

# DATENSCHUTZ- BERATER

» Ihr zuverlässiger Partner für Datenschutz und Datensicherheit

**Chefredakteur: Dr. Carlo Piltz**

**Schriftleitung: Dr. Alexander Golland, Tilman Herbrich, Philipp Quiel, Laurenz Strassemer**

## Datenschutz im Fokus

---

### Betriebsvereinbarungen und Datenschutz

Die Gestaltung von Betriebsvereinbarungen und der Sinn einer Rahmenvereinbarung

Seite 116

### Der Fund in einer öffentlichen Behörde oder Verkehrsanstalt aus Sicht des Datenschutzes

Welche Vorgaben sind bei der Handhabung von Fundsachen zu beachten?

Seite 118

### Überprüfung und Aktualisierung von Datenschutzmaßnahmen gem. Art. 24 DSGVO

Mögliche Ansätze zur Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen

Seite 122

## Fragen aus der Praxis

---

### Datenschutzrechtliche Fragen zu den neuen „Corona-Arbeitsschutzstandards“

Datenschutzrechtliche Compliance bei der Umsetzung der neuen Maßnahmen

Seite 124

## Aktuelles aus den Aufsichtsbehörden

---

### Data Protection Commission: Report über die Nutzung von Cookies und ähnlichen Tracking-Technologien

Seite 126

## Rechtsprechung

---

### Auftragsverarbeitung und Vertragsdurchführung bei der Forderungsabtretung an Inkassounternehmen

Seite 128

■ Stichwort / Nachrichten Seite 110 ■ Service Seite 132

Tilman Herbrich

# Data Protection Commission: Report über die Nutzung von Cookies und ähnlichen Tracking-Technologien

Die irische Aufsichtsbehörde, „Data Protection Commission“ (DPC), hat am 6. April 2020 einen Prüfbericht über die Nutzung von Cookies und ähnlichen Tracking-Technologien veröffentlicht. In dem Report wurde die Datenschutzkonformität von Cookies auf 40 Websites aus unterschiedlichen Branchen auf den Prüfstand gestellt. Die Prüfung hat ergeben, dass lediglich zwei Verantwortliche in puncto Compliance mit grün eingestuft werden konnten. Während die Einwilligungslösungen für die Nutzung von Cookies bei zwanzig Verantwortlichen als verbesserungswürdig beanstandet wurden, bescheinigte die DPC zwölf Verantwortlichen eine Rechtswidrigkeit ihrer Consent-Tools.

## Anwendbares Recht in Irland

Anders als hierzulande wurden die Vorgaben von Art. 5 Abs. 3 Richtlinie 2002/58/EG i. d. F.d. RL 2009/136/EG (ePrivacy-RL) ausdrücklich in irisches Recht durch die „Regulations 2011 (S.I. No. 336 of 2011)“ umgesetzt. Danach ist die Speicherung von und der Zugriff auf Endgeräteinformationen mithilfe von Cookies oder ähnlichen Technologien (z. B. „Zählpixel in Werbemitteln oder E-Mails“) nur mit einer Einwilligung des Nutzers zulässig. Die ePrivacy-RL findet aufgrund der Kollisionsregel in Art. 95 DSGVO zum Verhältnis der DSGVO und der ePrivacy-RL vorrangig Anwendung.

## Ausnahmen vom Einwilligungserfordernis

In Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePrivacy-RL sind Ausnahmen von der Einwilligung für die Durchführung und Erleichterung der Übertragung einer Nachricht sowie für die unbedingt notwendige Bereitstellung eines vom Teilnehmer oder Nutzer gewünschten Dienstes der Informationsgesellschaft (z. B. Warenkorbfunktion) festgeschrieben. Laut DPC verkennen Verantwortliche häufig die Tragweite der restriktiv auszuliegenden Ausnahmvorschrift, z. B. wenn Tracking-Dienste zu Analyse Zwecken, ungeachtet davon, ob sie lokal oder als 3rd Party-Lösung implementiert wurden, eingesetzt und als „unbedingt notwendig“ eingestuft werden. Denkbar sei die Berufung auf den Ausnahmetatbestand jedoch für das Setzen eines Cookies für eine Chatbot-Session, die auf eine Anfrage des Nutzers zurückgehe.

## Einwilligungsmechaniken von Consent-Tools

Für die Wirksamkeit einer Einwilligung ist nach Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL und den nationalen Umsetzungen auf die Vorgaben von Art. 4 Nr. 11, Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) und Art. 7 DSGVO (vgl. Verweis in Art. 2 lit. f) ePrivacy-RL) ab-

zustellen. Ebenso wie die Datenschutzkonferenz (DSK), ICO und CNIL vertritt die DPC eine vergleichsweise strenge Auslegung, lässt zugleich indes einige Abschwächungen erkennen. Entgegen früherer Behauptungen der DPC und Erwägungen der spanischen Aufsichtsbehörde (AEPD) reiche eine konkludente Handlung, etwa durch Weitersurfen oder Navigieren auf einer Website oder in einer App, für die Zustimmung zu Cookies und anderen Tracking-Technologien nicht aus. Unter Bezugnahme auf das EuGH-Urteil „Planet49“ (C-673-17) seien auch bereits aktivierte Schaltflächen als unzulässig einzustufen.

