

NUR PER E-MAIL AN info@cptr.com

cptr AG
Löwenstrasse 3
8001 Zürich
SCHWEIZ

Zürich, 20. Januar 2025 STG/LEU

fusedeck / Anwaltliche Einschätzung zum «Cookieless Tracking» ohne Einwilligung gemäss «EU-Cookie-Richtlinie»

Sehr geehrte Damen und Herren

- 1 Mit fusedeck ermöglichen Sie Ihren Kundinnen und Kunden die Erfolgs- und Reichweitenmessung für Websites *ohne* Cookies («Cookieless Tracking»),¹
- 2 Immer wieder taucht die Frage auf, ob *auch* für diese Art von Tracking eine Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer gemäss der «EU-Cookie-Richtlinie» und deren nationalen Umsetzungen eingeholt werden muss («Cookie-Banner»).
- 3 Wir zeigen mit der vorliegenden Einschätzung auf, dass Ihre Kundinnen und Kunden, die fusedeck einsetzen, für das «Cookieless Tracking» den Verzicht auf das Einholen einer Einwilligung gemäss «EU-Cookie-Richtlinie» begründen können. Ihre Kundinnen und Kunden können fusedeck mit «Cookieless Tracking» *ohne* «Cookie-Banner» und dergleichen einsetzen.
- 4 Wir begründen diese Einschätzung mit Verweis auf die Vorgaben der «EU-Cookie-Richtlinie» (Ziff. 1) und auf deren Umsetzung im Recht in einzelnen Ländern (Ziff. 2). Wir gleichen diese Rechtsgrundlagen ausserdem mit entsprechenden Äusserungen von Datenschutz-Aufsichtsbehörden ab, unter anderem in Deutschland (Ziff. 3).

¹ Vgl. <https://fusedeck.com/>.

Inhaltsverzeichnis

1.	Europäische ePrivacy-Richtlinie	3
1.1	Vorgaben der «EU-Cookie-Richtlinie» (Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie)	3
1.2	Keine Anwendbarkeit der «EU-Cookie-Richtlinie» beim «Cookieless Tracking» mit fusedeck	4
2.	Umsetzung der «EU-Cookie-Richtlinie» in einzelnen Ländern	5
2.1	Umsetzung der «EU-Cookie-Richtlinie» in Deutschland	5
2.2	Umsetzung der «EU-Cookie-Richtlinie» in Österreich	6
2.3	Umsetzung der «EU-Cookie-Richtlinie» nach dem Brexit im Vereinigten Königreich	6
2.4	Keine Umsetzung der «EU-Cookie-Richtlinie» im Fürstentum Liechtenstein	7
3.	Äusserungen von Datenschutz-Aufsichtsbehörden	7
3.1	Orientierungshilfen der deutschen Datenschutzkonferenz (DSK)	7
3.2	Einschätzung der französischen Datenschutz-Aufsichtsbehörde (CNIL)	9
3.3	Richtlinien des Europäischen Datenschutzausschusses (EDSA)	10
4.	Fazit: «Cookieless Tracking» mit fusedeck ohne Einwilligung	12

1. Europäische ePrivacy-Richtlinie

1.1 Vorgaben der «EU-Cookie-Richtlinie» (Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie)

- 5 Für die Beantwortung der Frage nach einer allenfalls erforderlichen Einwilligung müssen die einschlägigen Vorgaben der europäischen ePrivacy-Richtlinie², die 2009 mit dem nachfolgenden Art. 5 Abs. 3 ergänzt wurde und deshalb in dieser Hinsicht auch als «EU-Cookie-Richtlinie» bezeichnet wird, geprüft werden (mit **Hervorhebungen**):

*«Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die **Speicherung von Informationen** oder der **Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines [...] Nutzers gespeichert sind**, nur gestattet ist, wenn der betreffende [...] Nutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen, die er [...] u. a. über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine Einwilligung gegeben hat. Dies steht einer technischen Speicherung [...] nicht entgegen, wenn [...] dies unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der vom [...] Nutzer ausdrücklich gewünscht wurde, diesen Dienst zur Verfügung stellen kann.»*

