

NUR PER E-MAIL AN info@capturemedia.ch

Capture Media AG
Löwenstrasse 3
8001 Zürich

Zürich, 13. Mai 2022 STG/GRF

fusedeck / «Cookieless Tracking» ohne Einwilligung

Sehr geehrte Damen und Herren

- 1 Mit fusedeck ermöglichen Sie Ihren Kundinnen und Kunden die Erfolgs- und Reichweitenmessung für Websites *ohne* Cookies («Cookieless Tracking»).
- 2 Nun ist die Frage aufgetaucht, ob auch für diese Art von Tracking eine Einwilligung gemäss der europäischen «Cookie-Richtlinie» und deren nationaler Umsetzungen¹ eingeholt werden muss («Cookie-Banner»).

1. Europäische Rechtsgrundlagen, insbesondere in Deutschland

1.1 Europäische ePrivacy-Richtlinie («EU-Cookie-Richtlinie»)

- 3 Für die Beantwortung dieser Frage müssen die einschlägigen Vorgaben der europäischen ePrivacy-Richtlinie, die 2009 mit dem nachfolgenden Art. 5 Abs. 3 ergänzt wurde und deshalb in dieser Hinsicht als «EU-Cookie-Richtlinie» bezeichnet wird, geprüft werden (mit **Hervorhebungen**):

*«Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Benutzung elektronischer Kommunikationsnetze für die **Speicherung von Informationen oder den Zugriff auf Informationen, die im Endgerät eines [...] Nutzers gespeichert sind, nur unter der Bedingung gestattet ist, dass der betreffende [...] Nutzer [...] klare und umfassende Informationen insbesondere über die Zwecke der Verarbeitung erhält und durch den für diese Verarbeitung Verantwortlichen auf das Recht hingewiesen wird, diese Verarbeitung zu verweigern. [...]»***

¹ Deutschland: § 25 TTDSG (in Kraft seit dem 1. Dezember 2021); Österreich: § 165 TKG (in Kraft seit dem 1. November 2021).

- 4 Demnach ist für die Speicherung von Informationen im Endgerät einer Nutzerin oder eines Nutzers oder für den Zugriff auf Informationen, die im Endgerät einer Nutzerin oder eines Nutzers gespeichert sind, ohne dass dafür eine technische Notwendigkeit besteht, die aktive, ausdrückliche, freiwillige, informierte und vorgängige Einwilligung der jeweiligen Nutzerin oder des jeweiligen Nutzers erforderlich. Die einzelnen Nutzerinnen und Nutzer müssen gemäss Praxis der europäischen Datenschutz-Aufsichtsbehörden eine gleichwertige Möglichkeit haben, in die Speicherung und / oder den Zugriff einzuwilligen oder diese Einwilligung zu verweigern.
- 5 Im Zusammenhang mit Geräten bzw. Browsern von Nutzerinnen und Nutzern wurden ursprünglich Cookies verwendet, um solche Informationen zu speichern oder auf solche gespeicherten Informationen zuzugreifen, weshalb bis heute von «Cookies» die Rede ist. Inzwischen gibt es andere Möglichkeiten, um solche Informationen zu speichern, die zusammenfassend häufig als «Web Storage» bezeichnet werden.
- 6 Beim «Cookieless Tracking» mit fusedeck werden keine «Cookies» gesetzt, das heisst, es werden keine Cookies oder sonstigen Informationen auf den Geräten bzw. in den Browsern von Nutzerinnen und Nutzern gespeichert.
- 7 Beim «Cookieless Tracking» mit fusedeck erfolgt auch kein Zugriff auf gespeicherte Cookies oder sonstige gespeicherte Informationen auf den Geräten bzw. in den Browsern von Nutzerinnen und Nutzern.
- 8 Hingegen werden beim «Cookieless Tracking» mit fusedeck Informationen, welche Geräte bzw. Browser standardmässig sowie unabhängig von fusedeck selbst an *jeden* Webserver übermitteln, um einzelne Inhalte bzw. Seiten abrufen zu können, verwendet, um Session-IDs («Cookieless Session Tracking») oder Session-IDs *und* Client-IDs («Cookieless Client Tracking») zu erstellen. Solche Informationen umfassen insbesondere die aufgerufene Internet-Adresse (URL), die gekürzte bzw. pseudonymisierte IP-Adresse und den User-Agent (siehe **Anhang 1** für die Einzelheiten).
- 9 Die IDs haben aus Sicht von Capture Media bzw. fusedeck wie auch aus Sicht der einzelnen Kundinnen und Kunden, die fusedeck einsetzen, ausdrücklich keinen Personenbezug, insbesondere durch Hashing und Salting der IDs.²
- 10 **Da beim «Cookieless Tracking» mit fusedeck kein aktiver Zugriff auf gespeicherte Informationen bei Nutzerinnen und Nutzern erfolgt, sondern lediglich Informationen verwendet werden, die standardmässig übertragen werden, ist die «EU-Cookie-Richtlinie» nicht anwendbar.**
- 11 **Im Ergebnis ist für das «Cookieless Tracking» mit fusedeck keine Einwilligung gemäss «EU-Cookie-Richtlinie» erforderlich.**

