologien wie Device-Fingerprinting oder Tracking-Pixel vergeben und abgeglichen werden und auf deren Grundlage bei Aufruf einer Website Werbeanzeigen geschaltet werden.³⁶ Deshalb gilt auch hier ein Einwilligungserfordernis.

3. Einbindung externer Inhalte

Neben den Tracking- und Remarketing-Funktionen spielt beim Online-Marketing auf der eigenen Website häufig auch die Einbindung externer Inhalte wie YouTube-Videos oder Google Maps eine zentrale Rolle. Während es bei YouTube grundsätzlich auch die Möglichkeit gibt, die Videos ohne den Einsatz von Cookies einzubinden (sog. erweiterter Datenschutzmodus), nutzen die meisten sonstigen Funktionen von Drittanbietern Cookies oder vergleichbare Technologien, die dem Einwilligungserfordernis des § 15 Abs. 3 TMG unterliegen. Zwar könnte man argumentieren, dass in diesen Fällen die Ausnahmeregelung des Art. 5 Abs. 3 S. 2 E-Privacy-RL greift,³⁷ wenn die Aktivierung der Funktion vom Nutzer ausdrücklich gewünscht wird. Dem steht jedoch entgegen, dass die meisten Anbieter Cookies und vergleichbare Technologien nicht nur dazu nutzen, die externen Inhalte bereitzustellen, sondern auch zu Analyse- und Werbezwecken. Vor diesem Hintergrund ist in der Regel von einer Einwilligungsbedürftigkeit für entsprechende Funktionen auszugehen.³⁸

In der Praxis haben sich dafür in den letzten Monaten zwei Lösungen etabliert: Zum einen die Aufnahme derartiger Funktionen in das Consent-Management-Tool und zum anderen die Aktivierung der entsprechenden Funktion an der Stelle, an der sie eingebunden ist. In beiden Fällen muss jedoch technisch gewährleistet sein, dass die einwilligungsbedürftigen Funktionen erst dann aktiviert werden, wenn eine entsprechende Zustimmung des Nutzers erfolgt ist. Darüber hinaus muss dem Nutzer die Möglichkeit gegeben werden, die Einwilligung auch zu widerrufen, was in der Praxis nicht bei allen Einwilligungslösungen

29 *Steinrötter*, GPR 2020, 106, 110; *Wilfling*, DSRLTB 2019, 301, 306.

30 *Mantz*, NJW 2020, 512, 516.

31 Entwurf der Stellungnahme der aktuellen Ratspräsidentschaft (st9931/20), abrufbar unter: http://downloads2.dodsmonitoring.com/downloads/EU_Monitoring/2020-09-24_Projet_e-privacy_Allemagne.pdf.

32 2017/0003 (COD), Art. 8 Abs. 1 lit. d; vgl. hierzu *Schleipfer*, ZD 2017, 460, 464; *Rauer/Ettig*, ZD 2018, 255.

33 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0324_DE.html; vgl. hierzu *Herbrich*, jurisPR-ITR 23/2017 Anm. 2.

34 Entwurf der Stellungnahme der aktuellen Ratspräsidentschaft (st9931/20), abrufbar unter: http://downloads2.dodsmonitoring.com/downloads/EU_Monitoring/2020-09-24_Projet_e-privacy_Allemagne.pdf.

35 DSK, Beschluss v. 12. 5. 2020, abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20200526_beschluss_hinweise_zum_einsatz_von_google_analytics.pdf.

36 Vgl. ausführlich *Koreng/Lachenmann*, Formularhandbuch Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2018, Kap. F. I. 7.

37 So bereits Art. 29-Datenschutzgruppe, WP 194, Opinion 04/2012 on Cookie Consent Exemption, S. 7.

38 ICO, Guidance on the use of cookies and similar technologies, 2019, S. 37, abrufbar unter: <https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-pecr/guidance-on-the-use-of-cookies-and-similar-technologies-1-0.pdf>; zudem geht auch der LfDI Baden-Württemberg von einer entsprechenden Einwilligungsbedürftigkeit aus, vgl. dazu krit. *Herbrich*, DSB 2019, 261.

gewährleistet ist. Soweit ohnehin ein Consent-Management-Tool implementiert ist, empfiehlt es sich daher, auch die Einbindung externer Inhalte darin aufzunehmen.

Auch an dieser Stelle ist zu berücksichtigen, dass nach den Kriterien der Entscheidung „Fashion-ID“ auch bei der Einbindung externer Inhalte eine gemeinsame Verantwortlichkeit im Sinne von Art. 26 DSGVO vorliegen kann, wodurch unter anderem entsprechende Informationspflichten ausgelöst werden.

