

rechtmäßigen Offenlegung personenbezogener Daten des Betroffenen zu begehren, ohne die Löschung der Daten zu verlangen, unionsrechtlich zulässig erscheint.

Zusammenfassend hat der OGH entschieden, dass zur Frage, ob der grds aus dem Lösungsanspruch nach Art 17 DSGVO iVm § 1 Abs 3 Z 2 DSG abgeleitete Unterlassungsanspruch auch für sich genommen bestehen kann, ein bereits beim EuGH anhängiges Verfahren abgewartet werden muss.

Bearbeiter: Clemens Thiele

DSB: 2. Layer für Einwilligung unzulässig

» jusIT 2024/185

§ VO (EU) 2016/679: Art 3 Abs 2 lit b, Art 5 Abs 1 lit a, Art 6 Abs 1, Art 7 Abs 3, Art 17 Abs 1 lit d, Art 19, 58 Abs 2 lit d, Abs 6
RL 2002/58/EG: Art 5 Abs 1 und 3
DSG: §§ 1, 24 Abs 2 Z 5
TKG 2021: § 165 Abs 3

DSB 19. 9. 2023, 2023-0.632.875 (Cookie Layer)

1. Alle Formen des Trackings und der Profilerstellung im Internet unter Verwendung von Analysewerkzeugen, wie zB Cookies, die eine individuelle Rückverfolgung von Nutzern ermöglichen oder dem Zweck der individualisierten Werbung dienen (sog „gezielte Werbung“), fallen in den räumlichen Anwendungsbereich nach dem Sitz des betroffenen Nutzers (hier: Österreich), da dessen Verhalten insoweit iSv Art 3 Abs 2 lit b DSGVO „beobachtet“ wird.
2. Eine gültige Einwilligung für das Setzen oder Lesen von Cookies vom betroffenen Nutzer setzt bereits auf der ersten Ebene des Cookie-Banners die Möglichkeit voraus, die – vor Setzen der nicht notwendigen Cookies einzuholende – Einwilligung zu verweigern oder die Website ohne Einwilligung zu benutzen. Ein Banner, das erst auf der zweiten Ebene die Möglichkeit bietet, die Einwilligung zu verweigern, widerspricht daher Art 4 Abs 11 DSGVO iVm Art 5 Abs 1 ePrivacy-RL.
3. Die Verwendung von Analyse-Cookies auf Websites kann in keinem Fall als technisch unbedingt notwendig iSv § 165 Abs 3 TKG 2021 angesehen werden. Ihr Einsatz erfordert daher eine vorherige, vollinformierte und wirksame Einwilligung für die Verwendung solcher Analyse-Cookies und die damit verbundene Datenverarbeitung.

Anmerkung des Bearbeiters:

Der für die Verarbeitung Verantwortliche betrieb eine Website unter einer .com-Domain, die Nachrichten aus den Bereichen

Fitness und Sport anbot. Die Website verwies auch auf Webshops anderer Unternehmen, in denen die Kunden die vorgestellten Produkte kaufen konnten. Nach Betätigung der Schaltfläche „Shop“ auf der britischen Website hatten die Besucher der Website die Möglichkeit, eine Printausgabe der online verfügbaren Artikel nach Österreich zu bestellen. Die Website war nicht in deutscher Sprache verfügbar.

