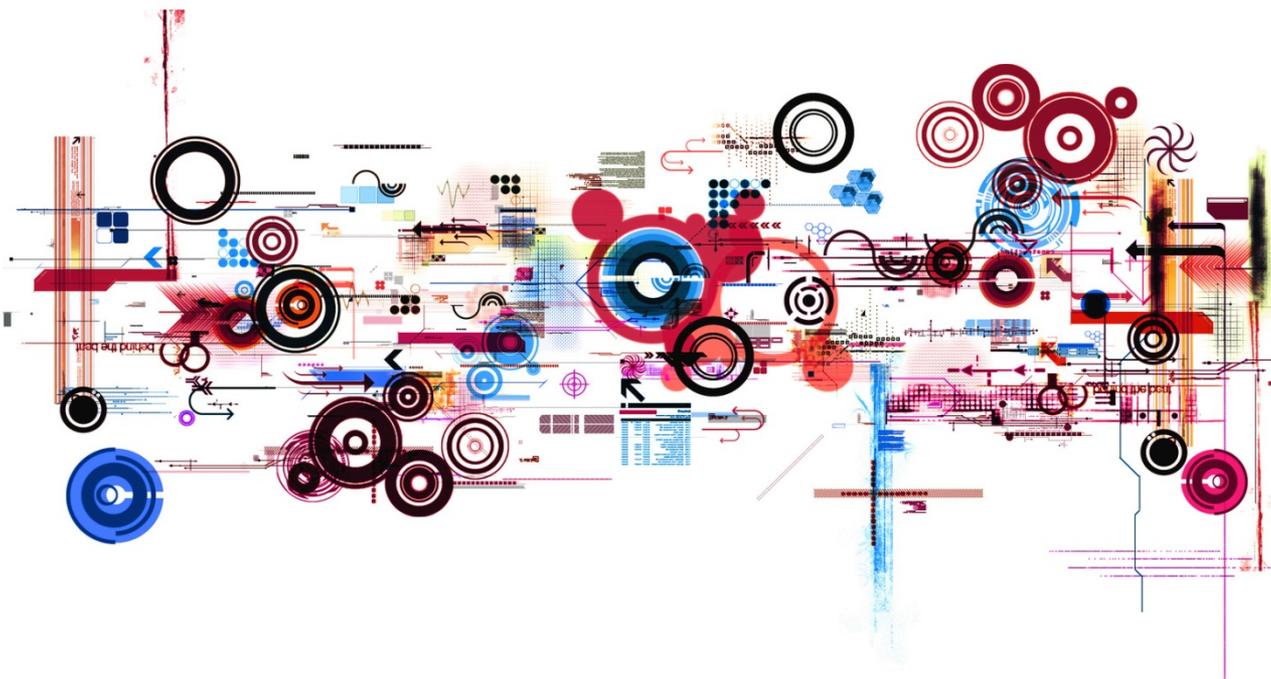


Tracking, Profiling und Targeting

Cookies & Co. aus rechtlicher Sicht



Cookie-Definition der Rsprg

- EuGH, Urteil vom 05. Juni 2018 – C-210/16, anhängig BVerwG, 6 C 15/18: Betreiber von Facebook-Fanpages können mit Hilfe der Funktion *Facebook Insight*, die ihnen Facebook als nicht abdingbaren Teil des Benutzungsverhältnisses kostenfrei zur Verfügung stellt, *anonymisierte statistische Daten* betreffend die Nutzer dieser Seiten erhalten. Facebook erhält darüber hinaus personenbezogene Daten der Besucher, die Facebook behält.
- Diese Daten werden **mit Hilfe sogenannter Cookies** gesammelt, die jeweils einen **eindeutigen Benutzercode** enthalten, der für *zwei Jahre aktiv* ist und den Facebook **auf der Festplatte des Computers der Besucher der Fanpage speichert**. Der Benutzercode, der mit den Anmeldungsdaten solcher Nutzer, die bei Facebook registriert sind, *verknüpft werden kann*, wird beim Aufrufen der Fanpages erhoben und verarbeitet.
- Weder der Betreiber der der Fanpage noch die Facebook Ireland Ltd haben auf die Tatsache der Speicherung und die Funktionsweise dieses Cookies oder die nachfolgende Datenverarbeitung hingewiesen.
- LDA ordnete als Kontrollstelle (noch nach Art. 28 der RiLi 95/46 ggü. Betreiber nach § 38 Abs. 5 Satz 1 BDSG a.F. an, die von dieser betriebene Fanpage zu deaktivieren
- **Betreiber** nach ursprgl. Meinung BVerwG selbst nicht **verantwortliche Stelle** (§ 3 Abs. 7 BDSG a.F.), aber **schon nach EuGH** („weite Auslegung zwecks Persönlichkeitsschutz“). Kein **Vorrang irischer Datenschutzbehörde** ggü deutscher Kompetenz, auch soweit deutsche Facebook-Tochter im Inland „nur“ Marketing betreibt.