4. Kontaktformulare und Chat-Funktionen

Mit Blick auf die Implementierung von Kontaktformularen auf der Website scheiden sich mittlerweile die Geister: Während die einen vollständig auf Kontaktformulare verzichten und als Kontaktmöglichkeit primär auf die eigene E-Mail verweisen, nutzen die anderen nach wie vor die unterschiedlichsten Formulare. Die datenschutzrechtliche Einordnung derartiger Formulare ist in der Regel deswegen nicht ganz einfach, weil der Website-Betreiber vor dem entsprechenden Kontakt nicht weiß, worum es in der Nachricht geht und ob für den konkreten Kontakt bereits eine gesetzliche Grundlage (wie Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b oder lit. f DSGVO) greift oder ob die Einholung einer Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DSGVO erforderlich ist.³⁹ Darüber hinaus schwebt nach wie vor die umstrittene Entscheidung des OLG Köln aus dem Jahr 2016 im Raum, worin das Gericht fehlende Datenschutzinformationen in Bezug auf ein Kontaktformular beanstandete und dabei missverständlich sowohl auf die Informationspflichten als auch auf ein angebliches Einwilligungserfordernis aus dem TMG verwies.⁴⁰

In der Praxis sind die zum Teil widersprüchlichen und – soweit es darin um eine bloße Information geht auch – unnötigen Tickboxen wieder verschwunden. Stattdessen erfolgt vor dem Absendebutton ein kurzer verlinkter Hinweis auf die Datenschutzerklärung, in welcher der Nutzer insbesondere über den Zweck der Datenverarbeitung und die Rechtsgrundlage informiert wird. Hierbei ist es im Einzelfall denkbar, dass bei einem Kontaktformular stets die Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO greift (z. B. bei einem Kontaktformular in einem Log-in-Bereich, bei welchem mithin in jedem Fall eine irgend geartete Vertragsbeziehung besteht). Bei allgemeinen Kontaktformularen auf der Website wird in der Datenschutzerklärung hingegen in der Regel differenziert und neben Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO als Auffangnorm auf berechnete Interessen nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO verwiesen. Auch wenn aus Transparenzgründen grundsätzlich nur die konkret einschlägige Rechtsgrundlage genannt und derartige Auffangnormen vermieden werden sollten,⁴¹ ist dieses Vorgehen im Falle einer transparenten und leicht verständlichen Erläuterung in der Datenschutzerklärung durchaus ein gangbarer Weg. Denn es kann nicht dem Website-Betreiber zugerechnet werden, dass er im Vorfeld den Grund für die Kontaktaufnahme des Nutzers nicht kennt. Zudem beschränkt sich die Problemlage nicht nur auf Kontaktformulare, sondern stellt sich generell bei jeder Kontaktaufnahme mit dem Unternehmen, d. h. auch bei einer E-Mail.

Neben Kontaktformularen erfreuen sich auch unterschiedliche Chat-Funktionen anhaltender Beliebtheit bei Website-Betreibern. Auch hier gelten die vorstehenden Ausführungen mit der Ergänzung, dass sich bei Chat-Funktionen von Drittanbietern die Informationspflichten auch auf die Einbindung dieses Drittanbieters erstrecken. Insbesondere bei Chat-Bots, die automatisiert in eine Konversation mit dem Nutzer treten, stellt sich darüber hinaus

die Frage nach einer Einwilligung, jedenfalls solange dafür Cookies zu Analysezwecken zum Einsatz gelangen. Im Einklang mit der irischen Datenschutzbehörde ist jedoch eine Berufung auf den Ausnahmetatbestand gem. Art. 5 Abs. 3 S. 2 E-Privacy-RL denkbar, wenn Cookies ausschließlich zur Gewährleistung der Funktionalität des Chat-Bots verwendet werden und die Chat-Bot-Session auf eine Anfrage des Nutzers zurückgeht.⁴²

IV. Social Media

Was den Bereich des Social-Media-Marketings anbelangt, hat der EuGH in den vergangenen zwei Jahren gleich mit zwei Entscheidungen die Verantwortlichkeitsverteilung für das Nutzertracking durch Anbieter Sozialer Medien in Teilen einer Klärung zugeführt.

