

COOKIES

Quo vadis?

14. IT-Rechtstag

19.11.2020

Nino Tlapak

DORDA

WE DELIVER CLARITY.

Agenda

- Historie
 - Ausgangslage in Österreich
 - Vergleich zu Deutschland
- Status Quo
 - Nationale / Internationale Rechtsprechung
 - Guidelines der Aufsichtsbehörden
- Ausblick auf die ePrivacyVO

Historie

Ausgangslage in Österreich

- E-Privacy-Richtlinie (RL 2002/58/EG)
- Cookie-Richtlinie (RL 2009/136/EG)
- Umsetzung in Ö Ende 2011 im Telekommunikationsgesetz (TKG)
 - Art 5 Abs 3 Cookie-RL → § 96 Abs 3 TKG
 - Verpflichtung anwendbar auf
 - Betreiber öffentlicher Kommunikationsdienste und
 - Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft
 - lex specialis zu DSG (und nun auch zu DSGVO)

Historie

Ausgangslage in Österreich

- Diensteanbieter (Websitebetreiber) verpflichtet, Nutzer (Besucher) darüber zu **informieren**:
 - welche personenbezogenen Daten;
 - auf Basis welcher Rechtsgrundlage; und
 - für welche Zwecke ermittelt, verarbeitet und übermittelt; und
 - für wie lange gespeichert werden.
- 2011 Neuheit der Informationspflicht
 - DSG 2000 sah keine der DSGVO vergleichbare Informationspflicht vor
 - seit 2018 ohnedies aufgrund Art 13 und 14 DSGVO verpflichtend
 - Umsetzung heute daher über Privacy Policy / **Cookie Policy**

Historie

Ausgangslage in Österreich

- klare **Zustimmungspflicht**
 - Nutzer muss Datenerhebung vorab aktiv zustimmen
- Einwilligungserfordernisse richten sich nach DSGVO
 - siehe Verweis in § 92 Abs 1 TKG
 - bereits durch DSB bestätigt
- Zustimmungspflicht entfällt nur, wenn Datenerhebung
 - für Durchführung der Übertragung einer Nachricht über ein Kommunikationsnetz erforderlich; oder
 - unbedingt erforderlich, damit Anbieter seinen Dienst, der ausdrücklich gewünscht wurde, zur Verfügung stellen kann

Historie

Ausgangslage in Österreich

- Umsetzung in der Praxis im Wandel
 - ursprünglich bloßer Hinweis im Impressum
 - oft schlichte Informationsbanner
 - Zustimmung durch Weiternutzung
 - dann Cookie Banner als Pop-up auf der Startseite
 - "Placebo" Einwilligungen ohne Funktion
 - Auswahl des Users beschränkt auf "OK"
 - nunmehr Cookie Banner mit aktiver, informierter Einwilligung
 - "Akzeptieren" oder "Ablehnen"
 - "Alle Akzeptieren", "Einstellungen" und "Nur notwendige Cookies"

Historie

Vergleich zu Deutschland

- gesetzliche Grundlage in § 15 Abs 3 Telemediengesetz (TMG)
 - keine (!) Umsetzung der Cookie Richtlinie
 - regelmäßiges Abstellen auf berechtigte Interessen
- Diensteanbieter darf
 - für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien
 - Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen erstellen,
 - sofern der Nutzer dem nicht widerspricht
 - Hinweispflicht auf Widerspruchsrecht
 - Verbot der Zusammenführung der pseudonymen Profile

Status Quo

Nationale Rechtsprechung

- Prüfschwerpunkt in der Medienbranche
 - (laufende) amtswegige Untersuchungsverfahren
 - unter Einbeziehung von Sachverständigen
 - DSGVO-Verhaltensregeln für Presse- und Magazinmedienunternehmen
 - Initiative von VÖZ / ÖZV
 - genehmigt, aber tlw Beschwerde anhängig
- Leitentscheidungen zur Paywall
 - D122.931/0003-DSB/2018 vom 30.11.2018
 - D122.974/0001-DSB/2019 vom 20.8.2019
- keine Guidelines der DSB
 - Auslegung erfolgt ausschließlich über Rechtsprechung

