

Leseprobe zum Download



Liebe Besucherinnen und Besucher unserer Homepage,

tagtäglich müssen Sie wichtige Entscheidungen treffen, Mitarbeiter führen oder sich technischen Herausforderungen stellen. Dazu brauchen Sie verlässliche Informationen, direkt einsetzbare Arbeitshilfen und Tipps aus der Praxis.

Es ist unser Ziel, Ihnen genau das zu liefern. Dafür steht seit mehr als 25 Jahren die FORUM VERLAG HERKERT GMBH.

Zusammen mit Fachexperten und Praktikern entwickeln wir unser Portfolio ständig weiter, basierend auf Ihren speziellen Bedürfnissen.

Überzeugen Sie sich selbst von der Aktualität und vom hohen Praxisnutzen unseres Angebots.

Falls Sie noch nähere Informationen wünschen oder gleich über die Homepage bestellen möchten, klicken Sie einfach auf den Button "In den Warenkorb" oder wenden sich bitte direkt an:

FORUM VERLAG HERKERT GMBH Mandichostr. 18 86504 Merching

Telefon: 08233 / 381-123 Telefax: 08233 / 381-222

E-Mail: service@forum-verlag.com www.forum-verlag.com

IM FOKUS

Tracking, Profiling und Webanalysen – Orientierungshilfe für die Praxis

"Your Apps Know Where You Were Last Night, and They're Not Keeping It Secret" betitelt die New York Times ihren Artikel vom 10. Dezember 2018¹, der detailliert und nachvollziehbar die Location-Tracking-Methoden und den Umgang mit den gewonnenen User-Daten durch App-Anbieter darlegt.

nsbesondere der dort beschriebene Verkauf von Trackingdaten an Werbetreibende mit fehlender oder unzureichender Information bzw. Einwilligung des Nutzers ist datenschutzrechtlich grundsätzlich unzulässig. Beziehen sich solche Datenverarbeitungen auf Personen in der EU oder gehen sie von EU-Niederlassungen der Unternehmen aus, gilt nach Art. 3 DSGVO auch für diese die DSGVO. Einmal mehr verdeutlicht der Artikel die Ambivalenz von Tracking-Technologien und Profiling für Unternehmen: Der hohe Nutzen steht einer sehr risikoreichen Datenverarbeitung mit teilweise hoher Belastung der informationellen Selbstbestimmung betroffener Personen gegenüber.

Unternehmen sollten sich der Möglichkeiten eines rechtskonformen Einsatzes und der vermeintlichen Risiken dieser Technologien bewusst sein. Teilweise fehlen dazu derzeit insbesondere die Mittel in Form spezifischer Gesetze, gefestigter Rechtsprechung oder behördlicher Praxis. Gleichwohl soll im Folgenden versucht werden, die derzeitige Rechtslage zur Anwendung von Trackingmaßnahmen aufzuzeigen, insbesondere hinsichtlich der einschlägigen Rechtsgrundlage und vor dem Hintergrund der Auffassung der deutschen Aufsichtsbehörden.

Tracking, Profiling, Scoring

Tracking

Tracking im datenschutzrechtlichen Sinne ist die Verfolgung von persönlichem Verhalten betroffener Personen und die damit zusammenhängende



Verarbeitung personenbezogener Daten. Im Online-Umfeld wird Tracking insbesondere durch die Protokollierung von Informationen zum Surf- und Klickverhalten bzw. zum Aufenthaltsort der Nutzer realisiert. Trackingdaten einzelner Nutzer ergeben entsprechende Nutzerprofile, die auf Servern der trackenden Unternehmen – Websiteanbieter oder Dritte (z. B. Google Analytics) – gespeichert werden.

Webtracking erfolgt in der Regel mittels sogenannter Cookies oder Fingerprints, beim App-Tracking kommen alternative Techniken zum Einsatz, die denselben Zweck verfolgen.

Das Tracking und die damit erstellten Nutzerprofile nutzen Unternehmen – je nach Branche – zu verschiedensten Einsatzzwecken, wobei im Folgenden beispielhaft die Zwecke der Webanalyse, der Reichweitenmessung und der Werbung dargestellt sind.