1. Social-Media-Präsenzen

Mehr als zwei Jahre nach der zunächst recht überraschenden Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Wirtschaftsakademie“⁴³ ist die Rechtslage zur Zulässigkeit des Einsatzes von Social-Media-Präsenzen nach wie vor nicht eindeutig geklärt. In der genannten Entscheidung hatte der EuGH – noch unter Heranziehung der Begriffsbestimmung des Verantwortlichen in Art. 2 lit. d der RL 95/46/EG – entschieden, dass der Betreiber einer Facebook-Fanpage gemeinsam mit der Facebook Ireland Ltd. für die Verarbeitung personenbezogener Daten der Besucher seiner Seite verantwortlich ist.⁴⁴ Die DSGVO verwendet dieselbe Legaldefinition des Verantwortlichen gem. Art. 4 Nr. 7 DSGVO, weshalb die Ausführungen des EuGH einer Übertragung auf die DSGVO zugänglich sind.⁴⁵ Legen zwei oder mehr Verantwortliche die Zwecke und Mittel der Verarbeitung fest, so sind sie gem. Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO gemeinsam Verantwortliche.

Ausschlaggebend waren dabei für den EuGH die folgenden drei Kriterien:⁴⁶ Erstens veranlasst die Einrichtung einer Fanseite Website- und App-Nutzer dazu, das jeweilige Informationsangebot wahrzunehmen. Facebook ist somit in der Lage, über Cookies und ähnliche Tracking-Technologien das Nutzungsverhalten der Besucher zu tracken, unabhängig davon, ob der Besucher selbst einen Facebook-Account besitzt oder nicht. Zweitens ist der Betreiber der Fanseite unmittelbar an der Datenauswertung von Facebook beteiligt, indem er die Kriterien von Auswertungsstatistiken seiner Seite für Facebook bestimmt, die sog. Parametrisierung von Daten. Drittens erhalten Betreiber von Fanseiten demografische Daten ohne Personenbezug zu ihren Zielgruppen. Die im Nachgang der EuGH-Entscheidung zu Fanpages diskutierte Frage,⁴⁷ ob allein das Einrichten einer Facebook-Fanseite eine gemeinsame Verantwortlichkeit auslöst, wird in der abschließenden Entscheidung des BVerwG vom 11. 9. 2019 in der Rechtssache

39 Ausführlich zu Datenschutzanforderungen bei einem Online-Kontaktformular: *Conrad/Hole*, K&R 2019, 761.

40 OLG Köln, 11. 3. 2016 – 6 U 121/15, K&R 2016, 429, Rn. 30.

41 *Conrad/Hole*, K&R 2019, 761, 763.

42 DPC Ireland, Report on the use of cookies and other tracking technologies, 2020, <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2020-04/Guidance%20note%20on%20cookies%20and%20other%20tracking%20technologies.pdf>, S. 3.

43 EuGH, 5. 6. 2018 – C-210/16, K&R 2018, 475 ff. = EuZW 2018, 534 – Wirtschaftsakademie.

44 EuGH, 5. 6. 2018 – C-210/16, K&R 2018, 475 ff. = EuZW 2018, 534, Rn. 44 – Wirtschaftsakademie.

45 GA *Bobek*, Schlussanträge vom 19. 12. 2018 – C-40/17, K&R 2019, 562 ff. Rn. 87 – Fashion ID; *Schulz*, MMR 2018, 421, 422; *Gierschmann*, ZD 2020, 69, 70.

46 *Petri*, EuZW 2018, 540; *Hacker*, MMR 2018, 779.

47 *Hacker*, MMR 2018, 779; *Brüggemann*, CR 2018, 581, 582.

„Wirtschaftsakademie“ fast mit einer Selbstverständlichkeit bejaht.⁴⁸ Es heißt kurz und bündig, dass mit Einrichten einer Fanseite Facebook die Möglichkeit gegeben werde, Cookies zur Nachverfolgung des Nutzerverhaltens auf den Endgeräten der Nutzer zu setzen sowie auszulesen, und dadurch ein maßgeblicher Beitrag zur Verarbeitung personenbezogener Daten von Besuchern einer Fanpage geleistet werde.⁴⁹ Auch ermöglichen die anonymen von Facebook bereitgestellten Besucherstatistiken ganz allgemein die zielgerichtete Ausgestaltung des Informationsangebotes der Fanseiten-Betreiber.⁵⁰

Auch wenn Facebook nach der Entscheidung mit der „Seiten-Insights-Ergänzung“ eine Vereinbarung zur gemeinsamen Verantwortlichkeit zur Verfügung gestellt hat, ist laut deutschen Aufsichtsbehörden ein rechtssicherer Betrieb von Facebook-Fanseiten derzeit nicht möglich.⁵¹ Die Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit hat bereits im November 2018 Fragebögen an Fanseiten-Betreiber zum Umgang mit den datenschutzrechtlichen Anforderungen versendet und der Ankündigung der Einleitung von aufsichtsrechtlichen Maßnahmen Taten folgen lassen.⁵² Beanstandet wird, dass die „Seiten-Insights-Ergänzung“ von Facebook weder als ausreichende Vereinbarung nach Art. 26 Abs. 1 DSGVO noch als ausreichende Information nach Art. 26 Abs. 2 DSGVO zu werten ist. Die betreffenden Verwaltungsverfahren sind bislang noch nicht abgeschlossen.