- 6 Gemäss der «EU-Cookie-Richtlinie» ist für die Speicherung von Informationen im Endgerät einer Nutzerin oder eines Nutzers oder für den Zugriff auf Informationen, die *bereits* im Endgerät einer Nutzerin oder eines Nutzers gespeichert sind, ohne dass dafür – sinngemäss formuliert – eine technische Notwendigkeit besteht, die aktive, ausdrückliche, freiwillige, informierte und vorgängige Einwilligung der jeweiligen Nutzerin oder des jeweiligen Nutzers erforderlich. Informationen umfassen alle Daten und nicht allein personenbezogene Daten im datenschutzrechtlichen Sinn.
- 7 Das Einholen einer derart erforderlichen Einwilligung erfolgt mit einem «Cookie-Banner» oder einer vergleichbaren Lösung für «Consent Management». 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.
- 8 **Die «EU-Cookie-Richtlinie» erwähnt kein Tracking, sondern stellt technikneutral auf die Speicherung von Informationen und auf den Zugriff auf Informationen ab. Die «EU-Cookie-Richtlinie» betrifft deshalb nur Tracking mit einer entsprechenden Speicherung oder mit einem entsprechenden Zugriff.**
- 9 Bei der rechtlichen Beurteilung ist eine technische Betrachtung erforderlich. Beim Zugriff auf Informationen geht es darum, , ob ein Zugriff im Sinn der «EU-Cookie-Richtlinie» erfolgt, und falls ja, ob

2 Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) i.V.m. Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung [...] der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation [...].

die zugegriffenen Informationen bereits auf dem Gerät bzw. im Browser der Nutzerinnen und Nutzer gespeichert waren. In der rechtlichen Diskussion ist häufig pauschal von «Fingerprinting» und dergleichen die Rede, ohne dass eine differenzierte technische Betrachtung erfolgt. So kann sachlogisch kein Zugriff auf Informationen erfolgen, wenn die Geräte – normalerweise über einen Browser – automatisch, also immer und ohne Aufforderung, Informationen selbst an den angefragten Server senden, um einen bestimmten Inhalt abrufen zu können. Dazu zählen beispielsweise die IP-Adresse und der User-Agent.

- 10 Im Zusammenhang mit Geräten bzw. Browsern von Nutzerinnen und Nutzern wurden ursprünglich Cookies verwendet, um Informationen zu speichern oder auf gespeicherte Informationen zuzugreifen, weshalb bis heute von «Cookies» die Rede ist. Inzwischen gibt es gängige Möglichkeiten, um solche Informationen zu speichern, die über Cookies hinausgehen, die zusammenfassend häufig als «DOM Storage» oder «Web Storage» bezeichnet werden.

1.2 Keine Anwendbarkeit der «EU-Cookie-Richtlinie» beim «Cookieless Tracking» mit fusedeck

- 11 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.
- 12 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. Die digitale Infrastruktur bzw. die Server von fusedeck fordern keine Informationen von den Geräten bzw. den Browsern an.
- 13 Beim «Cookieless Tracking» mit fusedeck werden *ausschliesslich* Informationen, die Geräte bzw. Browser *standardmässig und unabhängig* von fusedeck selbst an *jeden* Webserver übermitteln, um einen bestimmten Inhalt bzw. einzelne Seiten abrufen zu können, *passiv* erfasst und verwendet, um anonymisierte Session-IDs («Cookieless Session Tracking») oder anonymisierte Session-IDs *und* Client-IDs («Cookieless Client Tracking») zu erstellen. Die Informationen umfassen insbesondere die vom Browser bzw. Gerät abgerufene Internet-Adresse (URL), die direkt gekürzte bzw. pseudonymisierte IP-Adresse und den automatisch übermittelten User-Agent (siehe **Anhang 1** für die Einzelheiten). Es handelt sich in jedem Fall um Sessions-ID, das heisst nicht um langlebige IDs.
- 14 Die IDs haben aus Sicht von fusedeck und den einzelnen Kundinnen und Kunden, die fusedeck einsetzen, ausdrücklich keinen Personenbezug, insbesondere durch Hashing und Salting der IDs im

flüchtigen Speicher³. Die Daten auf Seite von fusedeck sind anonymisiert, denn um einen Personenbezug herzustellen, wäre ein Aufwand erforderlich, der nicht bloss unverhältnismässig, sondern unmöglich erscheint.