² Bei einem allfälligen Personenbezug wäre die europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) anwendbar.

1.2 Umsetzung der «EU-Cookie-Richtlinie» im deutschen und österreichischen Recht

- 12 Das gleiche Ergebnis ergibt sich aus der nationalen und damit direkt anwendbaren Umsetzung der «EU-Cookie-Richtlinie» in Deutschland (§ 25 Abs. 1 des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes, TTDSG, anwendbar für alle Daten bzw. Informationen, d. h. ohne Beschränkung auf personenbezogene Daten, mit **Hervorhebungen**):³

«Die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder der Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, sind nur zulässig, wenn der Endnutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen eingewilligt hat. [...]»

- 13 Das gleiche Ergebnis ergibt sich ebenfalls aus der nationalen und damit direkt anwendbaren Umsetzung der «EU-Cookie-Richtlinie» in Österreich (§ 165 Abs. 3 des Telekommunikationsgesetzes 2021, TKG, ausdrücklich beschränkt auf personenbezogene Daten und deren Ermittlung, mit **Hervorhebungen**):⁴

*«[...] Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft [...] sind verpflichtet, den Nutzer oder Benutzer darüber zu informieren, welche **personenbezogenen Daten** er verarbeitet wird, auf welcher Rechtsgrundlage und für welche Zwecke dies erfolgt und für wie lange die Daten gespeichert werden. Eine **Ermittlung** dieser Daten ist nur zulässig, wenn der Nutzer oder Benutzer seine Einwilligung dazu aktiv und auf Grundlage von klaren und umfassenden Informationen erteilt hat. [...]»*

- 14 Das «Cookieless»-Tracking mit fusedeck fällt demnach nicht in den Anwendungsbereich von TTDSG und TKG.

2. Äusserungen von Datenschutz-Aufsichtsbehörden

2.1 Orientierungshilfe der deutschen Datenschutzkonferenz (DSK)

- 15 Das gleiche Ergebnis ergibt sich aus der Orientierungshilfe der vereinigten deutschen Datenschutz-Aufsichtsbehörden (Datenschutzkonferenz, DSK) zum TTDSG.⁵ Massgeblich ist in dieser Hinsicht, was unter dem «Zugriff auf Informationen» gemäss «EU-Cookie-Richtlinie» bzw. TTDSG zu verstehen ist.

3 Vgl. bspw. KLAUS MEFFERT: Browser Fingerprinting und das TTDSG: Erlaubt oder nicht?, 15. / 16. November 2021, online abrufbar unter <https://dr-dsgvo.de/browser-fingerprinting-und-das-tdsg/>; MIKE KUKETZ: Meinung – Auch das TTDSG ermöglicht einwilligungsfreies Tracking, 18. November 2021, online abrufbar unter <https://www.kuketz-blog.de/?p=495439> (MIKE KUKETZ ist nach Angaben unter <https://www.kuketz-blog.de/ueber-mich/> Mitarbeiter des Landesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Baden-Württemberg, LfDI BW, das heisst Mitarbeiter einer deutschen Datenschutz-Aufsichtsbehörde).