DSGVO vs. TMG

- DSGVO hat Vorrang vor dem (noch) bestehenden nationalen Recht, daher §§ 12, 13, 15 TMG allenfalls noch als Konkretisierung zulässig
- Abschnitt 4 des TMG stellt keine Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie dar. Daher auch kein Anwendungsvorrang des TMG auf Basis des Artikels 95 DSGVO
- ePrivacy-Richtlinie nicht direkt anwendbar
- Daher aktuelle Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Zwecken des Trackings, Profilings und Targetings nur **Artikel 6 Abs. 1 lit. a), b) und f) DSGVO**

Cookie-Voraussetzungen

- (Art. 6 I lit. b DSGVO) **Vertragserfüllung** / Anbahnung oder **berechtigtes Interesse** (Art. 1 I lit. f DSGVO)
 - zB, wenn **technisch erforderlich**, um eine Nachricht zu übertragen oder einen Telemediendienst zur Verfügung zu stellen, etwa bei Warenkörben im elektronischen Handel oder bei Anpassungen der Benutzeroberfläche (zB smartphone- oder PC-optimierte Webseiten)
 - Ungeklärt, inwieweit **Tracking, Profiling** und **Targeting** auf Interessenabwägung nach Artikel 6 Absatz 1 lit. f) gestützt werden können. EWG 47 DSGVO betont, dass bei der erforderlichen Güterabwägung die *vernünftigen Erwartungen* der betroffenen Person, die auf ihrer *angemessenen* Beziehung zu dem Verantwortlichen beruhen, zu berücksichtigen sind.
 - Aber laut D21 Digital Index 2017/2018 wissen nur 58 Prozent der über 14-Jährigen in etwa, was ein Cookie überhaupt ist.

Cookie-Voraussetzungen

- Aber: Zwischen dem Betroffenen und dem Verantwortlichen bestehen außerhalb von Kundenverhältnissen meist keine *angemessenen* Beziehungen im Sinne des EWG 47 DSGVO
- Im Gegenteil übermitteln nahezu alle Top-Webseiten Daten nicht nur an sich, sondern auch an Drittanbieter oder laden Code von Dritten (Tracking-Frameworks) auf die Geräte der Nutzer
- EWG 47 DSGVO besagt lediglich, dass eine solche Verarbeitung als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden *kann*. Anders als etwa die Betrugserkennung wird Direktwerbung hingegen *nicht automatisch* als berechtigtes Interesse anerkannt.
- Würden Internetwerbeformen wie das Targeting unter den Begriff der „Direktwerbung“ fallen, müssten auch die strengen Vorgaben des künftigen Artikels 16 ePVO auf diese Werbeformate angewendet werden. Dies scheint jedoch politisch unerwünscht.

Stets zu erfüllende Bedingungen

- Erste Voraussetzung ist immer eine Rechtfertigung nach Art. 6 I DSGVO. Daran schließen sich alle weiteren Voraussetzungen an:
- Art. 12 DSGVO:
 - Der Verantwortliche trifft geeignete Maßnahmen, um der betroffenen Person alle Informationen gemäß den Art. 13 und 14 (...) 15 bis 22, Art. 34 (...) in präziser, **transparenter, verständlicher** und **leicht zugänglicher** Form in **einer** klaren und einfachen Sprache zu übermitteln;
- Art. 13 DSGVO:
 - Werden personenbezogene Daten bei der betroffenen Person erhoben, so teilt der Verantwortliche der betroffenen Person **zum Zeitpunkt der Erhebung** dieser Daten Folgendes mit: (es folgt die gesamte Datenschutzaufklärung)
- Sofern personenbezogene Daten verarbeitet werden (ganz egal ob Tracking, Profiling, Targeting oder etwas anderes), muss demnach die Datenschutzaufklärung **bei allen Varianten** technisch so erfolgen, dass der Betroffene bereits bei Beginn der Erhebung schon aufgeklärt ist.
 - Geht die erwünschte Erhebung über das Maß der **Vertragserfüllung** oder des **berechtigten Interesses** hinaus, muss **zusätzlich** eine **Einwilligung** vorliegen, um Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO „herzuleiten“
 - Die Maßnahme **darf technisch nicht beginnen**, bevor der Nutzer (aufgeklärt) zugestimmt hat. Ein „leerer“ Cookie-Hinweis ohne dahinter geschaltete Funktionalität reicht nicht
 - Sollen sowohl technisch erforderliche als auch solche Cookies gesetzt werden, die nur dem Verwender einen „Mehrwert“ bringen, muss die Webseite differenzieren und möglichst einzelne Einwilligungen für jede einzelne Maßnahme vorsehen (z.B. per Schieberegler)