- 15 **Beim «Cookieless Tracking» mit fusedeck erfolgt *kein aktiver* Zugriff auf gespeicherte Informationen bei Nutzerinnen und Nutzern. Beim «Cookieless Tracking» mit fusedeck werden *ausschliesslich* Informationen *passiv* erfasst und verwendet, die *standardmässig* übertragen werden. Die «EU-Cookie-Richtlinie» ist aufgrund dieser Umsetzung von «Cookieless Tracking» nicht anwendbar.**
- 16 **Im Ergebnis ist für das «Cookieless Tracking» mit fusedeck keine Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer gemäss «EU-Cookie-Richtlinie» erforderlich.**

2. Umsetzung der «EU-Cookie-Richtlinie» in einzelnen Ländern

2.1 Umsetzung der «EU-Cookie-Richtlinie» in Deutschland

- 17 Das gleiche Ergebnis wie für die «EU-Cookie-Richtlinie» ergibt sich aus der nationalen und damit direkt anwendbaren Umsetzung der «EU-Cookie-Richtlinie»⁴ in Deutschland mit dem Telekommunikation-Digitale-Dienste-Datenschutz-Gesetz (TDDDG).⁵
- 18 Die Umsetzung in Deutschland erfolgt mit § 25 Abs. 1 TDDDG mit Anwendbarkeit für alle Daten bzw. Informationen, das heisst ohne Beschränkung auf personenbezogene Daten (mit **Hervorhebungen**):

«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. [...]»

3 Bei einem Personenbezug wäre die europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), offiziell Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG [...], anwendbar.

4 Die «EU-Cookie-Richtlinie» ist als europäische Richtlinie in EU-Mitgliedstaaten nicht direkt anwendbar, sondern erfordert eine Umsetzung im nationalen Recht in allen EU-Mitgliedstaaten.

5 Das TDDDG trägt seinen Namen erst seit Mai 2024 und hiess vorher – mit im Wesentlichen identischem Inhalt – Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz (TTDSC).

- 19 **Im Ergebnis fällt das «Cookieless Tracking» mit fusedeck nicht in den Anwendungsbereich des deutschen TDDDG, weshalb keine Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer erforderlich ist.⁶**

2.2 Umsetzung der «EU-Cookie-Richtlinie» in Österreich

- 20 Das gleiche Ergebnis ergibt sich aus der nationalen und damit direkt anwendbaren Umsetzung der «EU-Cookie-Richtlinie» in Österreich mit dem Telekommunikationsgesetz 2021 (TKG).
- 21 Die Umsetzung in Österreich erfolgt mit § 165 Abs. 3 TKG mit Anwendbarkeit *ausschliesslich* auf personenbezogene Daten und deren Ermittlung (mit **Hervorhebungen**):

*«[...] Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft [...] sind verpflichtet, den Nutzer oder Benutzer darüber zu informieren, welche **personenbezogenen Daten** er verarbeiten 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. [...].»*

- 22 **Im Ergebnis fällt das «Cookieless Tracking» mit fusedeck nicht in den Anwendungsbereich des österreichischen TKG, weshalb keine Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer erforderlich ist.**

2.3 Umsetzung der «EU-Cookie-Richtlinie» nach dem Brexit im Vereinigten Königreich

- 23 Im Vereinigten Königreich wurde die «EU-Cookie-Richtlinie» noch vor dem Brexit mit den The Privacy and Electronic Communications Regulations (PECR) umgesetzt. Die Umsetzung gilt auch nach dem Brexit.
- 24 Die einschlägige Regulation 6 Abs. 1 u. 2 lautet auf Englisch wie folgt (mit **Hervorhebung**):

*«[...] a person shall **not store or gain access to information stored in the terminal equipment of a [...] user unless the [following] requirements [...]** are met. The requirements are that the [...] user of that terminal equipment (a) is provided with clear and comprehensive information about the purposes of the storage of, or access to, that information; and (b) has given his or her consent.»*

