

Sven Venzke-Caprarese

Haftungsrisiko Webtracking

Welche Rechtslage gilt ab dem 25. Mai 2018?

Bereits in der Vergangenheit waren die rechtlichen Rahmenbedingungen des Webtrackings in vielen Fällen umstritten. Insbesondere die Verwendung von Cookies und ähnlichen Technologien zum Zwecke des Retargetings warfen Fragen auf. Antworten soll eine neue E-Privacy-Verordnung bieten, die zum 25. Mai 2018 wirksam werden sollte, sich nun aller Voraussicht nach aber verspätet. Dieser Aufsatz stellt die aktuelle Situation dar, zeigt mögliche Szenarien auf und gibt eine Orientierungshilfe, wie Webtracking auch in Zukunft mit möglichst geringen Haftungsrisiken durchgeführt werden kann.

1 Aktuelle Situation

Auf europäischer Ebene werden die rechtlichen Rahmenbedingungen des Webtrackings durch die Richtlinie 2002/58/EG (E-Privacy-Richtlinie) vorgegeben, welche zuletzt maßgeblich durch Richtlinie 2009/136/EG (Cookie-Richtlinie) Änderungen erfahren hat. Im Zuge der kommenden Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) kündigt sich nunmehr eine weitere Änderung der E-Privacy-Richtlinie an, die bereits in Erwägungsgrund 173 der Datenschutz-Grundverordnung erwähnt wird: „Um das Verhältnis zwischen der [Datenschutz-Grundverordnung] und der [E-Privacy-Richtlinie] klarzustellen, sollte die [E-Privacy-Richtlinie] entsprechend geändert werden. Sobald die [Datenschutz-Grundverordnung] angenommen ist, sollte die [E-Privacy-Richtlinie] einer Überprüfung unterzogen werden, um insbesondere die Kohärenz mit [der Datenschutz-Grundverordnung] zu gewährleisten.“

Es steht bereits fest, dass die E-Privacy-Richtlinie künftig in den Rang einer Verordnung gehoben werden soll, damit sie – wie die Datenschutz-Grundverordnung – unmittelbar in den einzelnen Mitgliedstaaten gilt und nicht erst in nationales Recht umgesetzt werden muss. Die Vorbereitungen hierfür sind getroffen. Am 10. Januar 2017 hat die EU-Kommission einen ersten Entwurf für eine E-Privacy-Verordnung vorgelegt, der in Art. 8 ff. neue Regeln für Webtracking vorsieht.¹ Ende Oktober 2017 hat das Euro-

päische Parlament den Kommissionsentwurf mit Änderungsvorschlägen angenommen.² Der Rat der Europäischen Union hat sich hingegen noch nicht positioniert.

Bereits der aktuelle Verfahrensstand legt die Vermutung nahe, dass es bis zum Wirksamwerden der Datenschutz-Grundverordnung am 25. Mai 2018 noch keine wirksame E-Privacy-Verordnung geben wird. Verschärft wird die Situation durch Berichtserstattungen über Aussagen von Teilen der Bundesregierung, wonach eine Befassung im Rat der Europäischen Union erst im Sommer 2018 geplant sei und zudem Umsetzungsfristen von ein bis zwei Jahren im Raum stünden.³ Hinzukommt, dass insbesondere Verbände der Werbewirtschaft derzeit versuchen, das Verfahren mit Positionen und Forderungen zu beeinflussen,⁴ um die strengen Vorgaben des Parlamentsentwurfs aufzuweichen. Es ist daher davon auszugehen, dass am 25. Mai 2018 weiterhin die unveränderte E-Privacy-Richtlinie in Fassung der Cookie-Richtlinie gelten wird.

Das sich hieraus ergebende Zusammenspiel zwischen unmittelbar geltender Verordnung (Datenschutz-Grundverordnung) und umsetzungsbedürftiger Richtlinie (E-Privacy-Richtlinie) kann durchaus komplex werden, worauf bereits im Jahr 2015 eine im Auftrag der EU-Kommission durchgeführte Studie hin-

¹ Finaler Kommissionsentwurf COM(2017)010 final – 2017/03 (COD) abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2017:0010:FIN>

(letzter Abruf am 1.1.2018).