Gleichwohl scheint die DPC, anders als etwa die dänische und belgische Aufsichtsbehörde, es für ausreichend zu erachten, wenn neben einem Button „zustimmen“ lediglich ein Button mit „erweiterten Einstellungen“ für spezifische Zustimmungen vorgehalten wird und keine explizite Ablehnungsmöglichkeit auf dem 1st Layer vorgesehen ist. Unzulässig seien jedoch fehlende Deaktivierungsoptionen für Cookies auf dem 2nd Layer oder Nudging-Ansätze (sog. Dark Patterns), die aufgrund des Webdesigns oder bewusster Fehlfunktionen den Nutzer zur Zustimmung für alle Tracker verleiten. Als Beispiele für unzulässige Dark Patterns nennt die DPC etwa Farbillusionen (grün für ablehnen oder rot für zustimmen). Generell verlangt die Behörde eine Beschriftung der Schaltflächen, weil z. B. bis zu 8 % der männlichen Nutzer an einer Rot-Grün-Sehschwäche litten, die eine Einwilligung negativ beeinflusse.

Ähnlich wie die AEPD hält die DPC auf dem 2nd Layer lediglich Zustimmungsoptionen für einzelne Zwecke für ausreichend und fordert keine Auswahl für einzelne Drittanbieter. Dass dennoch alle Empfänger anzugeben sind, zeigt die EuGH-Entscheidung „Planet49“ (C-673-17). Im Übrigen befindet sich DPC auf einer Linie mit den anderen Aufsichtsbehörden und Datenschutzgremien.

## Besondere Kategorien personenbezogener Daten

Schärfer als viele andere Aufsichtsbehörden beurteilt die DPC Nutzerdaten, die über z. B. Facebook-Pixel auf Websites mit Gesundheitsbezug (z. B. einer Krankenversicherung) erfasst werden, als besondere Kategorien personenbezogener Daten (Art. 9 Abs. 1 DSGVO). Für die Verarbeitung der Nutzerdaten durch Werbenetzwerke wie Facebook oder Google (DoubleClick) zur Ausspielung nutzungsbasierter Werbeanzeigen, ist nach Ansicht der DPC

in diesen Fällen eine „ausdrückliche“ Einwilligung erforderlich (Art. 9 Abs. 2 lit. a) DSGVO).

Ähnlich verwies die ICO in dem „ICO AdTech Fact-Finding Forum 2“ im November 2019 auf die Problematik, dass bei AdTech-Anwendungen und Real-Time-Bidding Systemen in Gebotsanfragen (Bid-Requests) neben Nutzerdaten inhaltspezifische Kategorien gespeichert werden, die Rückschlüsse auf besondere Kategorien personenbezogener Daten zuließen. Solche Inhaltstaxonomien z.B. der IAB (content taxonomy v.2.0) und von Google (publisher verticals) beinhalten hunderte gesundheitsbezogener Angaben. Die ICO ist der Ansicht, dass solche Informationen bzgl. der „Inhaltstaxonomie“ innerhalb eines Bid-Requests als besondere Kategorien personenbezogener Daten anzusehen sind, für die nur eine ausdrückliche Einwilligung nach Art. 9 Abs. 2 lit. a) DSGVO als Rechtfertigungstatbestand in Betracht kommt.

### Gemeinsame Verantwortlichkeit

Nachholbedarf sieht die Aufsichtsbehörde branchenübergreifend vor allem bei der Erfüllung der Vorgaben aus Art. 26 DSGVO im Fall einer gemeinsamen Verantwortlichkeit. Im Lichte der EuGH-Entscheidung „Fashion ID“ (C-40/17) müssten Verantwortliche vor allem den Einsatz von Drittanbieter-Diensten und Plugins genau prüfen und im Einzelfall bislang geschlossene Auftragsverarbeitungsverträge durch Vereinbarungen über die gemeinsame Verantwortlichkeit ersetzen. Ausdrücklich als „Joint Controller“ stufte die DPC etwa Plattformen oder Apps von Liefer-

diensten mit den entsprechenden Restaurants in Bezug auf die Datenverarbeitung während des Bestellvorgangs ein. Demgegenüber trage der Lieferdienst eine alleinige Verantwortlichkeit für die Verarbeitung von Nutzerdaten innerhalb seiner Plattform oder App.

### Ausblick

Die DPC kündigt in ihrem Bericht, ebenso wie zuvor bereits die ICO und CNIL, breit angelegte Kontrollen und Sanktionen gegenüber Verantwortlichen an, sollten die Empfehlungen der Behörde nicht umgesetzt werden. Bei den deutschen Aufsichtsbehörden fehlt es bislang an einer bundesweiten Abstimmung, die nicht zuletzt der föderalen Struktur geschuldet ist. Hierzulande wartet man gespannt auf die für den 28.05.2020 anberaumte Verkündung der BGH-Entscheidung „Planet49“, die abschließend die Frage klären wird, ob die Regelungen in § 15 TMG im Wege einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung als Einwilligung entsprechend Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL für die Verarbeitung von Endgeräteinformationen auszulegen sind.

**Autor:** Tilman Herbrich (CIPP/E) ist Teil der Schriftleitung und Rechtsanwalt bei Spirit Legal in Leipzig. Als Privacy Expert berät er Unternehmen bei der Nutzung neuer Werbetechnologien im Einklang mit dem Europäischen Datenschutz- und Wettbewerbsrecht.



Frank Trautwein

Philipp Heindorff

## FRESH COMPLIANCE

\_data\_privacy\_tech

Datenschutz mal anders.  
Praxisnah und geschäftsorientiert.

tel 030-92148707  
info@freshcompliance.de

**freshcompliance.de**  
**dsgvo-chatbot.de**