- 25 Inoffizielle Übersetzung auf Deutsch: *«[...] eine Person darf **keine Informationen im Endgerät eines [...] Nutzers speichern oder auf solche Informationen zugreifen**, es sei denn, die [folgenden] Anforderungen [...] sind erfüllt. Die Anforderungen sind, dass der [...] Nutzer dieses Endgeräts (a) klare und umfassende*

6 Vgl. bspw. ausführlich KLAUS MEFFERT: Browser Fingerprinting und das TDDDG: Erlaubt oder nicht?, 5. Dezember 2024, online abrufbar unter <https://dr-dsgvo.de/browser-fingerprinting-und-das-ttdsg/>; vgl. auch MIKE KUKETZ: Meinung – Auch das TTDSG ermöglicht einwilligungsfreies Tracking, 18. November 2021, online abrufbar unter <https://www.kuketz-blog.de/meinung-auch-das-ttdsg-ermoeglicht-einwilligungsfreies-tracking/> (MIKE KUKETZ ist gemäss Angaben unter <https://www.kuketz-blog.de/uebermich/> als Mitarbeiter beim Landesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Baden-Württemberg, LfDI BW, tätig, d.h. Mitarbeiter einer deutschen Datenschutz-Aufsichtsbehörde).

Informationen über die Zwecke der Speicherung oder des Zugriffs auf diese Informationen erhält und (b) seine [...] Zustimmung erteilt hat.»

26 Die Umsetzung der «EU-Cookie-Richtlinie» im Vereinigten Königreich ist mit der Umsetzung in Deutschland vergleichbar.

27 **Im Ergebnis fällt das «Cookieless Tracking» von fusedeck nicht in den Anwendungsbereich der britischen PECR, weshalb keine Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer erforderlich ist.**

2.4 Keine Umsetzung der «EU-Cookie-Richtlinie» im Fürstentum Liechtenstein

28 Die Datenschutz-Aufsichtsbehörde im Fürstentum Liechtenstein, die Datenschutzstelle, weist darauf hin, dass die Richtlinie 2009/136/EG bislang nicht für den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) übernommen wurde.⁷ Im Fürstentum Liechtenstein gibt es deshalb keine nationale Umsetzung der «EU-Cookie-Richtlinie».

3. Äusserungen von Datenschutz-Aufsichtsbehörden

3.1 Orientierungshilfen der deutschen Datenschutzkonferenz (DSK)

29 Die deutsche Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (Datenschutzkonferenz, DSK) äussert in ihrer aktuellen Orientierungshilfe «Digitale Dienste» von Ende 2024⁸ ihre Meinung zum TDDDG. Massgeblich ist in dieser Hinsicht, was gemäss DSK unter dem «Zugriff auf Informationen» gemäss «EU-Cookie-Richtlinie» bzw. TDDDG zu verstehen sein soll.

30 In dieser aktuellen Orientierungshilfe lässt es die DSK in dieser Hinsicht teilweise an Klarheit vermissen. In der vorherigen Orientierungshilfe «Telemedien»⁹ im gleichen Zusammenhang von Ende 2021 hatte die DSK richtigerweise noch Klarheit geschaffen.¹⁰

7 Vgl. DATENSCHUTZSTELLE FÜRSTENTUM LIECHTENSTEIN: Cookies, online abrufbar unter <https://www.datenschutzstelle.li/datenschutz/themen-z/cookies>.

8 DATENSCHUTZKONFERENZ (DSK): Orientierungshilfe [...] für Anbieter:innen von digitalen Diensten (OH Digitale Dienste) in Version 1.2 mit Stand vom November 2024, online abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/OH_Digitale_Dienste.pdf.

9 In Deutschland wurden «Telemedien» in «digitale Dienste» umbenannt.

10 DATENSCHUTZKONFERENZ (DSK): Orientierungshilfe [...] für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021 (OH Telemedien 2021) mit Stand vom 20. Dezember 2021, online abrufbar unter https://datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf.