² Parlamentsbericht A8-0324/2017, abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0324+0+DOC+XML+V0//DE> (letzter Abruf 1.1.2018). Der konsolidierte Text zu Art. 8 E-Privacy-Verordnung Entwurf (Parlament) ist unter <https://www.datenschutz-notizen.de/wp-content/uploads/2017/12/ePrivacy-Verordnung-Art.-8-konsolidierte-Fassung-des-EU-Parlaments.pdf> abrufbar (letzter Abruf 1.1.2018).

³ W&V-Artikel vom 22.11.2017, Bundesregierung: ePrivacy-Verordnung kommt erst 2019, abrufbar unter https://www.wuv.de/digital/bundesregierung_eprivacy_verordnung_kommt_erst_2019; BvD-Artikel vom 26.11.2017, ePrivacy-VO – Verbändeanhörung des BMWI, abrufbar unter <https://www.bvdnet.de/eprivacy-vo-verbändeanhoerung-des-bmwie-am-21-11-2107/> (letzter Abruf 1.1.2018).

⁴ Vgl. für Deutschland etwa eine Veröffentlichung der Organisation Werbungtreibende im Markenverband (OWM), E-Privacy-Verordnung: OWM drängt auf geschlossene Position der Bundesregierung, abrufbar unter <https://www.owm.de/index.php?id=410>. (letzter Abruf 1.1.2018)



Sven Venzke-Caprarese

Rechtsanwalt und Berater bei der datenschutz nord GmbH mit dem Schwerpunkt Datenschutz in neuen Medien

E-Mail: svenzke@datenschutz-nord.de

wies: *“In our view, the Commission should consider transforming the Directive into a regulation for three reasons. First of all, the relationship between the provisions of the two legislative instruments would be considerably less complex if they are at the same level ...”*⁵

2 Rechtslage ab dem 25. Mai 2018

Aufgrund des komplexen Zusammenspiels zwischen Datenschutz-Grundverordnung und E-Privacy-Richtlinie werden für die Zeit nach dem 25. Mai 2018 derzeit insbesondere zwei Szenarien diskutiert. Zum einen besteht die Möglichkeit, dass die §§ 12 ff. Telemediengesetz (TMG) weiterhin gelten, zum anderen wird aber auch die Ansicht vertreten, dass das Telemediengesetz durch die Datenschutz-Grundverordnung vollständig verdrängt wird.

2.1 Es gelten weiterhin die §§ 12 ff. TMG

Sofern die E-Privacy-Richtlinie bis zum 25. Mai 2018 nicht angepasst wird, spricht viel dafür, dass in Bezug auf das Webtracking weiterhin die Regelungen des Telemediengesetzes gelten und es insbesondere bei der Privilegierung des pseudonymen Trackings nach § 15 Abs. 3 TMG bleibt. Hintergrund ist, dass die Datenschutz-Grundverordnung in Art. 95 folgendes regelt: *„Diese Verordnung [Datenschutz-Grundverordnung] erlegt natürlichen oder juristischen Personen in Bezug auf die Verarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Union keine zusätzlichen Pflichten auf, soweit sie besonderen in der [E-Privacy-Richtlinie] festgelegten Pflichten unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen.“*

Zwar wird an dieser Stelle in keinem Wort das deutsche Telemediengesetz erwähnt, es wird jedoch vertreten, dass die E-Privacy-Richtlinie in Deutschland durch die §§ 12 ff. TMG umgesetzt wurde. Dies würde bedeuten, dass es auch in Zukunft bei den im Telemediengesetz getroffenen Vorgaben für Webtracking bliebe, bis die E-Privacy-Richtlinie geändert wurde. Allerdings muss an dieser Stelle deutlich darauf hingewiesen werden, dass die Umsetzung der E-Privacy-Richtlinie in Deutschland bislang sehr kontrovers diskutiert wurde. So gab es in der Vergangenheit mehrere Versuche, das Telemediengesetz zu ändern, um die E-Privacy-Richtlinie umzusetzen. Entsprechende Änderungsversuche scheiterten jeweils mit dem (nicht ganz nachvollziehbaren) Verweis, dass die Richtlinie bereits umgesetzt sei und die Bundesregierung die geltende Fassung des Telemediengesetzes als Umsetzung der E-Privacy-Richtlinie nach Brüssel gemeldet habe.⁶ Die EU-Kommission bestätigte die Umsetzung der Richtlinie auf Anfrage gegenüber Interessenverbänden⁷ und juristischen Internetprojekten⁸.