Status Quo

Nationale Rechtsprechung (Paywall Entscheidung)

- Ausgangslage in beiden Verfahren iW ident
 - Wahlmöglichkeit des Users beim erstmaligen Aufruf der Website
 - Einwilligung zur Datenverarbeitung für Marketingcookies **oder**
 - kostenpflichtiges Abonnement (ohne Marketingcookies)
 - freiwillige Einwilligung iSd DSGVO?
 - im Gegensatz zur Cookie Wall ist Nutzung der Seite ohne Einwilligung möglich,
 - allerdings gegen Leistung eines angemessenen Entgelts
- Freiwilligkeit der Einwilligung "PAY or OK" gegeben
 - keine Freiwilligkeit (nur) dann, wenn bei Ablehnung
 - beträchtliche negative Folgen / wesentliche Nachteile; oder
 - Risiko einer Täuschung, Einschüchterung oder Nötigung besteht

Status Quo

Nationale Rechtsprechung (Paywall Entscheidung)

- wesentliche Parameter der Entscheidung zur Zulässigkeit
 - keine Setzung von Cookies vor Zustimmung des Nutzers
 - transparente Informationen zur Datenverarbeitung (Cookie Policy)
 - grds kein Anspruch auf journalistische Inhalte ohne Gegenleistung
 - Preis für Pay-Variante darf "nicht unverhältnismäßig teuer" sein
 - Umfang des Zugangs bei beiden Alternativen gleich
 - bestehende alternative Informationsangebote
 - Möglichkeit des Widerrufs implementiert
 - zB über die Einstellung des Browsers mit weiteren Varianten

Status Quo – Internationale Rechtsprechung

EuGH Entscheidung zur Einbettung von Cookies

- EuGH zu C-673/17 – *Planet49* vom 1.10.2019
- Sachverhalt
 - Website kombiniert Cookie-Einwilligung mit Gewinnspielteilnahme
 - Checkboxes voraktiviert
- Erkenntnisse
 - voraktivierte Checkboxes sind keine aktive Einwilligung
 - Einbettung von Cookies erfordert jedenfalls eine aktive Handlung
 - weit verbreitete Praktik *"wenn Sie diese Website weiter nützen"* unzulässig
 - Einwilligungserfordernis unabhängig von Verarbeitung personenbezogener Daten (EuGH stellt auf "Informationen" ab)
 - abweichende nat Regelung! - Auslegungsthema

Status Quo – Internationale Rechtsprechung

Entscheidung der Dänischen Datenschutzbehörde

- Entscheidung zu 2018-32-0357 vom 11.2.2020
- Ausgangslage
 - Cookie Setzung durch Wetterdienst (DMI.dk)
 - Einwilligung für sämtliche Cookies durch einen Klick ("one-click-away")
- Erkenntnis
 - mehrere Zwecke erfordern mehrere, getrennte Einwilligungen
 - Widerruf muss so einfach wie Erteilung der Einwilligung sein
 - DMI und Google sind gemeinsame Verantwortliche
 - nur in Bezug auf die Erhebung der Daten durch DMI und Übermittlung an Google
 - Einwilligung muss sich auf sämtliche Verantwortliche beziehen
 - DMI nicht als Verantwortlicher genannt, da sie Daten nicht (!) einsehen können

Status Quo – Guidelines nationaler Datenschutzbehörden

Fehlende Vollharmonisierung führt zu Unsicherheit

- aktuell keine Harmonisierung innerhalb EU
 - unterschiedliche nationale Rechtsgrundlagen
 - divergierende Entscheidungen der Behörden und Gerichte
- Praxistipp: Cookie Guidelines, FAQ und Praxisleitfäden
 - CNIL, Oktober 2020 (FR)
 - DPC, April 2020 (IR)
 - DSB, April 2020 (BE)
 - AEDP, November 2019 (ES)
 - ICO, Juli 2019 (UK)
 - DSK, März 2019 (DE)