- 31 Einleitend beschrieb die DSK damals den Schutzzweck von § 25 TTDSG wie folgt (Ziff. III / Einleitung):
- «Endnutzer:innen werden also davor geschützt, dass Dritte unbefugt auf deren Endeinrichtung Informationen speichern oder auslesen und dadurch ihre Privatsphäre verletzen.»*
- 32 Danach erklärte die DSK, dass die Umsetzung der «EU-Cookie-Richtlinie» «*technikneutral formuliert*» sei, «*so dass alle Techniken und Verfahren erfasst werden, mittels derer das Speichern und Auslesen von Informationen erfolgen kann*» (ab Ziff. III / 1 lit. c).
- 33 Daran anschliessend erläuterte die DSK, was unter «Browser-Fingerprinting» zu verstehen sein soll:
- «[...] 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, wie beispielsweise Bildschirmauflösungen, Betriebssystemversionen oder installierte Schriften.»*
- 34 Ferner stellte die DSK klar, was unter einem «Zugriff auf Informationen» zu verstehen sein soll und was nicht (mit **Hervorhebung**):
- «Ein Zugriff setzt eine gezielte und nicht durch die Endnutzer:innen veranlasste Übermittlung der Browser-Informationen voraus. **Werden ausschliesslich Informationen, wie Browser- oder Header-Informationen, verarbeitet, die zwangsläufig oder aufgrund von (Browser-)Einstellungen des Endgerätes beim Aufruf eines Telemediendienstes übermittelt werden, ist dies nicht als <Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind>, zu werten.**»*
- 35 Am gleichen Ort nannte die DSK schliesslich als Beispiele für *keinen* Zugriff ausdrücklich die «*öffentliche IP-Adresse der Endeinrichtung*», die «*Adresse der aufgerufenen Website (URL)*», den «*User-Agent-String mit Browser- und Betriebssystem-Version*» und die «*eingestellte Sprache*».
- 36 Gleichzeitig stellte die DSK klar, was einen Zugriff darstellen soll, nämlich «*wenn aktiv – beispielsweise mittels JavaScript-Code – Eigenschaften eines Endgerätes ausgelesen und für die Erstellung eines Fingerprints an einen Server übermittelt werden.*»
- 37 Im Ergebnis erfolgt *kein* Zugriff, wenn Informationen *nicht aktiv* ausgelesen oder anderweitig erfasst werden, um einen digitalen, möglichst *langlebigen* Fingerabdruck zu erstellen. Beim «*Cookieless Tracking*» mit *fusedeck* erfolgt kein Zugriff in diesem Sinn, denn es werden *ausschliesslich* Informationen *passiv* erfasst und verwendet.
- 38 In ihrer aktuellen Orientierungshilfe beschreibt die DSK unverändert den Schutzzweck von § 25 TDDDG (Ziff. III / Einleitung bzw. Rz. 16) und erklärt ebenfalls unverändert die technikneutrale Ausgestaltung (Ziff. III / 1 lit. c bzw. Rz. 21). Ferner erklärt die DSK unverändert, was unter Browser-Fingerprinting zu verstehen sein soll, und erläutert genauso unverändert, dass in diesem Fall das *aktive* Auslesen einen Zugriff darstellen soll (Rz. 23 f.).

39 Hingegen versäumt es die DSK in ihrer aktuellen Orientierungshilfe klarzustellen, was im Allgemeinen unter einem «Zugriff auf Informationen» zu verstehen sein soll und was nicht. Die DSK nennt auch keine Beispiele für *keinen* Zugriff mehr.

40 Die DSK erklärt nicht, wieso in ihrer aktuellen Orientierungshilfe die hilfreichen Beispiele und überhaupt die Klarstellung aus der vorherigen Orientierungshilfe fehlen.

41 In der Einführung ihrer aktuellen Orientierungshilfe hält die DSK immerhin ausdrücklich fest, dass sich die deutsche Rechtslage nicht geändert hat (Ziff. I / Einleitung bzw. Rz. 6):

«Der neue § 25 TDDDG entspricht inhaltlich der Vorgängernorm des § 25 TTDSG. Die OH Digitale Dienste ist an die neue Terminologie angepasst.»

