



## **Nach EuGH Privacy Shield: Behörden beginnen mit groß angelegter Untersuchung**

Noch sind die Auswirkungen der EuGH-Entscheidung nicht ganz verdaut, die sich um die Einwilligung für das Setzen von Cookies und die damit verbundene Datenverarbeitung drehte. Jetzt beginnen die Datenschutzbehörden mit einer bundesweiten Aktion zu den Cookie-Einwilligungen. ECC Club-Mitglied Rechtsanwalt Rolf Becker, Partner bei WIENKE & BECKER – KÖLN berichtet über die aktuellen Entwicklungen und gibt Tipps, wie Sie jetzt reagieren sollten.

### **Cookies nur mit Einwilligung**

Auf Vorlage des BGH hatte der Europäische Gerichtshof bekanntlich beschlossen, dass bei einem Webseitenbesuch Einwilligungen eingeholt werden müssen (EuGH-Urteil vom 1.10.2019, Az.: C-673/17, Planet49). Auch der Bundesgerichtshof bestätigte dies dann in seinem folgenden Urteil vom 28.05.2020 (Az: I ZR 7/16, Planet49). Wir haben unseren Mandanten gleich Ende des Jahres 2019 dahingehend beraten, ihre Cookie-Verwendung zu überprüfen. Dazu gehört eine transparente Erfassung aller eingesetzten Tools für Analyse, Personalisierung und Tracking mit Zweck, Art der verarbeiteten Daten und Laufzeit der Cookies. In einem zweiten Schritt ist nach Erkennen der Problematik ein Consent-Tool zu identifizieren oder selbst programmtechnisch zu erstellen, mit dessen Hilfe die jeweils eingesetzten Cookies erfasst werden und in dessen Rahmen dann Einwilligungstexte mit entsprechenden Informationen und Detail-Einwilligungen der Webseitenbesuchen passgenau ausgespielt und verwaltet werden können. Die Einwilligungstexte müssen juristisch geprüft sein.

Eine 10% falsche Einwilligung ist 100% unwirksam!

Jetzt kündigen die Landesdatenschutzbehörden eine konzertierte bundesweite Aktion an, die der Prüfung der rechtskonformen Nutzung von Cookie-Technologien und verwandten Techniken dient. Siehe z.B. hier <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/laenderuebergreifende-datenschutz-pruefung-sind-tracking-technologien-auf-websites-von-zeitungs-verlagen-rechtskonform/>



## Medienbranche als erstes Ziel

Es ist jetzt ein Fragebogen einer Behörde aufgetaucht, der entsprechenden Unternehmen zugeleitet wird. Dort heißt es im einleitenden Schreiben:

*„Vor diesem Hintergrund führe ich gemeinsam mit den Aufsichtsbehörden mehrerer anderer Bundesländer eine koordinierte, länderübergreifende Prüfung des Einsatzes von Tracking-Tools auf den Online-Angeboten bedeutender Medienunternehmen durch.“*

Offenbar knöpft man sich zunächst die Medienbranche vor. Es ist davon auszugehen, dass bundesweit Unternehmen aus der Branche gleichlautende Mitteilungen erhalten haben. Doch die Zielrichtung ist nicht allein auf diese Branche beschränkt:

*„Die Datenschutzaufsichtsbehörden beobachten, dass viele Betreiber von Webseiten beim Einsatz von Tracking-Diensten leider nicht die erforderlichen datenschutzrechtlichen Anforderungen erfüllen. Dies gilt insbesondere für viele Webseiten aus der Medienbranche, auf denen solche Dienste häufig in besonders großem Umfang genutzt werden....“*

## Cookie-Einwilligungen im Fokus

Zu den Cookie-Einwilligungen heißt es in dem Schreiben der Datenschutzbehörden:

*„Solche Einwilligungen sind vor Beginn der Datenverarbeitung, besonders bevor Cookies platziert oder auf dem Endgerät der Nutzer gespeicherte Informationen gesammelt werden, in Form einer eindeutig bestätigenden Handlung des Nutzers einzuholen. Dem Erwägungsgrund 32 der DS-GVO ist zu entnehmen, dass „Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person ...keine Einwilligung darstellen sollten... Ergänzend haben die europäischen Aufsichtsbehörden jüngst in ihren Einwilligungs-Guidelines beschlossen (Europäischer Datenschutzausschuss vom 5. Mai 2020 ([https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_202005\\_consent\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf)) Abschnitt 40, 41), dass die bloße Weiternutzung der Website nicht als Einwilligung zu werten ist.“*

Damit stoßen die Behörden natürlich in das datenschutzrechtliche Zentrum des Wirkens vieler Webseitenbetreiber, die noch immer in ihren Cookie-Banner-Texten in einem Weitersurfen eine Einwilligung in komplexe Datenverarbeitungen sehen wollen und bei denen munter die Cookies bereits Daten erfassen, bevor der Besucher auch nur eine einzige Interaktion vorgenommen hat.

## Verständliche Informationen zur Datenverarbeitung

Aber auch die Informationen reichen oftmals nicht aus. Auf dieses Transparenzproblem wird ebenfalls im Anschreiben der Behörden aufmerksam gemacht:



*Weitere datenschutzrechtliche Probleme bestehen bei der Nutzung von Tracking-Diensten häufig aufgrund mangelnder Transparenz und fehlender Nachverfolgbarkeit der Datenweitergabe an die jeweiligen eingebundenen Werbedienstleister.*

## **Fragebogeninhalte lassen tief blicken**

Die Unternehmen sollen jetzt einen umfangreichen Fragebogen beantworten und tabellarische Auflistungen an die jeweilig zuständige Behörde übermitteln. Noch handelt es sich um eine informelle Bitte. Die Fragen passen allerdings auch auf alle anderen Webseitenbetreiber.

So wird u.a. gefragt nach dem Einsatz von Zählpixeln, Analysediensten, Marketingdiensten Trackingdiensten, Wetter- und Chatdiensten, welche Daten der Nutzer verarbeitet werden von Adressdaten über IP-Adressen, Accountdaten bis hin zu Geräte- und Werbe-IDs und ob diese Daten aggregiert und zu (Browser)Fingerprints zusammengeführt und gespeichert werden. Es soll die Rechtsgrundlage für jede erhobene Information, „insbesondere für die cookie-basierte Verarbeitung und für jeden eingebundenen Dienst“ erläutert werden. Es soll angegeben werden, ob diesbezüglich eine Datenschutz-Folgenabschätzung vorgenommen wurde und wenn nicht, wie man dazu kommt, dass die Datenverarbeitung nicht zu einem besonders hohen Risiko führt. So geht es weiter mit immer tiefer reichenden Fragen zu jeglicher Datenverarbeitung der Daten von Webseitenbesucher\*innen auch über mobile Geräte.

## **Behörden machen ernst**

Die Behörden signalisieren mit dieser Aktion, dass es Ihnen ernst ist mit der Verfolgung der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen. Mit der Medienbranche hat man sich natürlich Player ausgesucht, die besonders umfangreich Daten sammeln und Trackingtechnologien einsetzen.

## **Keine Drittlandtransfer-Fragen**

Bemerkenswert ist, dass keine der Fragen sich ausdrücklich um eine Datenweitergabe in Drittländer, wie die USA dreht. Aber wie lange Unternehmen hier noch verschont bleiben, ist fraglich. Bekanntlich hatte der EuGH (Urt. v. 16. Juli 2020, Rs. C-311/18 „Schrems II“) entschieden, dass das sog. PrivacyShield, also das Abkommen zwischen der EU und den USA zur Übertragung von personenbezogenen Daten, ungültig ist.