Darüber hinaus sind allerdings vor den Zivilgerichten derzeit verschiedene Verfahren zu dem Thema anhängig. So hatte die Bundestagsfraktion der Grünen bereits 2018 eine Klage beim LG Hamburg mit Auskunft- und Freistellungsansprüchen für den Fall einer Haftung für Datenschutzverstöße gegen Facebook eingereicht.⁵³ Zur Klärung der bestehenden Rechtsunsicherheiten hat zudem die Verbraucherzentrale Sachsen e. V. gegenüber Facebook eine Unterlassungsklage beim LG Berlin eingereicht, mit dem Ziel, Facebook-Fanseiten nicht ohne Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen aus Art. 26 Abs. 1 und Abs. 2 DSGVO anzubieten.⁵⁴

Anfang des Jahres hat das Thema schließlich noch einmal durch die medienwirksame Bekanntgabe des Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg Stefan Brink zur Deaktivierung des von vielen Datenschutzexperten geschätzten Twitter-Accounts der Aufsichtsbehörde für Aufsehen gesorgt. Anlass des Austritts vom Kurznachrichtendienst Twitter ist auch hier die Annahme des Landesdatenschutzbeauftragten, dass die Behörde gemeinsam mit der Social-Media-Plattform für die Verarbeitung personenbezogener Daten auf der Plattform verantwortlich sei.⁵⁵ Da Social-Media-Plattformen wie Twitter verdeckt im Hintergrund Daten von Nutzern sammeln und auswerten, gebietet die rechtsstaatlich begründete Vorbildfunktion der Aufsichtsbehörde den Austritt von Twitter.⁵⁶ Dadurch wurde eine Grundsatzdebatte bei Regierungsinstitutionen und Behörden ausgelöst, in deren Verlauf insbesondere das zuständige Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz und das Bundespresseamt Prüfungen ihrer Social-Media-Accounts angekündigt haben.⁵⁷ Unterdessen hat sich das Bundespresseamt zu Wort gemeldet und trotz der Entscheidung des EuGH und des BVerwG zur gemeinsamen Verantwortlichkeit von Facebook und Fanseiten-Betreibern entschieden, weiterhin die bislang betriebenen Social-Media-Kanäle zu nutzen.⁵⁸ Dagegen hat etwa die Landesregierung von Sachsen-Anhalt bereits im vergangenen Jahr ihre Social-Media-Präsenz bei Facebook deaktiviert.⁵⁹

Nach derzeitigem Kenntnisstand reicht nach den Kriterien des EuGH und des BVerwG ein mit der Nutzung eines kommerziellen Social-Media-Accounts untrennbar verknüpft Tracking des Nutzerverhaltens zu Analysezwecken aus, um eine gemeinsame Verantwortlichkeit nach Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO zu begründen. Im Zweifel wird man bereits aufgrund der Einrichtung und Unterhaltung einer Social-Media-Präsenz von einer gemeinsamen Verantwortlichkeit i. S. d. Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO ausgehen müssen, wenn der Anbieter das Nutzerverhalten durch Cookies oder vergleichbare Tracking-Technologien nachvollzieht und dem Betreiber einer Social-Media-Präsenz anonyme Statistiken zur Verfügung stellt. In diesem Sinne sprechen sich auch die Aufsichtsbehörden aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten für die Annahme einer gemeinsamen Verantwortlichkeit aus.⁶⁰ Weitere Rechtssicherheit werden erst Entscheidungen in den anhängigen Gerichtsverfahren erzielen können. Ebenso wird erst die abschließende Entscheidung des vorlegenden OLG Düsseldorf⁶¹ in der zweiten Instanz die Fragen zur Rechtmäßigkeit des Betriebs einer Social-Media-Präsenz klären.

2. Social Plugins

Daran anschließend hat sich der EuGH auch in der Entscheidung „Fashion ID“ zur Erfüllung datenschutzrechtlicher Anforderungen im Zuge der festgestellten gemeinsamen Verantwortlichkeit von Website-Betreibern und Facebook für die Datenverarbeitung aufgrund der Einbindung des Facebook „Like-Buttons“ geäußert.⁶² Dabei machte der EuGH erstmals Feststellungen zur Reichweite der gemeinsamen Verantwortlichkeit und versuchte, diese gemeinsame Verantwortlichkeit auf bestimmte Verarbeitungsphasen zu

48 BVerwG, 11. 9. 2019 – 6 C 15.18, K&R 2020, 165 ff., Rn. 21 = NJW 2020, 414, 416.

49 BVerwG, 11. 9. 2019 – 6 C 15.18, K&R 2020, 165 ff., Rn. 21 = NJW 2020, 414, 416.

50 BVerwG, 11. 9. 2019 – 6 C 15.18, K&R 2020, 165 ff., Rn. 21 = NJW 2020, 414, 416.

51 DSK, Positionierung zur Verantwortlichkeit und Rechenschaftspflicht bei Facebook-Fanpages sowie der aufsichtsbehördlichen Zuständigkeit (Stand: 1. 4. 2019), S. 2, abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20190405_positionierung_facebook_fanpages.pdf.