¹ Der sehr lesenswerte Artikel ist abrufbar unter: https://www.nytimes.com/interactive/2018/12/10/business/location-data-privacy-apps.html (letzter Aufruf am 10.01.2019)



Profiling und Scoring

Nutzerprofile sind Ansammlungen personenbezogener Daten, stellen aber an sich noch kein Profiling i. S. d. DSGVO gem. Art. 4 Nr. 4 dar. Profiling liegt vor - und geht damit über die reine Profilerstellung hinaus, wenn mittels automatisierter Verarbeitung dieser Nutzerprofile und eventuell weiterer Daten eine Bewertung persönlicher Aspekte der hinter dem Nutzerprofil stehenden Person vorgenommen wird. Solche Aspekte können z. B. persönliche Vorlieben (trinkt gern Wein), Interessen (geht gern schwimmen) oder Verhalten (verlässt morgens um 6:30 Uhr das Haus) sein.



Beispiel Profiling:

Durch automatisierte Auswertung eines Nutzerprofils stellt ein Online-Händler fest, dass die Person regelmäßig hochpreisigen Rotwein bestellt. Dieses Merkmal des Nutzers wird mittels eines Algorithmus bewertet und es erfolgt eine Zuordnung zu den Kategorien "Weintrinker", "Vorliebe für Rotwein", "Genussmensch" und "wohlhabend".

Beim Scoring erfolgt die automatische Auswertung von Merkmalen zur Prognostizierung des künftigen Verhaltens einer Person mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit, z. B. pünktliche Ratenzahlung mit 55%iger Wahrscheinlichkeit (entspricht Ausfallrisiko xy).

Rechtsgrundlage

Unabhängig von dem verfolgten Zweck bedarf die Erstellung von Nutzerprofilen bzw. das Tracking immer einer datenschutzrechtlichen Rechtsgrundlage gem. Art. 6 Abs. 1 DSGVO. Hierfür kommen neben der Verarbeitung zur Erfüllung eines Vertrags insbesondere die berechtigten Interessen des Verantwortlichen sowie die Einwilligung der betroffenen Person in Betracht. Auf die letzten beiden Alternativen möchte ich mich im Folgenden beschränken, da in dieser Hinsicht derzeit erhöhte Rechtsunsicherheit und entsprechende Verunsicherung bei den Unternehmen besteht.

Berechtigte Interessen des Verantwortlichen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO

Die Einschlägigkeit dieser Rechtsgrundlage erfordert eine Interessenabwägung: Der Verantwortliche hat berechtigte Interessen an einer Datenverarbeitung und die (gegenläufigen) Interessen der davon betroffenen Person überwiegen nicht.

Die mit Trackingverfahren verfolgten Zwecke können grundsätzlich als "berechtigte Interessen" angesehen werden, zumindest soweit sie der Umsetzung (legitimer) Unternehmensinteressen dienen. Die bloße Erstellung von Nutzerprofilen, ohne konkrete Zweckbindung, verstößt gegen den Zweckbindungsgrundsatz und ist generell unzulässig.

Die verfolgten Zwecke sind vor Profilerstellung eindeutig festzulegen, dies ist auch erforderlich, da vom jeweiligen Zweck die Intensität der Belastung der betroffenen Personen und damit der Ausgang der Interessenabwägung abhängt. So stehen der rein statistischen Auswertung der eigenen Website aufgrund pseudonymer Nutzerprofildaten geringere oder weniger Betroffeneninteressen gegenüber als der Zusendung personalisierter Werbung, die aufgrund eines Profilings erfolgt.

Ergibt die Interessenabwägung, dass der geplanten Verarbeitung überwiegende Interessen der betroffenen Person entgegenstehen, kann sie aufgrund Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO nicht durchgeführt werden. Es muss dann geprüft werden, inwiefern eine Einwilligung der betroffenen Person als Rechtsgrundlage in Betracht kommt.

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

Die Einwilligung ist nach Art. 4 Nr. 1 "jede freiwillige für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden Daten einverstanden ist". Es ist hinlänglich bekannt, dass ein vorangekreuztes Kästchen (Opt-Out) grundsätzlich keine tragfähige Einwilligung darstellt.



IMFOKUS

Position der Aufsichtsbehörden

In ihrer Positionsbestimmung "Zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen ab dem 25. Mai 2018" von April 2018 beziehen die Aufsichtsbehörden Stellung hinsichtlich der einschlägigen Rechtsgrundlage für Tracking.