Diese weitere Entscheidung des EuGHs, die Datentransfers in die USA drastisch erschwert und damit den Einsatz von Tools wie Google Analytics einmal mehr in Frage stellt, platzte mitten in die Umstellungsarbeiten zur Cookie-Einwilligung und beeinflusst natürlich die Auswahl der Tools und



# ECC-RECHTSTIPP

von RA Rolf Becker

die Einwilligungstexte. Das gilt jedenfalls dann, wenn bei einem Anbieter entsprechender Techniken nicht ausgeschlossen werden kann, dass die erhobenen Daten auch in den USA verarbeitet werden. Ob hierfür ohne weiteres das Unternehmen haftet, wenn die Datenverarbeitung dort schon nicht mehr im eigenen Interesse erfolgt, sondern im Interesse des Toolanbieters und damit eher eine sog. Joint Controllershship Konstellation vorliegt, bei der zwar eine gemeinsame Verantwortung besteht, aber für bestimmte Verarbeitungsschritte eine getrennte Haftung angenommen werden kann, ist noch unklar.

## **Risiken steigen**

Spätestens jetzt muss sich jedes Unternehmen fragen, warum man auf der eigenen Webseite trotz Cookie-Einsatz keine ausdrücklichen Einwilligungsmöglichkeiten vorsieht. Einfach weitersurfen lassen geht nicht mehr und kann äußerst teuer werden. Immer drängender werden zudem die Fragen zu Risiken zu einem „Weiter so“ bei der Übermittlung von Daten in die USA.

## **Schadensersatz neben Bußgeldern**

Die Fragestellungen, die aufgeworfen werden, sind äußerst komplex. Hier sollten sich die Unternehmen unbedingt qualifizierten Rechtsrat einholen, denn nicht nur Bußgeldrisiken drohen. So werden die Verlangen nach „Schmerzensgeld“ (immaterieller Schadensersatz) immer häufiger. Unlängst wurde ein Arbeitgeber, der Auskünfte nur verzögert erteilt hatte, zu einem Zahlbetrag von 5.000 Euro verurteilt <https://www.cr-online.de/62999.htm>. Die Angelegenheit ist in der Berufung bei dem Landesarbeitsgericht Düsseldorf anhängig (Az.14 Sa 294/20).

Auch der Datenschutzaktivist Schrems, der das PrivacyShield Urteil erstritten hatte, ist auf diesem Feld tätig. Er erstritt vor dem Landesgericht Wien immateriellen Schadensersatz in Höhe von 500 Euro wegen eines Datenschutzverstoßes, den wohl auch das Gericht sah. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig. Schrems will wohl höheren Schadensersatz erstreiten und damit signalisieren, dass nicht nur Bußgelder, sondern auch Schadensersatzklagen drohen, die sich zudem noch gut in Massenverfahren geltend machen lassen.

Es würde nicht wundern, wenn dies nicht bald Legal-Tech Unternehmen auf den Plan ruft, die schon mit Flugverspätungsentschädigungen oder bei VW & Co Geschäftschancen wahrnehmen.

Ihr Rolf Becker





# ECC-RECHTSTIPP

von RA Rolf Becker



## Über den Autor

Rechtsanwalt Rolf Becker ist Partner der Rechtsanwälte WIENKE & BECKER ([www.kanzlei-wbk.de](http://www.kanzlei-wbk.de)) in Köln und Autor von Fachbüchern und Fachartikeln zum Wettbewerbsrecht, Markenrecht und Vertriebsrecht, insbesondere im Fernabsatz. Als Mitglied im ECC-Club kommentiert Rechtsanwalt Becker für das ECC Köln regelmäßig aktuelle Urteile zum Onlinehandel und gibt Händlern praktische Tipps, wie sie mit den gesetzlichen Vorgaben umgehen sollen.

RA Becker auf Twitter: <http://twitter.com/rolfbecker>

Er ist auch Autor des Informationsdienstes [www.Versandhandelsrecht.de](http://www.Versandhandelsrecht.de).