⁵ Studie im Auftrag der EU-Kommission, ePrivacy Directive: assessment of transposition, effectiveness and compatibility with proposed Data Protection Regulation (Seite 121), abrufbar unter http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=9962 (letzter Abruf 1.1.2018).

⁶ Vgl. hierzu auch Plenarprotokoll 17/155 des Deutschen Bundestags, dort die Seiten 18700 bis 18706 (letzter Abruf 1.1.2018).

⁷ BVDW Newsflash vom 11.2.2014, EU-Kommission bestätigt: E-Privacy-Richtlinie in Deutschland durch Telemediengesetz umgesetzt, abrufbar unter https://www.bvdw.org/presseserver/bvdw_eprivacy_tmg_20140211/nf_ePrivacy_Richtlinie_TM_G_140211.pdf (letzter Abruf 1.1.2018).

⁸ Beitrag auf Telemedicus vom 5.2.2014, EU-Kommission: Cookie-Richtlinie ist in Deutschland umgesetzt, abrufbar unter <https://www.telemedicus.info/ar->

Selbst wenn die damalige Argumentation der Bundesregierung, Teilen des Parlaments und die Reaktion der EU-Kommission an diesem Punkt durchaus hinterfragt werden kann, muss festgestellt werden, dass formal von einer Umsetzung der Richtlinie auszugehen ist. Wenn somit angenommen werden kann (bzw. muss), dass die geltende Fassung der §§ 12 ff. TMG die Umsetzung der E-Privacy-Richtlinie in Deutschland darstellt, spricht viel dafür, dass es auch nach dem 25. Mai 2018 weiterhin bei den Regelungen der §§ 12 ff. TMG bleibt, solange es keine neue E-Privacy-Verordnung gibt.⁹

Die Rechtslage würde dann zwar immer noch etwas unklar bleiben, da insbesondere über den Anwendungsbereich des § 15 Abs. 3 TMG für Retargeting-Technologien diskutiert werden könnte. Insofern ist es umstritten, ob § 15 Abs. 3 TMG nur das allein verantwortliche Tracking des Websitebetreibers legitimiert oder auch das diensteanbieterübergreifende Tracking durch Werbenetzwerke (Retargeting).¹⁰ Unklar wäre zudem, ob im Hinblick auf die Datenschutzerklärung zusätzlich die Informationspflichten des Art. 13 DS-GVO umzusetzen sind. Alles in allem würde sich jedoch kaum etwas ändern.

2.2 Es gilt nur die DS-GVO

Teilweise wird jedoch auch vertreten, dass am 25. Mai 2018 das Telemediengesetz durch die Datenschutz-Grundverordnung vollständig verdrängt wird.¹¹ Sofern es an dieser Stelle noch keine angepasste E-Privacy-Verordnung gäbe, würden sich die rechtlichen Rahmenbedingungen des Webtrackings durch die Datenschutz-Grundverordnung bestimmen:

2.2.1 Eigenes Webtracking zur Besuchermessung

Das Tracking von Nutzern zur Messung der Reichweite der eigenen Seite könnte in diesem Szenario vermutlich auf eine Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO gestützt werden. Dabei wäre im Rahmen der Interessenabwägung und gem. Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO (Datenminimierung) sowie Art. 32 Abs. 1 lit. a Alt. 1 DS-GVO (Pseudonymisierung personenbezogener Daten) ein Tracking mit pseudonymisierten Daten durchzuführen. Zudem müsste den Nutzern nach Art. 21 Abs. 1 DS-GVO ein Widerspruchsrecht eingeräumt werden. Der Widerspruch müsste gem. Art. 21 Abs. 5 DS-GVO auch mittels automatisierter Verfahren ausgeübt werden können, was darauf schließen lässt, dass der Widerspruch unabhängig von der konkreten Situation

ticle/2716-EU-Kommission-Cookie-Richtlinie-ist-in-Deutschland-umgesetzt.html (letzter Abruf 1.1.2018).

