

Ohne Cookies – Ohne Einwilligung?

Fabian Scharpf

Rechtsanwalt - JBB Rechtsanwälte, Berlin

Herbstakademie 2021

Agenda

- ▶ Einführung
- ▶ Cookielose Trackingtechnologien
- ▶ Anwendbarkeit der ePrivacy-Regelungen
- ▶ Anwendbarkeit der DSGVO
- ▶ Fazit und Ausblick

Einführung – Hintergrund der Fragestellung

- ▶ **Bisherige Rechtslage.** § 15 Abs. 3 TMG – Erstellen von Nutzungsprofilen für Werbung bis zum Opt-Out zulässig.
- ▶ **EuGH/BGH (Planet49/Cookie-Einwilligung II).** ePrivacy-Richtlinie schreibt (aktive) Einwilligung für Werbetacking mittels Cookies vor.
- ▶ **Derzeitige Rechtslage.** Unionskonforme Auslegung § 15 Abs. 3 TMG und ab 1. Dezember 2021 § 25 TTDSG.

Ansätze für cookielose Trackingtechnologien

▶ Nachteile von cookiebasiertem Tracking.

- ▶ Grds. einwilligungspflichtig
- ▶ Zunehmende technische Blockierung, insb. durch Browser & AddOns

▶ (Mögliche) Vorteile von cookielosem Tracking.

- ▶ Ggf. erhöhte Privatheit des Surfverhaltens
- ▶ Keine Cookie-Consent-Banner

Ansätze für cookielose Trackingtechnologien

▶ Cookielose Ansätze.

- ▶ Fingerprinting
- ▶ Registrierungsbasiertes Tracking
- ▶ Neue Technologien wie Google Federated Learning of Cohorts (FLoC)

Ansätze für cookielose Trackingtechnologien

▶ **Fingerprintingansätze.**

- ▶ Aktives „Device Fingerprinting“: Erfragen von Gerätedaten (z.B. Bildschirmauflösung, installierte Schriften, Plugins)
- ▶ Passives „Fingerprinting“: Nutzen der Daten aus der Serveranfrage (z.B. IP-Adresse, Datum, vorhergehende URL)

Ansätze für cookielose Trackingtechnologien

- ▶ **Registrierungsbasiertes Tracking.**
 - ▶ Erstellen von Interessenprofilen registrierter Nutzer:innen anhand von gewählten Präferenzen oder Tracking mittels User-IDs
 - ▶ Anreicherung der Interessenprofile mittels Geräte-IDs, insb. „Android Advertising ID“ (AAID) oder der „Identifier for Advertising“ (IDFA)

Ansätze für cookielose Trackingtechnologien

- ▶ **Google Federated Learning of Cohorts (FLoC).**
 - ▶ Tracking auf Endgerät via „Federated Machine Learning“-Algorithmus
 - ▶ Erstellen Kohorten ID aus Browserverlauf
 - ▶ Nutzung der Kohorten ID durch Werbetreibende
 - ▶ Erfolgsquote von mindestens 95 % im Vergleich zu cookiebasiertem Tracking
 - ▶ Im Juli 2021 Projekt (vorerst) eingestellt

Anwendbarkeit der ePrivacy-Regelungen

- ▶ **Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL / § 25 TTDSG.**
 - ▶ **Schutzzweck.** Schutz der Privatsphäre der Endgeräte
 - ▶ **Anwendbarkeit.** Speicherung von und Zugriff auf Informationen auf dem Endgerät
 - ▶ **Ausnahme von Einwilligungspflicht.** „Unbedingt erforderlich“ für „ausdrücklich gewünschten Telemediendienst“ (§ 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG)

Anwendbarkeit der ePrivacy-Regelungen

▶ **Fingerprinting.**

- ▶ Aktives „Device Fingerprinting“: Erfragen von Gerätedaten (z.B. Bildschirmauflösung, installierte Schriften & Plugins)
- ▶ Passives „Fingerprinting“: Nutzen der Daten aus der Serveranfrage (z.B. IP-Adresse)

▶ **Registrierungsbasiertes Tracking.**

- ▶ Abhängig von Setzen von Cookies und Auslesen von Gerätedaten wie IDFA/AAID

▶ **Google FLoC.**

- ▶ **Google.** Zugriff durch Google?
- ▶ **Werbetreibende.** Ggf. abhängig davon, ob die Kohorten-ID (aktiv) mittels Script abgefragt oder bereits in einer erweiterten Serveranfrage „mitgesendet“ wird

Anwendbarkeit der DSGVO

- ▶ **Einwilligung erforderlich** (*Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO*) ?
 - ▶ **Schutzzweck.** Schutz der personenbezogenen Daten
 - ▶ **Anwendbarkeit.** Bei Identifizierbarkeit durch verarbeitete Daten
 - ▶ **Ausnahme von Einwilligungspflicht.** Verarbeitung für Vertrag oder aufgrund berechtigter Interessen erforderlich

Anwendbarkeit der DSGVO

Voraussetzung berechnigte Interessen (Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO)

- ▶ **Stufe 1.** Vorliegen eines berechtigten Interesses des Verantwortlichen oder eines Dritten (wirtschaftliche, ideelle oder rechtliche Interessen)
- ▶ **Stufe 2.** Erforderlichkeit der Datenverarbeitung zur Wahrung dieser Interessen (*mildestes unter gleich geeigneten Mitteln*)
- ▶ **Stufe 3.** Abwägung mit den Interessen, Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Person im konkreten Einzelfall (*z.B. Transparenz, Umfang, Opt-Out-Optionen*)

Anwendbarkeit der DSGVO

Berechtigte Interessen?

▶ **Fingerprinting.**

- ▶ Passives „Fingerprinting“: Abhängig von Konfiguration und Transparenz

▶ **Registrierungsbasiertes Tracking.**

- ▶ Abhängig von Konfiguration und Transparenz

▶ **Google FLoC.**

- ▶ **Google.** Verantwortlicher?
- ▶ **Werbetreibende.** Abhängig von Konfiguration und Transparenz.

Fazit und Ausblick

▶ Fazit

- ▶ Trackingtechnologien ohne Cookies regelmäßig ebenso einwilligungspflichtig
 - ▶ **ePrivacy**. Abhängig von Zugriff/Speicherung auf Endgerät
 - ▶ **DSGVO**. Abhängig von Konfiguration und Transparenz

▶ Ausblick

- ▶ **ePrivacy-VO-E**. Aktueller Entwurf sieht nur eine Ausnahme für First-Party-Reichweitenmessung, nicht aber für personalisierte Werbung vor
- ▶ **Anreiz**. Entwicklung von Technologien ohne Zugriff auf Endgerätedaten
- ▶ **Vorteil**. Keine Einwilligung nötig und Schutz der Privatsphäre und Daten der Nutzer:innen

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

- ▶ Für Rückfragen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung

Fabian Scharpf, Rechtsanwalt

JBB Rechtsanwälte, Berlin

scharpf@jbb.de