42 Die danach von der DSK erwähnten «Aktualisierungen in den Rz. 114 ff. [...] um Rechtsentwicklungen seit 2021 abzubilden» betreffen nicht den «Zugriff auf Informationen», sondern das Einholen einer allenfalls erforderlichen Einwilligung bei Anwendbarkeit der «EU-Cookie-Richtlinie» bzw. des TDDDG.

43 Die DSK erklärt wie erwähnt nicht, wieso sie es in ihrer aktuellen Orientierungshilfe teilweise an Klarheit im Vergleich zur vorherigen Orientierungshilfe vermissen lässt. In der Folge kann weiterhin auf die Beispiele und überhaupt auf die Klarstellung aus der vorherigen Orientierungshilfe abgestellt werden.

44 **Im Ergebnis fällt das «Cookieless Tracking» mit fusedeck auch gemäss den Orientierungshilfen der DSK nicht in den Anwendungsbereich des deutschen TDDDG, weshalb keine Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer erforderlich ist.**

3.2 Einschätzung der französischen Datenschutz-Aufsichtsbehörde (CNIL)

45 Die Einschätzung der französischen Datenschutz-Aufsichtsbehörde CNIL¹¹ in diesem Zusammenhang ist hilfreich, da die CNIL im europäischen Vergleich als besondere streng gilt. Einschlägig ist die Einschätzung der CNIL über Cookies als «*solutions pour les outils de mesure d'audience*», also sinngemäss als «*Lösungen für Hilfsmittel zur Reichweitenmessung*».¹²

46 In dieser Einschätzung befasst sich die CNIL mit der möglichen Verwendung von Analytics- und Tracking-Software für die Erfolgs- und Reichweitenmessung *ohne* Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer, übrigens auch im Rahmen einer Auftragsverarbeitung (Hosting).

¹¹ CNIL steht für die französische Commission nationale de l'informatique et des libertés.

¹² CNIL: Cookies – solutions pour les outils de mesure d'audience, 15. September 2023, online auf Französisch abrufbar unter <https://www.cnil.fr/fr/cookies-et-autres-traceurs/regles/cookies-solutions-pour-les-outils-de-mesure-daudience>.

47 In diesem Rahmen hält die CNIL sogar das Tracking *mit* Cookies *ohne* Einwilligung unter bestimmten Voraussetzungen für möglich:

«La gestion d'un site web [...] 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.»

48 Übersetzung auf Deutsch: *«Die Verwaltung einer Website [...] erfordert in der Regel die Nutzung von Besuchs- oder Leistungsstatistiken, die oft für die Bereitstellung des Dienstes unerlässlich sind. Cookies, die zu diesem Zweck gesetzt werden, können unter bestimmten Bedingungen von der Zustimmungspflicht ausgenommen sein.»*

49 Die CNIL hält die Verwendung von Cookies *ohne* Einwilligung unter zwei Voraussetzungen für möglich:

- *«[Ces traceurs doivent] avoir une finalité strictement limitée à la seule mesure de l'audience du site [...] (mesure des performances, détection de problèmes de navigation, optimisation des performances techniques ou de son ergonomie, estimation de la puissance des serveurs nécessaires, analyse des contenus consultés), pour le compte exclusif de l'éditeur.»*
- *«[Ces traceurs doivent] servir à produire des données statistiques anonymes uniquement.»*

50 Übersetzung auf Deutsch:

- *«[Das Tracking muss] eine streng auf die ausschliessliche Messung der Reichweite der Website [...] beschränkte Zielsetzung haben (Leistungsmessung, Erkennung von Navigationsproblemen, Optimierung der technischen Leistung oder der Benutzerfreundlichkeit, Abschätzung der erforderlichen Serverkapazität, Analyse der aufgerufenen Inhalte) und ausschliesslich für den Website-Betreiber bestimmt sein.»*
- *«[Das Tracking muss] ausschliesslich zur Erstellung anonymen statistischer Daten dienen.»*

51 **Das Tracking *mit* Cookies, welches das CNIL unter den genannten Voraussetzungen für möglich hält, geht aufgrund der Verwendung von Cookies über das «Cookieless Tracking» mit fusedeck hinaus. Dabei erfüllt das «Cookieless Tracking» mit fusedeck die zwei Voraussetzungen, welche die CNIL für das Tracking *mit* Cookies und *ohne* Einwilligung nennt.**