52 Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Mitteilung vom 16. 11. 2018, abrufbar unter: https://www.datenschutz-berlin.de/fileadmin/user_upload/pdf/informationen/2018-BlnBDI-Fragenkatalog_Fanpages.pdf; vgl. zum Umgang mit Fragebögen Herbrich, DSB 2020, 20 f.

53 Die Klageschrift ist abrufbar unter: https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/netzpolitik/180928_Klage_Fb.pdf.

54 Vgl. VZS, Pressemitteilung vom 23. 10. 2018, abrufbar unter: <https://www.verbraucherzentrale-sachsen.de/pressemitteilungen/digitale-welt/verbrauch-erzentrale-sachsen-verklagt-facebook-30961>.

55 Vgl. <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/stefan-brink-daten-schuetzer-raet-behoerden-und-fir-men-zur-abkehr-von-twitter/25381124.html?ticket=ST-2646727-BRDAQV69x9LQRQTVzrG-ap2>.

56 Vgl. eingehend Brink, DSB 2020, 43 ff.

57 Vgl. <https://www.tagesspiegel.de/themen/agenda/unklarheit-ueber-daten-schutz-und-meinungsfreiheit-behoerden-ziehen-sich-aus-sozialen-medien-zurueck/25393444.html>.

58 Vgl. <https://background.tagesspiegel.de/digitalisierung/bundesregierung-wie-gehabt>.

59 Vgl. <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/sachsen-anhalt-bundes-land-steigt-wegen-datenschutz-bei-facebook-aus-a-1272306.html>.

60 EDSA, Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users vom 2. 9. 2020, Rn. 75, abrufbar unter: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202008_onthetargetingofsocialmediausers_en.pdf; ICO, Guidance on the use of cookies and similar technologies, 2019, S. 44, abrufbar unter: <https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-pecr/guidance-on-the-use-of-cookies-and-similar-technologies-1-0.pdf>; AEPD, Guía sobre el uso de las cookies, S. 31 f., abrufbar unter: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-07/guia-cookies.pdf>; vgl. hierzu Herbrich, DSB 2019, 287.

61 Das Verfahren wird unter dem Az: I-20 U 40/16 geführt; vgl. zur Entscheidung der Vorinstanz Herbrich, jurisPR-ITR 16/2016 Anm. 5.

62 EuGH, 29. 7. 2019 – C-40/17, K&R 2019, 562 ff. = MMR 2019, 579, Rn. 85 – Fashion ID.

begrenzen. Der Website-Betreiber sei dann nicht mehr datenschutzrechtlich verantwortlich, wenn die Daten beim Datenpartner Facebook angelangt seien und dort von Facebook zu anderen Zwecken verwendet werden.⁶³

Aufgrund der Implementierung des Facebook Social Plugins in die Website habe Fashion ID jedoch entscheidend die Erhebung und Übermittlung von personenbezogenen Daten beeinflusst, die ohne eine Einbindung des Facebook Plugins nicht erfolgen würden.⁶⁴ In der Zurverfügungstellung durch Facebook und dem Einbau des Skriptes in den Quellcode der Website durch den Website-Betreiber sei über die Mittel der Datenverarbeitung entschieden worden.⁶⁵ Was die Zwecke der Verarbeitung anbelangt, stellte der EuGH klar, dass keine Zweckidentität für eine gemeinsame Verantwortlichkeit erforderlich ist, vielmehr sollen beiderseitig stillschweigend verfolgte wirtschaftliche Interessen ausreichen.⁶⁶ Im Einzelnen ermögliche die Einbindung des Facebook Plugins, die Werbung für Produkte zu optimieren.⁶⁷ Um in den Genuss dieses wirtschaftlichen Vorteils zu kommen, willige der Website-Betreiber zumindest stillschweigend in die Weitergabe durch Übermittlung der Daten ein.⁶⁸ Auch wenn Facebook die Entscheidung über die Verarbeitung der Daten zu anderen Zwecken allein treffe, stünden die Verarbeitungsvorgänge im beiderseitigen wirtschaftlichen Vorteil, da darin die Gegenleistung für die von Website-Betreibern gebotenen Vorteile liegt.⁶⁹