Status Quo – Guidelines nationaler Datenschutzbehörden

Gemeinsamkeiten und Unterschiede

- Übereinstimmung zu folgenden Key-Facts
 - keine technische Einschränkung auf "Cookies"
 - aktive, nicht voraktivierte Einwilligung erforderlich
 - keine Einwilligung durch bloße Weiternutzung der Website
 - keine bloße Implementierung in AGB
 - "*Alle Cookies akzeptieren*" im First Layer zulässig, sofern
 - detaillierte Cookie Policy und
 - Auswahlmöglichkeit im Second Layer
offen: voraktiviert?
 - Nennung sämtlicher Third Parties erforderlich
 - Beschreibung von Zweck, Umfang und Speicherdauer der Cookies
 - Auflistung sämtlicher Dritter, die Daten über Cookies erheben

Status Quo – Guidelines nationaler Datenschutzbehörden

Gemeinsamkeiten und Unterschiede

- Unterschiedliche Auslegung zur
 - Zulässigkeit von Cookie Walls
 - Ja (ES)
 - Vielleicht (FR, DE, UK)
 - Nein (BE)
 - Einwilligungspflicht bei Analytic Cookies
 - Ja (ES, UK, IR, BE)
 - Vielleicht (FR)
 - Nein (DE)
 - Rechtsgrundlage DSGVO
 - Einwilligung (UK)
 - berechtigte Interessen (DE, FR)

Status Quo – Guidelines nationaler Datenschutzbehörden

Gemeinsamkeiten und Unterschiede

- Unterschiedliche Auslegung zur
 - Ausgestaltung des Cookie Banners im First Layer
 - *"Alle akzeptieren"/"Alle ablehnen"/"Einstellungen"* (FR, UK)
 - *"Alle akzeptieren"/"Einstellungen"* (ES, IR, BE)
 - Negativabgrenzung: bloßes *"OK"* unzureichend (DE)
 - Speicherfrist
 - 13 bis 25 Monate (FR)
 - verhältnismäßig (UK, DE, BE)
 - Erneuerung der Einwilligung alle 6 Monate (FR, IR)
 - Erneuerung der Einwilligung alle 24 Monate (ES)