Der Betroffene und zugleich Beschwerdeführer hatte die Website beweisesichert am 24. 9. 2021 besucht; dort wurde ein Cookie-Banner angezeigt. Der Betroffene machte geltend, dass es aufgrund der Gestaltung des Cookie-Banners zu mehreren Verstößen gekommen sei und keine gültige Einwilligung eingeholt worden wäre. Nach dem Besuch der Website wurden auf dem Gerät der betroffenen Person zB einzigartige Nutzeridentifikationsnummern („unique ID“) und zahlreiche Cookies mit eindeutigen, zufällig generierten Werten gesetzt und ausgelesen. Die betroffene Person, vertreten durch noyb, reichte eine Beschwerde bei der DSB ein und verlangte, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche alle einschlägigen Verarbeitungstätigkeiten einstellt und alle relevanten personenbezogenen Daten löscht. Die Beschwerde enthielt auch ein Feststellungsbegehren nach § 24 Abs 2 Z 5 iVm § 1 DSG. Der für die Verarbeitung Verantwortliche argumentierte demgegenüber, dass die DSGVO nicht anwendbar wäre, da er gem Art 3 Abs 2 lit a DSGVO nicht bewusst und absichtlich Waren und Dienstleistungen in der EU anbieten würde. Der Beschwerdegegner machte weiters geltend, dass er sich zweifellos ausschließlich an den US-Markt wendete. Daher gäbe es keinen Grund, umfangreiche Änderungen an der Gestaltung des Cookie-Banners vorzunehmen. Der Websiteverantwortliche wandte außerdem ein, dass er den Marktstandard und die einschlägigen Leitlinien der DSGVO ohnehin einhielte. Dennoch löschte der Beschwerdegegner bis spätestens 11. 5. 2023 alle personenbezogenen Daten des Beschwerdeführers, informierte aber die Empfänger der Datenübermittlung nicht über die Löschung der personenbezogenen Daten.

Die DSB gab dem Begehren wegen unterlassener Mitteilungspflicht statt, wies das Lösungsbegehren und den Antrag auf Verhängung eines Verarbeitungsverbots aber ab; das Feststellungsbegehren wurde zurückgewiesen. Gleichzeitig erteilte die DSB an den Beschwerdegegner den Auftrag, innerhalb von vier Wochen bestimmte Übermittlungsempfänger von der Datenlöschung zu informieren; binnen einer Frist von acht Wochen wurde die Herstellung des rechtskonformen Zustands durch Implementierung rechtswirksamer Einwilligungsmöglichkeiten zur Cookie-Nutzung angeordnet.

Die DSB hat zutreffend den territorialen Anwendungsbereich für einen außerhalb der EU ansässigen Verantwortlichen bejaht. Der Einsatz von Cookies auf der Website stellt nämlich eine Verhaltensbeobachtung dar, für die weder Art 3 Abs 2 lit b DSGVO noch ErwGr 24 verlangen, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche ein bestimmtes Maß an „Zielgerichtetheit“ an den Tag legt, um festzustellen, ob die Beobachtungstätigkeit die Anwendung der DSGVO auf die Verarbeitungstätigkeit auslösen würde. Die Verwendung des Wortes „Beobachtung“ impliziert, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche mit der Erhebung und anschließenden



den Weiterverwendung der relevanten Daten über das Verhalten einer Person in der EU einen bestimmten Zweck verfolgt (so bereits *Jahnel*, DSGVO Art 3 Rz 22, zum „erweiterten räumlichen Anwendungsbereich“). Die DSB geht außerdem zutreffend davon aus, dass der materielle Anwendungsbereich der DSGVO erfüllt ist, da Cookies, die einen eindeutigen, zufällig generierten Wert enthalten und zum Zweck der Individualisierung und Aussonderung von Personen gesetzt werden, eine Verarbeitung personenbezogener Daten gem Art 4 Abs 1 DSGVO nach sich ziehen.