Ausschlaggebend ist auch für die Aufsichtsbehörden der mit dem Tracking verfolgte Zweck. Insofern gilt nach deren Ansicht:

- "Verarbeitungen, die unbedingt erforderlich sind, damit der Anbieter betroffenen Personen den angefragten Dienst zur Verfügung stellen kann", sind auf der Rechtsgrundlage der Vertragserfüllung (Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO) oder aufgrund berechtigter Interessen des Verantwortlichen legitimierbar.
- "Weitere Verarbeitungstätigkeiten" können aufgrund einer Interessenabwägung im Einzelfall auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO gestützt werden.
- Eine vorherige Einwilligung ist jedenfalls erforderlich "beim Einsatz von Tracking-Mechanismen, die das Verhalten von betroffenen Personen im Internet nachvollziehbar machen, und bei der Erstellung von Nutzerprofilen".

Webanalyse und Reichweitenmessung

Definitiv keiner Einwilligung bedürfen daher nur solche Cookies und korrespondierende Nutzerprofildaten, die zum Zwecke der Darstellung der Website zwingend erforderlich sind.

Webanalysen, die z. B. mit Google Analytics, Piwik oder eTracker möglich sind, unterfallen grundsätzlich der zweiten Kategorie und es muss eine Interessenabwägung im Einzelfall erfolgen. Die Erfüllung bestimmter Verarbeitungskriterien kann dabei die Gewichtung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen begünstigen, z. B.:

 Erstellung und Analyse ausschließlich pseudonymer Nutzerprofile (dies kann als zwingende Voraussetzung angesehen werden, da personenbezogene Nutzerprofile der dritten Kategorie unterfallen und nur mit Einwilligung erstellt werden dürfen, s. o.) und Anonymisierung der IP-Adresse z. B. durch Kürzung.

- Angemessene technische und organisatorische Maßnahmen, die insbesondere die Zusammenführung von Pseudonymen und Klardaten ausschließen.
- Transparenz der Verarbeitung gegenüber den betroffenen Personen, durch einwandfreie Erfüllung der Informationspflichten unter Nennung und Beschreibung des genutzten Drittanbieter-Diensts und Hervorhebung des Widerspruchsrechts. Meist stellen die Drittanbieter entsprechende Absätze zur Einbindung in die Datenschutzerklärung zur Verfügung.
- Implementierung einer Opt-Out-Möglichkeit, z. B. über einen entsprechenden Link.
- Automatisierte Löschung der Nutzerprofile nach Zweckerreichung oder Zweckfortfall.
- Bei Einbindung von Drittanbietern (z. B. Google Analytics): Einhaltung aller Voraussetzungen zum rechtskonformen Einsatz des Webanalyse-Tools des Drittanbieters. Über die genannten Voraussetzungen hinaus ist dies insbesondere der Abschluss eines Auftragsverarbeitungsvertrags.

Dasselbe gilt grundsätzlich auch für Reichweitenmessungen z. B. unter Nutzung des Skalierbaren Zentralen Messverfahrens (SZM). Dies sind berechtigte Interessen und damit einer Einzelfallabwägung zugänglich, wobei auch hier die Beachtung der oben genannten Kriterien zu Gunsten des Verantwortlichen ausschlägt.

Inwieweit eine Aufsichtsbehörde Webanalysen und Reichweitenmessungen – auch unter Beachtung der genannten Kriterien – als zulässig aufgrund berechtigter Interessen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO einstufen würde, kann derzeit nicht beurteilt werden. Damit verbleibt für diese Rechtsgrundlage ein Verarbeitungsrisiko. In jedem Fall sollte eine nachvollziehbare Dokumentation der Einzelfallabwägung erfolgen, um diese nachweisen zu können und insoweit der Rechenschaftspflicht zu genügen.

IM FOKUS



Direktwerbung inklusive Profiling

Soweit Pofiling (s. o.) stattfindet und es zur Auswertung einzelner Nutzerprofile kommt, ist dafür nach Auffassung der Aufsichtsbehörden in jedem Fall eine Einwilligung der betroffenen Person erforderlich.

Dies wird insbesondere im Zusammenhang mit Werbemaßnahmen relevant, die aufgrund erfolgten Profilings zielgerichtet an die Nutzer adressiert werden sollen.