Vor diesem Hintergrund ist z. B. bei Implementierung von klassischen Analyse- oder Remarketing-Diensten in eine Website davon auszugehen, dass Website-Betreiber und Drittanbieter als gemeinsame Verantwortliche i. S. d. Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO einzuordnen sind.⁷⁰ Insbesondere ist im Fall der Nutzung von Remarketing-Anwendungen zur Ausspielung personalisierter Werbeanzeigen die Nähe der von Drittanbietern und Website-Betreibern verfolgten Zwecke noch größer.⁷¹

Immerhin hat sich der EuGH für eine Beschränkung der Reichweite der gemeinsamen Verantwortlichkeit auf bestimmte Verarbeitungsphasen ausgesprochen, um einer Ausuferung der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit entgegenzuwirken. Dennoch ist zumindest für die Phasen der Erhebung und Übermittlung nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO nicht nur der Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung erforderlich, sondern dem Nutzer muss gem. Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO auch das Wesentliche der Vereinbarung zur Verfügung gestellt werden. Vor allem kann sich eine Verletzung der besonderen Informationspflicht aus Art. 26 Abs. 2 S. 2 DSGVO – entsprechend der bisherigen Linie in der Rechtsprechung – auf die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung durchschlagen⁷² und einen Unterlassungsanspruch begründen.⁷³ Denn fehlende oder unvollständige Informationspflichten bedingen einen Verstoß gegen den allgemeinen Transparenzgrundsatz aus Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO, wie Erwägungsgrund 39 S. 3 DSGVO impliziert.

3. Fazit

Die Entscheidungen des EuGH offenbaren somit eine klare Linie: Wer ein soziales Netzwerk aktiv nutzt – sei es durch den Betrieb einer Fanpage, sei es durch die Implementierung von Programmcodes des Netzwerkes auf der eigenen Website – und dadurch die Datenverarbeitung durch einen Dritten ermöglicht, der ist mit diesem Dritten auch gemeinsam verantwortlich. Für die Frage der gemeinsamen Verantwortlichkeit spielt es keine Rolle, ob der Website- oder App-Betreiber Zugriff auf die übermittelten Daten erhält

oder nicht.⁷⁴ Ebenso ist es unerheblich, ob eine gleichwertige Verarbeitung zwischen den Beteiligten vorliegt.⁷⁵

V. Newsletter

Auch dank der Umsetzung der DSGVO sind die rechtlichen Grundvoraussetzungen zum Newsletter-Versand mittlerweile den meisten Unternehmen bekannt. In Umsetzung der E-Privacy-RL gilt gem. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG bereits seit 2008 ein strenges Einwilligungserfordernis für den Versand von E-Mail-Werbung. Einziger Ausnahmefall war und ist gem. § 7 Abs. 3 UWG die E-Mail-Werbung für Bestandskunden, die allerdings nur unter engen Voraussetzungen zulässig ist. Die Bestimmungen in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG und § 7 Abs. 3 UWG zum E-Mail-Marketing finden dabei unabhängig davon Anwendung, ob Empfänger elektronischer Post Verbraucher oder Unternehmer sind; auch im B2B-Bereich sind mithin dieselben Vorgaben zu beachten.⁷⁶

Auch wenn sich durch die DSGVO an dieser Rechtslage nichts geändert hat, haben zahlreiche Unternehmen im Mai 2018 kurz vor Wirksamwerden der DSGVO ihren Adressbestand überprüft und zum Teil sogar die jeweiligen Empfänger von Newslettern per E-Mail um eine ausdrückliche Einwilligung ersucht. Dass es sich jedoch auch bei dieser E-Mail um schon nach bestehender Rechtslage unzulässige E-Mail-Werbung handelte, war offenbar nur den wenigsten bewusst. Auch wenn es daraufhin offenbar nicht zu einer großen Klagewelle kam, offenbart eine Entscheidung des AG Diez vom November 2018, dass entsprechende Mails durchaus Ausgangspunkt für Gerichtsverfahren waren, auch wenn im konkreten Verfahren ein darauf gestützter Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DSGVO abgelehnt wurde.⁷⁷