4 Vgl. bspw. CHRISTOPH OBERMAYR: Die Umsetzung der Cookie-Regelung in Österreich, Linz 2017, online als PDF-Datei abrufbar unter <https://epub.jku.at/obvulihs/download/pdf/1706717>.

5 DSK: Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021 (OH Telemedien 2021), online abrufbar unter https://datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf.

- 16 Die DSK hält in ihrer Orientierungshilfe unter anderem fest, dass die ausschliessliche Verarbeitung von «*Informationen, wie Browser- oder Header-Informationen [...], die zwangsläufig oder aufgrund von (Browser-)Einstellungen [...] beim Aufruf [...] übermittelt werden*», «*nicht als <Zugriff auf Informationen, die bereits [...] gespeichert sind>, zu werten*» ist (mit **Hervorhebung**). Die DSK nennt als Beispiele ausdrücklich die «*Adresse der aufgerufenen Website (URL)*» bzw. aufgerufene einzelne Internet-Adressen, den «*User-Agent-String mit Browser- und Betriebssystem-Version*» und die «*eingestellte Sprache*» (Ziff. III / 1 lit. c).
- 17 Im unmittelbaren Anschluss an diese Erläuterungen – weiterhin unter Ziff. III / 1 lit. c – hält die DSK fest, welche Art von digitalen Fingerabdrücken bzw. von Fingerprinting nur mit Einwilligung zulässig sein soll: «*Demgegenüber ist es bereits als Zugriff von Informationen [...] der Endnutzer:innen zu werten, wenn **aktiv [...]** Eigenschaften eines Endgerätes ausgelesen und für die Erstellung eines Fingerprints an einen Server übermittelt werden.*» Und: «*[...] Browser-Fingerprinting [...] bezeichnet den Prozess der serverseitigen Bildung eines **möglichst eindeutigen und langlebigen (Hash-)Werts oder Abbildes** als Ergebnis einer mathematischen Berechnung von Browser-Informationen [...]*» (mit **Hervorhebungen**).
- 18 Im Umkehrschluss erfolgt kein «*Zugriff auf Informationen*», wenn Informationen *nicht* aktiv ausgelesen werden, um einen digitalen, möglichst *langlebigen* Fingerabdruck zu erstellen. Beim «*Cookieless Tracking*» mit fusedeck werden lediglich Informationen passiv ausgelesen, es erfolgt kein aktiver Zugriff und es gibt keine Langlebigkeit.
- 19 Das «*Cookieless Tracking*» mit fusedeck liegt damit nicht im Anwendungsbereich des TTDSG. Das erklärt sich bereits mit dem Schutzzweck von § 25 TTDSG, den die DSK in ihrer Orientierungshilfe wie folgt beschreibt: «*Endnutzer:innen werden also davor geschützt, dass Dritte unbefugt auf deren Endeinrichtung Informationen speichern oder auslesen und dadurch ihre Privatsphäre verletzen*» (Ziff. III / Einleitung). Ein solches Auslesen findet beim «*Cookieless Tracking*» mit fusedeck nicht statt.

2.2 Einschätzung der französischen CNIL

- 20 Das gleiche Ergebnis ergibt sich auch aus der Einschätzung der französischen Datenschutz-Aufsichtsbehörde CNIL⁶ in Bezug auf die mögliche Verwendung von Analytics- und Tracking-Software für die Erfolgs- und Reichweitenmessung ohne Einwilligung, übrigens ausdrücklich auch im Rahmen einer Auftragsverarbeitung (Hosting).
- 21 Im Rahmen dieser Einschätzung schliesst die CNIL nicht einmal die Verwendung von Cookies *ohne* Einwilligung absolut aus (mit **Hervorhebungen**):⁷

⁶ CNIL steht als Abkürzung für Commission nationale de l'informatique et des libertés; die französische Datenschutz-Aufsichtsbehörde gilt im europäischen Vergleich als besonders streng.

⁷ CNIL: Cookies – solutions pour les outils de mesure d'audience, 23. September 2021, online auf Französisch abrufbar unter <https://www.cnil.fr/fr/cookies-solutions-pour-les-outils-de-mesure-dauidience>.