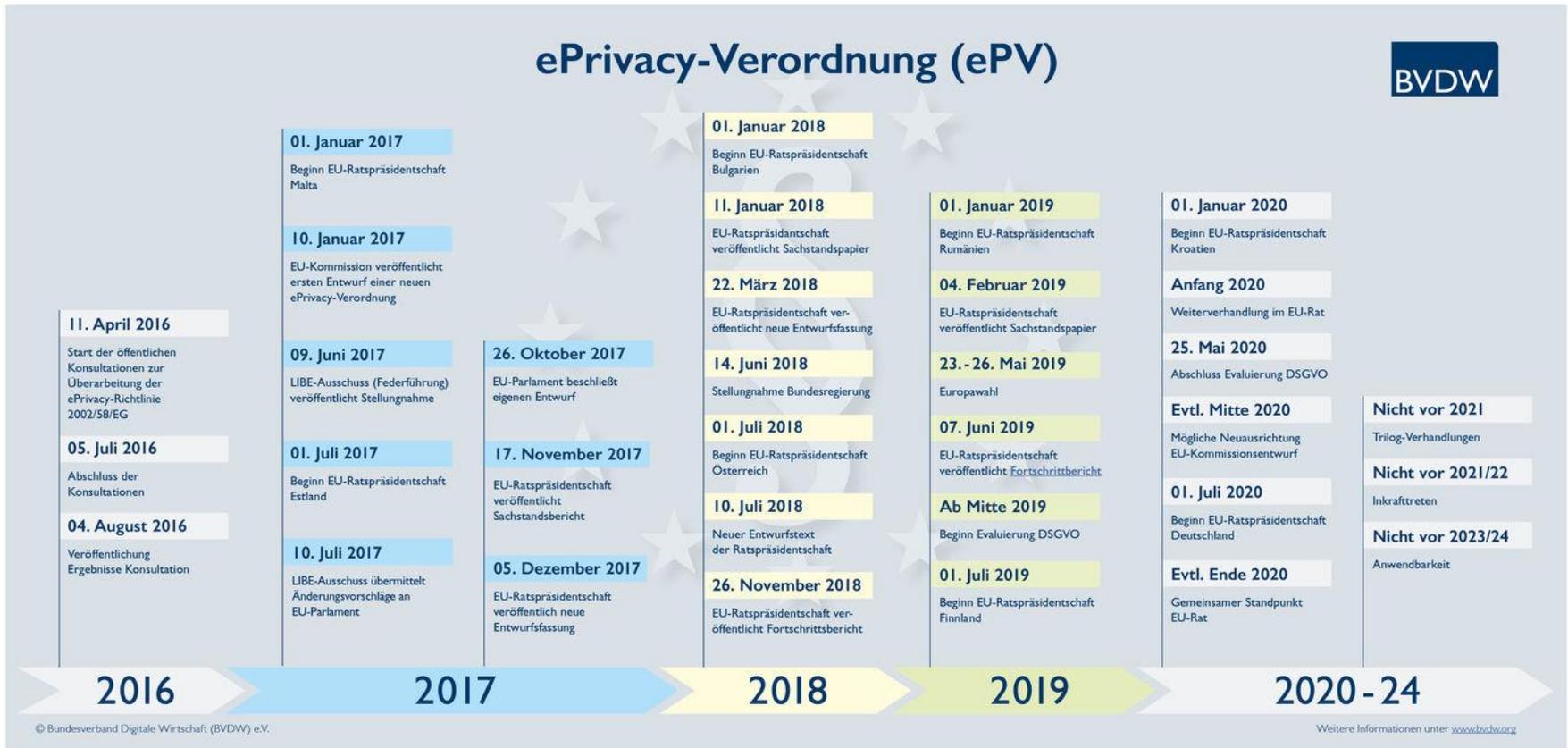
Ausblick auf die ePrivacyVO

Was lange währt, wird endlich gut?

- Ergänzung zur DSGVO
- besondere Bestimmungen für elektronische Kommunikation
 - noch immer Entwurfsstadium
 - Inkrafttreten voraussichtlich ~~2019, 2020, 2021?~~
 - zT auch juristische Personen geschützt (wie im TKG)
 - harte Strafen bei Verstößen – Angleichung an DSGVO
- wesentliche Schwerpunkte für die Praxis
 - Spam / Cold Calling
 - **Cookies**
 - IoT

Ausblick auf die ePrivacyVO

Rückblick und Ausblick



Ausblick auf die ePrivacyVO

Aktuellste Fassung (Deutschland Ratspräsidentschaft)

- neuer Entwurf seit Anfang November 2020
- aktuellste Änderungen
 - überraschende Streichung der berechtigten Interessen in Art 6 und 8
 - stattdessen konkrete Erlaubnistatbestände
 - zB Sicherheitsmaßnahmen oder Updates
 - Reichweitenmessung / Userzählung ohne Einwilligung erlaubt
 - "*PAY or OK*" zulässig, sofern
 - transparente Information; und
 - freie Wahl zwischen den Diensten (mit gleichem Inhalt)

Ausblick auf die ePrivacyVO

Konkrete Regelungen – Definitionen

■ Art 4a Abs 2a

- Einwilligung muss dokumentiert eingeholt werden
- Gerätedaten zur Identifikation des User als Nachweis der Einwilligung ausreichend
 - das sind idR aber nur pseudonyme Daten (wie zB UUID, IP Adresse)

■ Art 4a Abs 3

- Einwilligung kann durch (i) Widerruf oder (ii) Zeitablauf erlöschen
- Widerrufserinnerung an User alle 12 Monate notwendig
 - sofern User den Erhalt solcher Erinnerungen nicht (vorab?) ablehnt
 - offen: separat pro Cookie oder Kategorie?