⁹ Im Ergebnis so auch Hanloser, 25. Mai 2018 und keine ePrivacy-Verordnung: Füllt das TMG die Lücke?, abrufbar unter <https://community.beck.de/2017/07/10/25-mai-2018-und-keine-eprivacy-verordnung-fuellt-das-tmg-die-luecke> (letzter Abruf 1.1.2018).

¹⁰ Vgl. hierzu Venzke-Capraresse, Retargeting in der Onlinewerbung, DUD 2017, 577-582 (Ziffer 2.1).

¹¹ Keppeler, Was bleibt vom TMG-Datenschutz nach der DS-GVO?, MMR 2015, 779-783 (Seite 781); Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 1. Auflage 2017, Kapitel B.III.3 Rn. 43-44; Stemmer, BeckOK Datenschutzrecht, 22. Edition 2017, Artikel 7 Rn. 21. Insbesondere Keppeler führt hierzu an, dass die Normen des TMG grundsätzlich nicht auf die RL 2002/58/EG gestützt werden könnten, was sich daran zeige, dass der Gesetzgeber bei der Einführung des TMG die RL 2002/58/EG mit keinem Wort erwähnte und diese nur für Dienste gelte, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen. Hierbei wird auf den eingangs dargestellten Diskussionsstand zur Umsetzung der E-Privacy-Richtlinie in Fassung der Cookie-Richtlinie nicht näher eingegangen.

des Betroffenen stets umzusetzen ist. Nach Art. 13 DS-GVO bestünden zudem Informationspflichten gegenüber Nutzern, die in einer Datenschutzerklärung abgebildet werden müssten. Sofern das Webtracking nicht durch den Diensteanbieter (Websitebetreiber) selbst durchgeführt werden würde, wäre ein Vertrag zur Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DS-GVO zu schließen und bei Dienstleistern aus unsicheren Drittstaaten ein angemessenes Datenschutzniveau herzustellen. Im Ergebnis bliebe es für „normales“ Webtracking, welches zur Besuchermessung der eigenen Websites durchgeführt wird, somit bei Regelungen, die denen der §§ 12 ff. TMG entsprechen.

2.2.2 Übergreifendes Webtracking zu Werbezwecken (Retargeting)

Im Hinblick auf den Einsatz von websiteübergreifenden Retargeting-Technologien ließe sich (wie bisher auch) trefflich darüber streiten, ob eine Einwilligung des Nutzers notwendig ist oder nicht. Keine Einwilligung wäre notwendig, sofern Retargeting im Rahmen der Interessenabwägung des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO für zulässig erachtet werden würde. Dann müssten die unter Ziffer 2.2.1 dargestellten Voraussetzungen eingehalten werden. Da aber gerade beim Retargeting ein Werbenetzwerkbetreiber in der Lage ist, einen Nutzer über die verschiedensten Websites diensteanbieterübergreifend hinweg wiederzuerkennen und Profile zu bilden, kann auch die Ansicht vertreten werden, dass dies nur mit einer Einwilligung zulässig ist (so sehen es bereits die Nutzungsbedingungen von Facebook und Google für die Verwendung von Retargeting-Technologien vor).¹² Im Ergebnis würde sich also auch in diesem Bereich nur wenig ändern.

3 Vermeidung von Haftungsrisiken

Websitebetreiber, die ein eigenes Webtracking zur Besuchermessung durchführen, sollten auch ab dem 25. Mai 2018 die bisherigen Regelungen des Telemediengesetzes einhalten. Im Rahmen von § 15 Abs. 3 TMG bedeutet dies folgendes: Das Webtracking darf nur anhand von Pseudonymen und ohne Speicherung der vollständigen IP-Adresse durchgeführt werden. Über das Webtracking muss verständlich in der Datenschutzerklärung informiert werden. Den Websitebesuchern muss eine Widerspruchsmöglichkeit gegen das Webtracking angeboten werden, die auf jedem Endgerät (insbesondere auch auf dem Smartphone) funktioniert. Sofern Dienstleister eingesetzt werden, müssen Verträge zur Auftragsverarbeitung abgeschlossen werden. Die Daten dürfen nicht mit anderen Datenbeständen Dritter zusammengeführt werden. Zur Vermeidung von Haftungsrisiken sollte darü-