63 EuGH, 29. 7. 2019 – C-40/17, K&R 2019, 562 ff., Rn. 76 = MMR 2019, 579, 582 – Fashion ID.

64 EuGH, 29. 7. 2019 – C-40/17, K&R 2019, 562 ff., Rn. 77 f. = MMR 2019, 579, 582 – Fashion ID.

65 EuGH, 29. 7. 2019 – C-40/17, K&R 2019, 562 ff., Rn. 77 = MMR 2019, 579, 582 – Fashion ID.

66 Vgl. EuGH, 29. 7. 2019 – C-40/17, K&R 2019, 562 ff., Rn. 80 = MMR 2019, 579, 582 – Fashion ID.

67 EuGH, 29. 7. 2019 – C-40/17, K&R 2019, 562 ff., Rn. 80 = MMR 2019, 579, 582 – Fashion ID.

68 EuGH, 29. 7. 2019 – C-40/17, K&R 2019, 562 ff., Rn. 80 = MMR 2019, 579, 582 – Fashion ID.

69 EuGH, 29. 7. 2019 – C-40/17, K&R 2019, 562 ff., Rn. 80 = MMR 2019, 579, 582 – Fashion ID.

70 Vgl. ausführlich dazu: *Nacimiento/Küll*, K&R 2018, 528, 529; *Spittka/Mantz*, NJW 2019, 2742, 2745, *Lee/Cross*, MMR 2019, 559; vgl. zum Marketing-Tool Facebook Custom Audiences *Herbrich*, jurisPR-ITR 16/2018 Anm. 2.

71 Vgl. auch EDSA, Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users vom 2. 9. 2020, Rn. 39, abrufbar unter: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202008_onthetargetingofsocialmedia_users_en.pdf.

72 Der EuGH hat wiederholt entschieden, dass „jede Verarbeitung personenbezogener Daten [...] den in Art. 6 der RL aufgestellten Grundsätzen in Bezug auf die Qualität der Daten und einem der in Art. 7 der RL aufgeführten Grundsätze in Bezug auf die Zulässigkeit der Verarbeitung von Daten genügen“ muss, st. Rspr. EuGH, 29. 7. 2019 – C-40/17, K&R 2019, 562 ff. = MMR 2019, 579, 583 – Fashion ID; EuGH, 1. 10. 2015 – C-201/14, ZD 2015, 577, Rn. 30 f. – *Bara m. Anm. Petri*; EuGH, 24. 11. 2011 – C-468/10, C-469/10, K&R 2012, 40 ff. = ZD 2012, 33, Rn. 26 – ASNEF und FECEMD.

73 Vgl. BGH, 5. 10. 2017 – IZR 7/16, K&R 2018, 54, Rn. 31 f. – Cookie-Einwilligung; offen gelassen in BGH, 28. 5. 2020 – IZR 7/16, K&R 2020, 611, Rn. 65 – Cookie-Einwilligung II.

74 EuGH, 29. 7. 2019 – C-40/17, K&R 2019, 562 ff., Rn. 69 = MMR 2019, 579, 581 – Fashion ID.

75 EuGH, 5. 6. 2018 – C-210/16, K&R 2018, 475 ff., = EuZW 2018, 534, Rn. 38 – Wirtschaftsakademie.

76 *Schöler*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 4. Aufl. 2016, § 7 Rn. 322; *Schirmbacher/Schätzle*, WRP 2014, 1143.

77 AG Diez, 7. 11. 2018 – 8 C 130/18, K&R 2019, 284 f. = ZD 2018, 85.

An der bestehenden Rechtslage wird sich dem Grunde nach auch durch die E-Privacy-VO nichts ändern. Einzig und allein die konkreten Voraussetzungen der Bestandskundenwerbung divergieren in den unterschiedlichen Entwürfen geringfügig.⁷⁸ So verzichtet beispielsweise der Entwurf des Parlaments auf die Einschränkung der „ähnlichen“ Produkte und Dienstleistungen. Der Rat schlägt hingegen in dem aktuellen Vorschlag eine Ergänzung vor, wonach die Mitgliedstaaten eine zeitliche Befristung der Bestandskundenwerbung einführen können.

Nach wie vor wenig Beachtung findet überraschenderweise das Thema Auswertung des Nutzerverhaltens beim Newsletter-Tracking mittels Zählpixel. Das sind Ein-Pixel-Bilder, die in den versendeten Newslettern implementiert werden. Dabei wird in der Regel der Name der Bild-Datei für jeden Empfänger des Newsletters individualisiert, indem eine eindeutige ID angehängt wird und so eine Nachvollziehung des Nutzungsverhaltens ermöglicht. Lediglich in einem Verfahren vor dem LG Wiesbaden⁷⁹ spielte die Frage eine Rolle, wobei es in dem in diesem Zusammenhang veröffentlichten Beschluss nur um den Streitwert für den individualrechtlichen Unterlassungsanspruch (in dem Fall 15 000 Euro) ging. Nach der Entscheidung „Cookie-Einwilligung II“ dürfte jedoch auch für Tracking-Technologien in Newslettern in der Regel ein Einwilligungserfordernis bestehen. Aufgrund der Notwendigkeit der Freiwilligkeit einer Einwilligung gem. Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 Abs. 4 DSGVO sollte für das Newsletter-Tracking im Idealfall neben der Einwilligung für den Newsletter-Versand eine gesonderte Einwilligung abgefragt werden. Denn eine Einwilligung gilt nach Erwägungsgrund 43 S. 2 DSGVO dann nicht als freiwillig erteilt, wenn sie zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten nicht gesondert erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist.⁸⁰ Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass sich die wettbewerbsrechtliche Ausnahme vom Einwilligungserfordernis für Bestandskundenwerbung nach § 7 Abs. 3 UWG nicht auf das Tracking von Newslettern erstreckt, die im Rahmen der Bestandskundenwerbung versendet werden.