Berechtigtes Interesse Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO

- um einen vom Nutzer angeforderten Dienst nach den Bedürfnissen der Nutzer zu
- gestalten (wie zum Beispiel eine **vom Nutzer gewünschte** Personalisierung der Angebote),
- für die statistische Zählung des eigenen Webpublikums bzw. der Reichweitenmessung, um den Nutzungsumfang der eigene Angebote abschätzen zu können,
- um Werbung für eigene Produkte zu schalten und um die Wirksamkeit der Werbung zu analysieren;
- und dabei **bei allen Varianten kumulativ neben den allgemeinen Vorgaben der DSGVO** erfüllen, dass:
 - die Datenverarbeitung durch den Verantwortlichen selbst oder im Rahmen einer Auftragsverarbeitung durchgeführt wird,
 - personenbezogene Daten Dritten nicht offengelegt werden und Profile nicht mit Informationen aus Drittquellen angereichert oder über verschiedene Kontexte hinweg verkettet werden,
 - die Betroffenen über wirksame Möglichkeiten verfügen, der Datenverarbeitung umfassend, vollständig, einfach und auf Dauer zu widersprechen,
 - vom Verantwortlichen Widersprüche mittels automatisierter Verfahren (wie dem Do-Not-Track-Standard) akzeptiert werden,
 - die Verarbeitung für die Betroffenen transparent ist,
 - sie auf ihr Widerspruchsrecht hingewiesen wurden,
 - lediglich pseudonyme Daten verarbeitet werden,
 - keine Rückschlüsse auf besondere Kategorien personenbezogener Daten gezogen werden können,
 - und die Daten unverzüglich nach Zweckerfüllung anonymisiert oder gelöscht werden.

Einwilligung Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO

- EWG 32:
 - Einwilligung **durch eine eindeutige bestätigende Handlung**, mit der freiwillig, für den konkreten Fall, in **informierter Weise** (...) bekundet wird, dass die betroffene Person mit der Verarbeitung (...) einverstanden ist, schriftlich, elektronisch oder mündlich,
 - etwa durch **Anklicken eines Kästchens** beim Besuch einer Internetseite oder durch eine andere Erklärung (...).
 - **Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person sind keine Einwilligung.**
 - Die Einwilligung ist zweckgebunden. Wenn sie **mehreren Zwecken** dient, braucht es **für alle** diese Verarbeitungszwecke **einzelne Einwilligungen**. Wird die betroffene Person auf elektronischem Weg zur Einwilligung aufgefordert, so muss die Aufforderung in klarer und knapper Form (...) erfolgen.
- Cookie-Hinweis muss daher **alle** Cookies i.S.e. Datenschutzerklärung beschreiben **und zusätzlich** für alle einwilligungspflichtigen Cookies einen Kästchen/Schiebereglern etc. vorsehen
- Eine Funktion, die ohne weitere Warnhinweise beim bloßen Wegklicken oder Schließen des Fensters so tut, als wären alle notwendigen Einwilligungen erteilt, reicht m.E. nicht

Einwilligung Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO

- EWG 42 und 43:
 - Die Einwilligung ist nur dann freiwillig erteilt, wenn die Person eine **echte oder freie Wahl** hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, **ohne Nachteile zu erleiden**.
 - Um sicherzustellen, dass die Einwilligung freiwillig erfolgt ist, sollte diese in besonderen Fällen, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein **klares Ungleichgewicht** besteht (...) und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde, **keine gültige Rechtsgrundlage** liefern.
 - Die Einwilligung gilt **nicht als freiwillig** erteilt, wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten **nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist,**
 - oder wenn die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung abhängig ist, **obwohl** diese Einwilligung für die Erfüllung **nicht erforderlich** ist.