«La gestion d'un site web ou d'une application mobile requiert généralement l'utilisation de **statistiques de fréquentation ou de performance**, souvent indispensables à la fourniture du service. Les **cookies** déposés dans cet objectif **peuvent être exemptés de consentement sous certaines conditions.**»

- 22 Die CNIL hält damit – unter Einhaltung bestimmter Vorgaben – sogar Tracking für möglich, bei dem Cookies *ohne* Einwilligung zum Einsatz kommen und geht damit über das «Cookieless Tracking» mit fusedeck hinaus.

2.3 Stellungnahme der europäischen Artikel 29-Datenschutzgruppe

- 23 Das Ergebnis lässt sich schliesslich aus der Stellungnahme 9/2014 zur Anwendung der Richtlinie 2002/58/EG auf die Nutzung des virtuellen Fingerabdrucks vom 25. November 2014 der damaligen Artikel 29-Datenschutzgruppe ableiten.⁸
- 24 Die Datenschutzgruppe erklärt in dieser Stellungnahme, gemäss RFC 6973 sei ein Fingerabdruck als eine «Reihe von Informationselementen zur Identifizierung eines Gerätes oder einer Anwendungsinstanz definiert», während für ihre Stellungnahme «der Begriff in einem weiteren Sinn verwendet» werde und «eine Reihe von Informationen, die dazu verwendet werden können, im Zeitablauf einen Nutzer, einen Benutzeragenten oder Geräte herauszugreifen, zu verknüpfen oder herzuleiten», umfasse.
- 25 Beim «Cookieless Tracking» mit fusedeck fehlt es insbesondere am Zeitablauf und das hauptsächliche Datenschutzrisiko, auf welches die Artikel 29-Gruppe abstellt, nämlich dass «eine Einzelperson mit [einem] virtuellen Fingerabdruck verknüpft und somit identifiziert oder identifizierbar gemacht werden» kann, entfällt.

3. «Cookieless Tracking» mit fusedeck ohne Einwilligung

- 26 **Kundinnen und Kunden, die fusedeck einsetzen, können vor dem geschilderten Hintergrund für das «Cookieless Tracking» mit fusedeck den Verzicht auf das Einholen einer Einwilligung gemäss «EU-Cookie-Richtlinie» begründen.**
- 27 Diese Begründung ist unabhängig davon möglich, ob «Cookieless Session Tracking» oder «Cookieless Client Tracking» eingesetzt wird, denn in Bezug auf den Anwendungsbereich der «EU-Cookie-Richtlinie» ist massgeblich, dass kein aktiver Zugriff auf Informationen erfolgt, sondern lediglich Informationen passiv ausgelesen bzw. von den Nutzerinnen und Nutzern standardmässig übermittelt werden.

⁸ Online abrufbar unter https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp224_de.pdf; die Artikel 29-Datenschutzgruppe war die Vorgängerin des heutigen Europäischen Datenschutzausschusses unter der damals geltenden EU-Datenschutz-Richtlinie, der Vorgängerin der heutigen europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO).

- 28 In Bezug auf die beiden verfügbaren «Cookieless Tracking»-Varianten hat «Cookieless Session Tracking» den Vorteil, dass im Vergleich zum «Cookieless Client Tracking» etwas einfacher argumentiert werden kann, dass keine personenbezogenen Daten verarbeitet werden.
- 29 Im Übrigen verweise ich auf die Erläuterungen zur «Verwendung von fusedeck ohne Einwilligung (ohne «Opt-in»)» vom 26. November 2019, insbesondere im Hinblick auf eine *allfällige* Verarbeitung von personenbezogenen Daten und deren Rechtfertigung im Rahmen der europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO).⁹