VI. Fazit und Ausblick

Entgegen aller Hoffnungen haben bislang weder die Entscheidungen der Gerichte noch die Stellungnahmen der Datenschutzbehörden zu einer umfassenden Klärung der offenen Rechtsfragen geführt. Zwar steht mit der Entscheidung „Cookie-Einwilligung II“ vorläufig fest, dass die Einbindung von Analyse- und Werbetacking grundsätzlich einer Einwilligung bedarf. Die rechtssichere Ausgestaltung solcher Einwilligungen ist jedoch auf Grund der zahlreichen ungeklärten Detailfragen kaum möglich. Ob die nun wieder aufgenommenen Verhandlungen zur E-Privacy-VO hier Klarheit bringen, bleibt abzuwarten. Dass die Flut an Consent-Management-Tools im Online-Marketing vielleicht nicht der Weisheit letzter Schluss sind, zeigt sich insbesondere an der umgreifenden Cookie-Fatigue, die dazu führt, dass entsprechende Einwilligungen mittlerweile fast automatisch abgegeben werden. Dies gilt insbesondere für Consent-Management-Tools, bei welchen auf der ersten Seite nicht alle einwilligungsbedürftigen Funktionen abgelehnt werden können. Selbst datenschutzrechtlich motivierte Nutzer verlieren hier nach und nach die Lust, erst auf einer zweiten Seite die entsprechende Auswahl vorzunehmen. Gerade vor diesem Hintergrund wäre wünschenswert, dass sowohl Rechtsprechung als auch Datenschutzbehörden möglichst schnell einheitliche Standards voranbringen, die einerseits für die notwendige Transparenz beim Nutzer sorgen und andererseits auch dem Website-Betreiber klare Leitlinien geben, wie durchaus gängige Funktionen datenschutzrechtskonform eingesetzt werden können.

78 Vgl. Art. 16 der Entwürfe für die E-Privacy-VO: Gegenüberstellung der Entwürfe der Kommission und des Parlamentes, abrufbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0324+0+DOC+XML+V0//DE>; Entwurf der Stellungnahme der aktuellen Ratspräsidentschaft (st9931/20), abrufbar unter: http://downloads2.dodsmonitoring.com/downloads/EU_Monitoring/2020-09-24_Projet_e-privacy_Alemagne.pdf; vgl. auch *Gierschmann*, MMR 2018, 7, 9.

79 LG Wiesbaden, 14. 5. 2020 – 8 O 94/19, ZD 2020, 415 m. Anm. *Breyer*.

80 DSK, Orientierungshilfe für Anbieter von Telemedien, Stand: März 2019, S. 10, abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tmng.pdf.

RA Dr. Jan-Michael Grages, Hamburg*

Recht auf Vergessenwerden: Der BGH schärft die Konturen

Zugleich Kommentar zu BGH, Urt. v. 27. 7. 2020 – VI ZR 405/18, K&R 2020, 749 ff. und BGH, Beschl. v. 27. 7. 2020 – VI ZR 476/18, K&R 2020, 755 ff. (beide in diesem Heft)

Beim „Recht auf Vergessenwerden“ ergänzt und überlagert das europäische Datenschutzrecht die nationalen Gewährleistungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Betroffene gewinnen neue Möglichkeiten, um gegen Verweise auf missliebige Berichterstattung im Internet vorzugehen. Seit dem wegweisenden EuGH-Urteil „Google Spain“ ergehen hierzu regelmäßige Entscheidungen, die

die Vorgaben weiterentwickeln, zuletzt insbesondere die beiden Entscheidungen „Recht auf Vergessen I“ und „Recht auf Vergessen II“ des BVerfG. Der VI. Zivilsenat des BGH konturiert den Anspruch und seine Anwendung nun mit zwei weiteren Entscheidungen. Die Richtung ist

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.