Anspruchsgrundlagen und praktische Erwägungen

- Datenschutzrechtliche Vorschriften, die die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten zu kommerziellen Zwecken regeln, gehören zu den Verbraucherschutzgesetzen i.S.v. § 2 II Nr. 11 UKlaG (OLG Frankfurt, Urteil vom 05. Oktober 2017 – 6 U 141/16)
- Abmahnung wegen Verletzungen des UWG i.V.m. DSGVO direkt (TMG in weiten Teilen veraltet)
- § 305 BGB evt. i.V.m. UKlaG (Verwendung unzulässiger AGB)
- Unterlassungsanspruch, evt. Irreführung § 4 Nr.
- Bei Individualpersonen auch Beseitigungsanspruch, also Löschung / Sperrung rechtswidriger Daten
- Die Zustellung einer Antragschrift in deutscher Sprache an ein in Irland ansässiges Unternehmen ist wirksam. Die Verweigerung der Annahme wegen einer fehlenden englischen Übersetzung ist rechtsmissbräuchlich (LG Offenburg, Ur. v. 26.9.18 – 2 O 310/18; Anschluss AG Berlin v. 8.3.17, 15 C 364/16)
- Der Vertrag zwischen Nutzer und Plattformbetreiber beinhaltet Schutzpflichten des Plattformbetreibers gemäß § 241 Abs. 2 BGB, in deren Rahmen - im Wege der mittelbaren Drittwirkung - die Grundrechte der Betroffenen zu berücksichtigen sind. Dies schließt einerseits das Recht auf Meinungsfreiheit des Antragstellers gemäß Art. 5 Abs. 1 GG, andererseits die Rechte des Plattformbetreibers gemäß Art. 12 GG ein ((LG Frankfurt, Beschl. v. 10.9.2018 – 2-03 O 310/18)
- Soweit Facebook Beiträge eines Nutzers ohne Rechtsgrundlage löscht und den Nutzer wegen dieser Beiträge sperrt, kann sich daraus ein „umgekehrter“ Unterlassungsanspruch (sic!) ergeben.
- Ein "virtuelles Hausrecht" führt nicht zum Entfallen einer eingegangenen vertraglichen Bindung.
- Die Wiederholungsgefahr und damit das Rechtsschutzinteresse oder die Dringlichkeit entfallen nicht dadurch, dass Facebook gelöschte Beiträge wiederherstellt und die Sperrung des Nutzers aufhebt
- Die Durchsetzung eines Unterlassungsanspruch im Wege der einstweiligen Verfügung ist hier nicht an die Voraussetzungen einer Leistungsverfügung gebunden

Typische Abwehrbehauptungen

- Deutsche Tochter bestreitet, Anbieter des Dienstes zu sein
- Testablauf und vorgelegte Netzwerkdaten unvollständig
- Beschwerdeverfahren nicht ausreichend genutzt
- § 13 Abs. 1 TMG (jetzt: Art. 6, 12, 13 DSGVO) sei keine Marktverhaltensregel (§ 3a UWG)
- Haftung nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB i.V.m. § 3a UWG sei durch UGP-Richtlinie gesperrt
- IP-Adresse sei kein personenbezogenes Datum; Die dynamische IP-Adresse, die von einem Anbieter von Online-Mediendiensten beim Zugriff (...) gespeichert wird, stellt ein personenbezogenes Datum iSv § 12 Abs. 1, 2 TMG iVm § 3 Abs. 1 BDSG dar (BGH, Urteil vom 16. Mai 2017 – VI ZR 135/13 in Fortführung EuGH, 19.10.2016, C-582/14)
- Einrede der kurzen Verjährung im UWG, weil frühe Kenntnis (gefährlich, zB beim „Einschlafen“ von Vergleichsverhandlungen)
- Einzelfälle: OVG NrW, Urt. v. 19.10.17 – 16 A 770/17 – Fahrerbewertungsportal: § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG a.F. verlangt eine Abwägung (ausfüllungsbedürftiger Begriff des "schutzwürdigen Interesses"), wäre heute Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO wohl mit gleichem für Betreiber negativen Ergebnis, anders als bei „jameda“ BGH, Urt. v. 27.2.2018 – VI ZR 489/16