52 **Im Ergebnis bestätigt die Einschätzung der CNIL, dass für das «Cookieless Tracking» mit fusedeck keine Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer erforderlich ist.**

3.3 Richtlinien des Europäischen Datenschutzausschusses (EDSA)

53 Der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA), welcher die frühere europäische Artikel-29-Datenschutzgruppe ablöste, versucht in seinen Richtlinien zu Art. 5 Ziff. 3 der ePrivacy-Richtlinie, das

heisst zur «EU-Cookie-Richtlinie», deren Umsetzung durch europäische Datenschutz-Aufsichtsbehörden zu vereinheitlichen¹³.

- 54 Der EDSA betont den Schutzzweck der «EU-Cookie-Richtlinie» (Rz. 28):

«In a nutshell, the [ePrivacy Directive] is a privacy preserving legal instrument aiming to protect the [...] integrity of devices. [...] in the case of natural persons, the user's terminal equipment is part of their private sphere and that accessing information stored on it without their knowledge may seriously intrude upon their privacy.»

- 55 Übersetzung auf Deutsch: «Kurz gesagt, die [ePrivacy-Richtlinie] ist ein datenschutzwahrendes Rechtsinstrument, das darauf abzielt, die [...] Integrität von Geräten zu schützen. [...] Im Fall natürlicher Personen gehört das Endgerät des Nutzers zu deren Privatsphäre, und der Zugriff auf darauf gespeicherte Informationen ohne deren Wissen kann eine erhebliche Verletzung ihrer Privatsphäre darstellen.»

- 56 Im Zusammenhang mit Fingerprinting verweist der EDSA auf seine Definition noch als Artikel-29-Datenschutzgruppe und betont den Aspekt des Zeitablaufs (Ziff. 3, mit **Hervorhebung**)¹⁴:

*«RFC69739 defines a fingerprint as <a set of information elements that identifies a device or application instance>. This Opinion uses the term in a broad sense, meaning that it includes a set of information that can be used to single out, link or infer a user, user agent or device **over time**.»*

- 57 Übersetzung auf Deutsch: «RFC69739 definiert einen Fingerabdruck als <eine Menge von Informationselementen, die ein Gerät oder eine Anwendungsinstanz identifizieren>. Diese Stellungnahme verwendet den Begriff in einem weiten Sinne, was bedeutet, dass er eine Menge von Informationen umfasst, die dazu verwendet werden können, einen Nutzer, einen User-Agent oder ein Gerät **im Zeitablauf** zu identifizieren, zu verknüpfen oder Rückschlüsse darauf zu ziehen.»

- 58 Der EDSA betont in seinen Richtlinien, dass der «Zugriff auf Informationen» bedeutet, dass entsprechende Schritte dafür unternommen werden, normalerweise «proaktiv» (Rz. 32 mit **Hervorhebungen**):

*«Whenever an entity **takes steps towards gaining access to information** stored in the terminal equipment, Article 5(3) [of the ePrivacy Directive] would apply. **Usually this entails the accessing entity to proactively send specific instructions to the terminal equipment in order to receive back the targeted information**. For example, this is the case for cookies, where the accessing entity instructs the terminal equipment to **proactively send information on each subsequent Hypertext Transfer Protocol (<http>) call**.»*

¹³ EDSA: Guidelines 2/2023 on Technical Scope of Art. 5(3) of ePrivacy Directive in Version 2.0 vom 7. Oktober 2024, online abrufbar auf Englisch unter https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-22023-technical-scope-art-53-eprivacy-directive_en.

¹⁴ ARTIKEL-29-DATENSCHUTZGRUPPE: Opinion 9/2014 on the application of Directive 2002/58/EC to device fingerprinting vom 25. November 2014, online abrufbar auf Englisch unter https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp224_en.pdf.