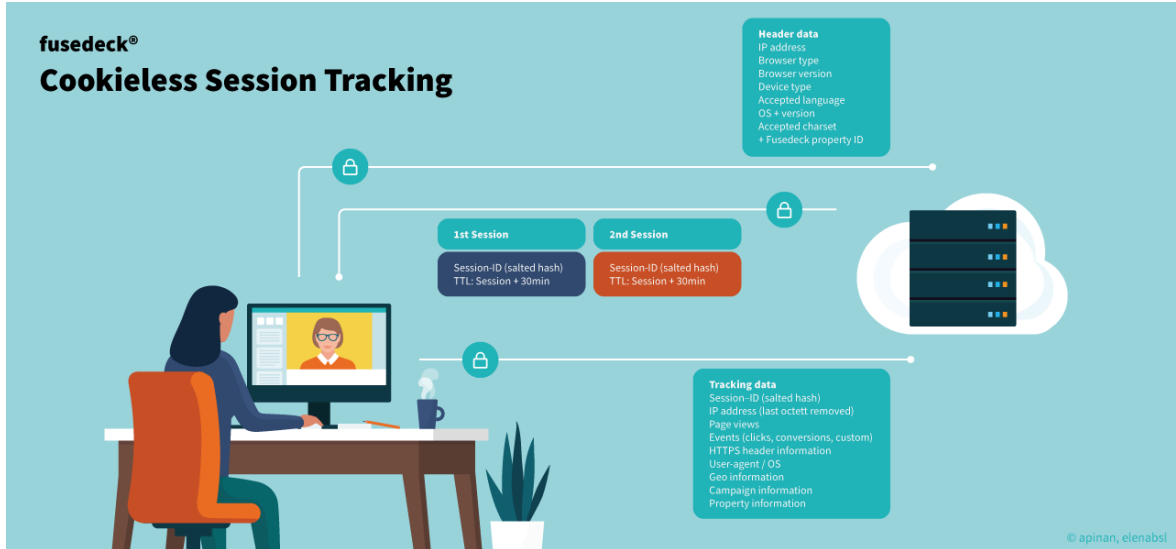
Freundliche Grüsse



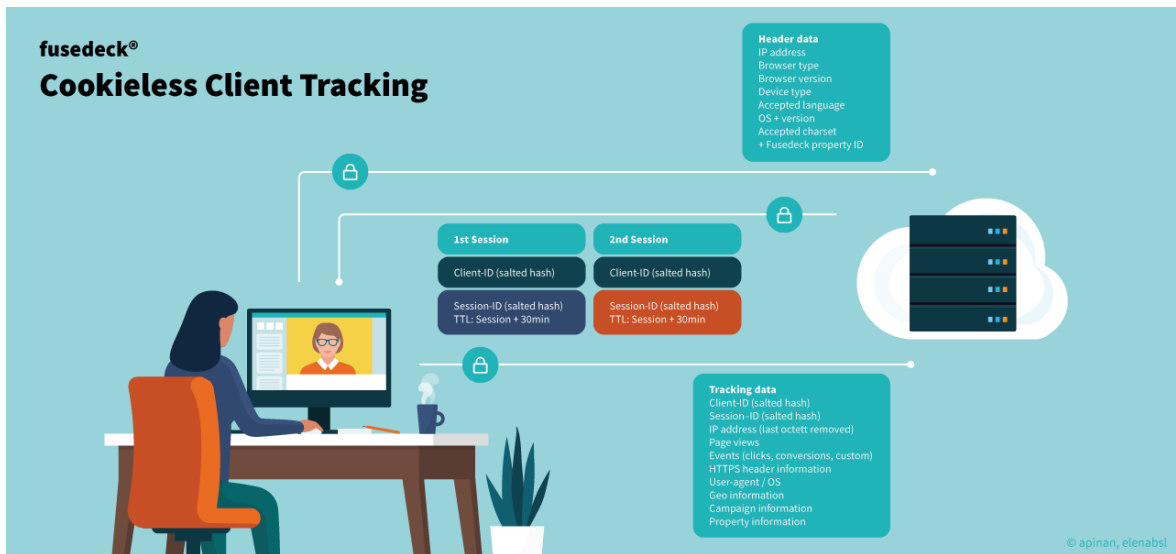
Martin Steiger

⁹ Online abrufbar unter https://fusedeck.com/wp-content/uploads/2021/05/Steiger-Legal_fusedeck-ohne-Einwilligung.pdf (PDF-Datei).

Anhang 1 – «Cookieless Tracking» mit fusedeck



«Cookieless Session Tracking» mit fusedeck gemäss Darstellung von Capture Media (4. November 2021)



«Cookieless Client Tracking» mit fusedeck gemäss Darstellung von Capture Media (4. November 2021)