ber hinaus die Datenschutzerklärung so angepasst werden, dass sie den Vorgaben des Art. 13 DS-GVO entspricht. Zudem sollte das verwendete Webtrackingverfahren so konfiguriert werden, dass vom Browser des Nutzers übermittelte Do Not Track-Header akzeptiert werden. Eine solche Einstellung erlaubt z. B. das Webtrackingverfahren „Piwik“. Google Analytics bietet eine solche Einstellung hingegen nicht an und ist insofern auf Drittanbieterplugins angewiesen.¹³

Websitebetreiber, die Retargeting-Technologien nutzen, sollten zur Vermeidung von Haftungsrisiken hierfür Einwilligungen der Nutzer einholen. Dies kann über datenschutzfreundlich gestaltete Cookie-Banner versucht werden, wobei die ausdrückliche Einwilligung der konkludenten Einwilligung aus Gründen der Rechtssicherheit vorzuziehen ist und sich die Frage stellt, ob die Möglichkeit der Websitenutzung an die erklärte Retargeting-Einwilligung des Nutzers gekoppelt werden darf.¹⁴ Auch im Falle des Retargetings sollte die Datenschutzerklärung gem. Art. 13 DS-GVO gestaltet werden. Jeder verwendete Webtrackingdienst sollte in diesem Zusammenhang genannt und verständlich erklärt werden. Im Hinblick auf die Möglichkeit des Nutzers zum Widerruf seiner Einwilligung muss beachtet werden, dass nach Ansicht einiger Aufsichtsbehörden „*ein Verweis auf Webseiten von Drittanbietern (wie z. B. youronlinechoices.eu) [...] nicht ausreichend [ist]*“.¹⁵

4 Fazit

Es wäre wünschenswert, wenn bereits zum 25. Mai 2018 eine angepasste E-Privacy-Verordnung in Kraft treten würde. Doch auch ohne eine solche Verordnung wird sich die Rechtslage im Internet am 25. Mai 2018 nicht auf den Kopf stellen. Nutzer von Google Analytics in der Standardimplementierung oder Nutzer von Piwik haben nichts zu befürchten, wenn sie die bisherigen Empfehlungen der Aufsichtsbehörden weiterhin einhalten.¹⁶

Auch für Nutzer von Retargeting-Technologien ändert sich nichts. Vielmehr bleibt es in diesem Bereich bei der bisherigen unklaren Rechtslage, ob Retargeting zwingend eine Einwilligung der Nutzer voraussetzt oder nicht und wie ggf. eine Einwilligung gestaltet werden muss.

¹³ Z. B. <http://www.outfox.com/do-not-track-for-google-analytics/> (letzter Abruf 1.1.2018).

¹⁴ Vgl. hierzu Venzke-Caprarese, Retargeting in der Onlinewerbung, DUD 2017, S. 577-582 (Ziffer 2.3).

¹⁵ Pressemitteilung des Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht vom 4.10.2017 (Anhang, Ziffer 2 lit. c), abrufbar unter https://www.lida.bayern.de/media/pm2017_07.pdf (letzter Abruf 1.1.2018).

¹⁶ Vgl. Hinweise des HmbBfDI zum Einsatz von Google Analytics, abrufbar unter https://www.datenschutz-hamburg.de/uploads/media/GoogleAnalytics_Hinweise_fuer_Webseitenbetreiber_in_Hamburg_2017.pdf (letzter Abruf 1.1.2018) sowie Hinweise und Empfehlungen des ULD zur Analyse von Internetangeboten mit „Piwik“ aus dem Jahr 2011, abrufbar unter <https://www.datenschutzzentrum.de/tracking/piwik/20110315-webanalyse-piwik.pdf> (letzter Abruf 1.1.2018).

¹² Vgl. hierzu Venzke-Caprarese, Retargeting in der Onlinewerbung, DUD 2017, S. 577-582 (Ziffer 2.2).