Die DSB prüfte dann, ob der für die Verarbeitung Verantwortliche eine gültige Einwilligung für das Setzen oder Lesen von Cookies erhalten hatte. Auf der ersten Ebene des Cookie-Banners gab es keine Möglichkeit, die Einwilligung zu verweigern oder die Website ohne Einwilligung zu betreten. Das Banner bot erst auf der zweiten Ebene die Möglichkeit, die Einwilligung zu verweigern, nachdem man auf der ersten Ebene auf „MEHRERFAHREN“ geklickt hatte. Unter Berufung auf die Unionsrechtsprechung (EuGH 4. 7. 2023, C-252/21 [Meta Platforms u.a.], ECLI:EU:C:2023:537 = jusIT 2023/88, 200 [Thiele] = ÖJZ 2023/143, 876 [Fuchs]; dazu *Gierlinger/Palmstorfer*, Wettbewerbsrecht und Datenschutzrecht in Zeiten von „Big Data“ – Gegenseitige Einflussnahme zulässig?, ÖZK 2023, 160) gelangt die DSB zur zutreffenden Auffassung, dass ein Verfahren, bei dem von den betroffenen Personen mehr Interaktionen für die Verweigerung der Einwilligung als für die Erteilung der Einwilligung verlangt werden, nicht mit dem Grundsatz der Verarbeitung nach Treu und Glauben gem Art 5 Abs 1 lit a DSGVO vereinbar ist. Folgerichtig müssen sowohl die Option „Akzeptieren“ als auch die Option „Ablehnen“ auf der ersten Ebene – gleichwertig und gleichrangig – sichtbar sein. Die DSB erteilte daher unter Fristsetzung den Auftrag, den Cookie-Banner so zu ändern, dass beim Besuch der Website eine gültige Einwilligung eingeholt wird. Darüber hinaus fehlte der einfache und klare Widerrufshinweis, sodass der für die Verarbeitung verantwortliche Betreiber angewiesen wurde,

seine Website so anzupassen, dass der Widerruf der Einwilligung für die verwendeten Cookies und die damit verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten leicht möglich ist.

Da keine gültige Einwilligung eingeholt wurde, war der für die Verarbeitung Verantwortliche verpflichtet, die Daten gem Art 17 Abs 1 lit d DSGVO zu löschen. Da der Beschwerdegegner gegenüber der Behörde glaubhaft machen konnte, die personenbezogenen Daten der betroffenen Person zum Zeitpunkt der Prüfung der Beschwerde durch die DSB nicht mehr zu speichern, stellte der vorliegende Bescheid fest, dass kein Verstoß gegen Art 17 DSGVO vorliegt. Der Beschwerdegegner hatte es jedoch – entgegen Art 19 DSGVO – verabsäumt, die Empfänger über die Löschung der Daten zu informieren; zumindest hat er die ihn nach Art 5 Abs 2 iVm Art 24 Abs 1 DSGVO diesbezüglich treffende Beweislast für die Einhaltung der Meldepflicht nicht erfüllt.

Ausblick: Dass und welche besonderen Analyse-Cookies, die vom Websitebetreiber eingesetzt werden (können), einer vorherigen Einwilligung und übersichtlichen Ausgestaltung der Cookie-Banner bedürfen, hat die DSB erst jüngst in einer weiteren Entscheidung konkretisiert (DSB 28. 10. 2024, 2024-0.633.166 [ORF-Cookies] – nicht rk). Die Praxis nimmt dies aufmerksam zur Kenntnis.

Zusammenfassend hat die DSB dem verantwortlichen Websitebetreiber amtswegig einen entsprechenden Leistungsauftrag erteilt, die Mängel seiner Cookie-Verarbeitung zu beheben, da es sich bei analytischen Cookies (insb Google Analytics) nicht um technisch notwendige Cookies handelt. So wurde insb aufgetragen, bereits auf der ersten Ebene des Cookie-Banners neben der Option „Akzeptieren“ („Accept“) eine optisch gleichwertige Ablehnungsalternative bereitzustellen und einen Widerrufshinweis zu implementieren.

Bearbeiter: Clemens Thiele

DATENSCHUTZRECHT JUDIKATUR – kurz & bündig

bearbeitet von
Dietmar Jahnel und Clemens Thiele

EuGH

Keine Verpflichtung zur Verhängung einer Geldbuße

» jusIT 2024/186

§ VO (EU) 2016/679: Art 57 Abs 1 lit a und f, Art 58 Abs 2

EuGH 26. 9. 2024, C-768/21 (Land Hessen – Handlungspflicht der Aufsichtsbehörde)

Die Aufsichtsbehörde ist im Fall der Feststellung einer Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten nicht verpflichtet, eine Abhilfemaßnahme zu ergreifen, insb eine Geldbuße zu verhängen, wenn ein solches Einschreiten nicht geeignet, erforderlich oder verhältnismäßig ist, um der festgestellten Unzulänglichkeit abzuhelpen und die umfassende Einhaltung dieser Verordnung zu gewährleisten.