Schwierigkeiten, ausländische Produkte „in den Griff“ zu bekommen

- Datenschutzrechtliche Vorschriften, die die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten zu kommerziellen Zwecken regeln, gehören zu den Verbraucherschutzgesetzen (§ 2 II Nr. 11 UKlaG).
- § 13 TMG ist Marktverhaltensregel § 4 Nr. 11 UWG (OLG Köln, Ur. v. 11.3.2016, I-6 U 121/15, a.A. veraltet noch KG GRUR-RR 2012, 19)
- Deutsche Tochter und Vertriebsgesellschaft (hier: Samsung) muss **nicht** nach §§ 5a Abs. 2, 8 UWG i.V.m. § 13 Abs. 1 TMG beim Inverkehrbringen eines Smart-TV ihre Kunden darüber informieren, dass durch den Anschluss des Smart-TV an das Internet möglicherweise Daten über den Nutzer erhoben werden, ohne dass zuvor eine entsprechende Zustimmung oder Information erteilt worden ist (OLG FfM, Ur. v. 5.10.2017 – 6 U 141/16)
- Das erstinstanzliche Verbot bezog sich auf eine Unterrichtung bereits zum Zeitpunkt der *Kaufentscheidung* und ging nach Meinung des OLG damit über die Pflichten der §§ 12, 13 TMG hinaus. Die Tochter erhob selbst keine Daten iSd §§ 12, 13 TMG.
- Sie sei auch keine mittelbare Störerin i.S.d. § 2 I S. 2 UKlaG. Weder die Konzernmutter der Beklagten noch die HbbTV-Dienstleister könnten als "Beauftragte" der Beklagten angesehen werden. Aber: Ist Förderung fremden Wettbewerbs für ein „illegales“ Produkt nicht auch wettbewerbswidrig?
- LG-Urteil falsch, da Kläger und LG nach Auffassung des OLG systemische Fehler begangen hatten (Klage gegen falschen Beklagten, Verjährung bereits nach „Einschlafen“ der Vergleichsverhandlungen, Verurteilung falscher Streitgegenstand § 308 ZPO). Aber:
 - Die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme von AGB und einer Datenschutzrichtlinie ist nicht gegeben, wenn der Text, der dem Nutzer allein am Bildschirm angezeigt wird, **mehr als 50 Bildschirmseiten** umfasst und sich Begriffsdefinitionen teils erst im hinteren Textteil befinden.
 - Die in einer Formulklausel wiederholte Verwendung von Formulierungen wie "möglicherweise" und "beispielsweise" ist unzulässig, wenn hierdurch die nach § 13 Abs. 1 TMG geforderte Transparenz erheblich beeinträchtigt wird.

Einsatz von Werbeblockern

- OLG HH, Urtr. v. 15.3.18 – 5 U 152/15: Bei **unentgeltlichem** Angebot einer Software zur Unterdrückung von Werbeanzeigen auf Internetseiten **ohne** Whitelist-Funktion (hier: Adblock-Plus) sowohl gegenüber Verbrauchern als auch gegenüber Unternehmen liegt **keine geschäftliche Handlung** i.S.v. [§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG](#) vor. Anders bei Software **mit** Whitelist-Funktion.
- Das Angebot der Werbeblocker-Software stellt aber weder eine gezielte wettbewerbliche Behinderung i.S.v. [§ 4 Nr. 10 UWG](#) (a.F., heute [§ 4 Nr. 4 UWG](#)) noch einen Boykottaufruf dar.
- Durch den Einsatz der "Werbeblocker-Software" wird nicht der Vertrieb des Kernprodukts (hier: Online-Zeitung), sondern lediglich eine bestimmte Finanzierungsmöglichkeit beeinträchtigt. Anders als in den klassischen Fällen des Behinderungswettbewerbs bestehen für den Betroffenen hier objektiv Möglichkeiten des Ausweichens (durch Einsatz von Abo-Modellen etc.).
- Die Pressefreiheit kann nicht durch das Verhalten des Softwarebetreibers verletzt werden, solange **ausschließlich der jeweilige Nutzer den Eingriff** in die Zuspiegelung von Werbung **vornimmt**
- Auch kein Fall der "Ausübung von Druck" noch eine "aggressive geschäftliche Handlung"
- Keine allgemeine Marktbehinderung, da es bereits hinsichtlich einer Marktabgrenzung für den Anwendungsbereich der "Werbeblocker-Software" an einem konkreten relevanten Markt fehlt.