Den Vorschriften der DSGVO lässt sich ein zwingendes Einwilligungserfordernis in dieser Hinsicht nicht entnehmen. So ergibt sich aus EG 47 beispielsweise eindeutig, dass "eine Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden [kann]". Zudem steht der betroffenen Person nach Art. 21 Abs. 2 Satz 2 DSGVO ein Widerspruchsrecht bei Direktwerbung und damit verbundenem Profiling zu, welches bei zwingend erforderlicher Einwilligung nicht nötig erscheint.

Letzten Endes bleibt abzuwarten, inwiefern künftig auf Auswertung von Nutzerprofilen (Profiling) gestützte Direktwerbung auch aufgrund einer Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO erfolgen kann. Insbesondere wird dies auf die Umstände im Einzelfall ankommen. Derzeit geht damit aber aufgrund der eindeutigen Positionierung der Aufsichtsbehörden ein sehr hohes Verarbeitungsrisiko einher.

Ausblick: ePrivacy-Verordnung

Die gesteigerte Rechtsunsicherheit in diesem Bereich ergibt sich insbesondere aufgrund fehlender spezifischer Regelungen. Insoweit wird die ePrivacy-Verordnung mehr Klarheit schaffen. Allerdings bezieht sich diese nur auf Daten, die auf dem Nutzer-Endgerät verarbeitet werden. Im Übrigen findet die DSGVO Anwendung, insbesondere in Bezug auf die weitere Verarbeitung der Daten bei dem Verantwortlichen.

Der derzeitige Entwurf der ePrivacy-Verordnung statuiert in Art. 8 ein grundsätzliches Verbot des Setzens und Abgreifens von Daten, die sich auf Endeinrichtungen der Nutzer befinden. Ausnahmen dazu sind für den Fall des Vorliegens einer Einwilligung sowie hinsichtlich bestimmter Verarbeitungszwe-

cke statuiert. Unter diesen ausgenommenen Verarbeitungszwecken befinden sich derzeit die Reichweitenmessung sowie auch bestimmte statistische Webanalysen. Direktmarketingzwecke sind von den Ausnahmen momentan nicht erfasst.

Mit Inkrafttreten der ePrivacy-Verordnung ist nicht vor 2020 zu rechnen.

Fazit

Soweit Unternehmen von Trackingmaßnahmen zu verschiedenen Zwecken Gebrauch machen, sollte dies nur nach jeweils eingehender Prüfung und entsprechender Dokumentation der Rechtmäßigkeit der Maßnahme erfolgen.

Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Ausführungen der deutschen Aufsichtsbehörden in ihrem Positionspapier "Zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen ab dem 25. Mai 2018" von April 2018. Während Webanalysen und Reichweitenmessungen danach in bestimmten Fällen womöglich noch aufgrund von Interessenabwägungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO durchführbar sind, ist für Direktmarketingmaßnahmen, die ein Profiling beinhalten, wohl grundsätzlich eine Einwilligung erforderlich. Die Vorschriften der DSGVO lassen durchaus auch andere Schlussfolgerungen zu. Es bleibt abzuwarten, wie sich die Gerichte zu dieser Frage positionieren werden.

Die ePrivacy-Verordnung wird womöglich mehr Rechtsklarheit schaffen, was jedoch nach derzeitigem Stand nicht zwingend mit erleichternden Umständen bei Unternehmen und Werbetreibenden verbunden sein wird.



Rechtsanwalt Martin Agethen, LL.M. Martin Agethen ist als Syndikusrechtsanwalt und Spezialist für Datenschutz und Datensicherheit bei der Deutschen

Telekom AG beschäftigt. Er hat mehrjährige Praxiserfahrung in der datenschutzrechtlichen Beratung und als externer Datenschutzbeauftragter.



Bestellmöglichkeiten



Datenschutz für Praktiker

Für weitere Produktinformationen oder bei der Bestellung hilft Ihnen unser Kundenservice gerne weiter:

Kundenservice

1 Telefon: 08233 / 381-123

Oder nutzen Sie bequem die Informations- und Bestellmöglichkeiten zu diesem Produkt in unserem Online-Shop:

Internet

https:/www.forum-verlag.com/details/index/id/15653

FORUM VERLAG HERKERT GMBH, Mandichostraße 18, 86504 Merching, Tel.: (08233) 381 123, E-Mail: service@forum-verlag.com, Internet: www.forum-verlag.com