Ausblick auf die ePrivacyVO

Konkrete Regelungen – Cookie Bestimmung neu

- Art 8 – zentrale "*Cookie Bestimmung*"
 - stellt aber, wie bisher, nicht auf Cookies ab
 - technologieneutraler Ansatz
 - umfasst
 - Nutzung von Verarbeitungs- und Speichermöglichkeiten auf Endgeräten
 - die Erhebung von Informationen des Endgeräts
 - inkl Angaben zu Software/Hardware
- kein Abstellen auf personenbezogene Daten** (siehe EuGH "*Planet49*")

Ausblick auf die ePrivacyVO

Konkrete Regelungen – Cookie Bestimmung neu

- Erhebung/Verarbeitung ohne Einwilligung nur erlaubt, wenn
 - zur Übertragung einer Nachricht über Kommunikationsnetz
 - für die Serviceerbringung technisch zwingend
 - für Reichweitenmessung und/oder
 - zur Herstellung/Aufrechterhaltung der Sicherheit erforderlich.
 - dazu dient, Betrug oder technische Fehler zu entdecken
 - erforderlich für ein Software Update, sofern
 - Update aus Sicherheitsgründen notwendig und Privacy Settings unverändert
 - Vorabinformation an Betroffenen vor Installation eines Updates,
 - Betroffener Update verschieben oder automatische Installation ablehnen kann
 - zur Absetzung von Notrufen erforderlich

Cookies – Quo vadis?

Fazit für die Praxis

- aktuell keine klaren Vorgaben zur rechtskonformen Ausgestaltung
 - weder national noch international
- lediglich Negativabgrenzung möglich
 - klare No-Gos anhand gesetzlicher Regelungen, Rechtsprechung und Guidelines erkennbar
- Key – Facts
 - aktive, nicht voraktivierte Einwilligung erforderlich
 - transparente Cookie Policy
 - Vorsicht bei Third Party Cookies von US Anbietern
 - Wegfall EU-US Privacy Shield
 - Einwilligung nach Art 49 DSGVO argumentierbar

Ansprechpartner



Mag Nino Tlapak, LL.M.

- Rechtsanwalt bei DORDA
- Universität Wien, Mag iur 2012
- Universität Wien, Universitätslehrgang Medien- und Informationsrecht, LL.M. (IT-Law) 2013
- Fachliche Schwerpunkte: Datenschutzrecht, IT-Recht, E-Commerce, Outsourcing, Cloud Computing
- Empfohlen als Next Generation Lawyer im Bereich TMT und Data Privacy im renommierten internationalen Handbuch "Legal 500" sowie als Rising Star in "Chambers Europe"
- Autor von Fachpublikationen im Bereich Datenschutz und E-Commerce
- Vortragender für Datenschutzrecht bei den Master-Lehrgängen "Digital Business" an der FH Technikum Wien sowie "Technisches Management" an der FH Campus Wien, Donau Universität Krems ("Datenschutz und Privacy")
- Mitglied der Interessensgemeinschaften "www.it-law.at" und "Privacyofficers.at"

Kontakt

Mag Nino Tlapak, LL.M.

T: +43 1 533 47 95 – 23

E: nino.tlapak@dorda.at



DORDA Rechtsanwälte GmbH · Universitätsring 10 · 1010 Wien

International Law Office - Information Technology Award for Austria 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 & 2019

International Law Office - E-Commerce Award for Austria 2012 & 2013

Managing IP Awards – Austrian Firm of the Year for Copyright & Design 2020