- 59 Übersetzung auf Deutsch: «Sobald eine Einrichtung **Massnahmen ergreift, um Zugriff auf Informationen zu erhalten**, die in einem Endgerät gespeichert sind, findet Artikel 5(3) [der ePrivacy-Richtlinie] Anwendung. **In der Regel bedeutet dies, dass die zugreifende Einrichtung dem Endgerät proaktiv spezifische Anweisungen sendet, um die gewünschten Informationen zurückzuerhalten.** Dies ist beispielsweise bei Cookies der Fall, bei denen die zugreifende Einrichtung das Endgerät anweist, bei jedem nachfolgenden Hypertext Transfer Protocol (<http>)-Aufruf proaktiv Informationen zu senden.»
- 60 Der EDSA erwähnt als Beispiel für den (aktiven) Zugriff ausdrücklich Anweisungen mittels JavaScript, um den Browser zu veranlassen, bestimmte Informationen zu senden (Rz. 34).
- 61 Der EDSA erwähnt ferner ausgewählte «Use Cases», das heisst «Fallbeispiele» (Ziff. 3 bzw. Rz. 40 ff.). In diesem Rahmen hält der EDSA die Selbstverständlichkeit fest, dass auch der Zugriff auf Informationen wie IP-Adressen (Rz. 42 u. 54 f.) oder HTTP-Header (Rz. 43) unter die «EU-Cookie-Richtlinie» fallen *kann*. Es kommt tatsächlich nicht allein auf die Informationen an, sondern ob, und falls ja, und wie darauf (aktiv) zugegriffen wird oder nicht.
- 62 Beim «Cookieless Tracking» mit fusedeck fehlt es an Massnahmen, die – proaktiv oder anderweitig – ergriffen werden, um Zugriff auf Informationen zu erhalten. Ferner besteht kein Risiko für eine Verletzung der Privatsphäre der Informationen auf den Geräten bzw. in den Browsern der Nutzerinnen und Nutzer, da fusedeck *ausschliesslich* Informationen *passiv* erfasst und verwendet, die Geräte bzw. Browser *von sich aus* an jeden Webserver übermitteln, um einzelne Seiten abrufen zu können. Solche Informationen fallen offensichtlich nicht unter die Privatsphäre der Nutzerinnen und Nutzer.
- 63 **Im Ergebnis fällt das «Cookieless Tracking» mit fusedeck auch gemäss den Richtlinien des EDSA nicht in den Anwendungsbereich der «EU-Cookie-Richtlinie», weshalb keine Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer erforderlich ist.**

4. Fazit: «Cookieless Tracking» mit fusedeck ohne Einwilligung

- 64 **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.**
- 65 Diese Begründung ist unabhängig davon möglich, ob «Cookieless Session Tracking» oder «Cookieless Client Tracking» eingesetzt wird. Im möglichen Anwendungsbereich der «EU-Cookie-Richtlinie» ist – vereinfacht gesagt – immer massgeblich, dass *kein aktiver* Zugriff auf Informationen auf den Geräten bzw. in den Browsern der Nutzerinnen und Nutzer erfolgt sowie der Schutzzweck der «EU-Cookie-Richtlinie» nicht verletzt wird.

- 66 Beim «Cookieless Tracking» mit fusedeck hat die Variante «Cookieless Session Tracking» den Vorteil, dass im Vergleich zur Variante «Cookieless Client Tracking» etwas einfacher aufgezeigt werden kann, dass keine personenbezogenen Daten verarbeitet werden.¹⁵
- 67 Bei den geschilderten Äusserungen von Datenschutz-Aufsichtsbehörden ist unabhängig davon zu beachten, dass diese Gewicht haben, aber nicht das geltende Recht darstellen. Aufsichtsbehörden äussern immer wieder Meinungen, die nicht mit dem geltenden Recht und der entsprechenden Rechtsprechung übereinstimmen.
- 68 Ferner ist zu beachten, dass die Meinungen, die Datenschutz-Aufsichtsbehörden äussern, nicht immer den einfachsten rechtlichen Weg darstellen. So geht man insbesondere nur scheinbar auf Nummer sicher, wenn man versucht, eine nicht erforderliche Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer einzuholen, denn in vielen Fällen gelingt es nicht, die hohen Anforderungen an eine rechtsgültig eingeholte Einwilligung zu erfüllen.

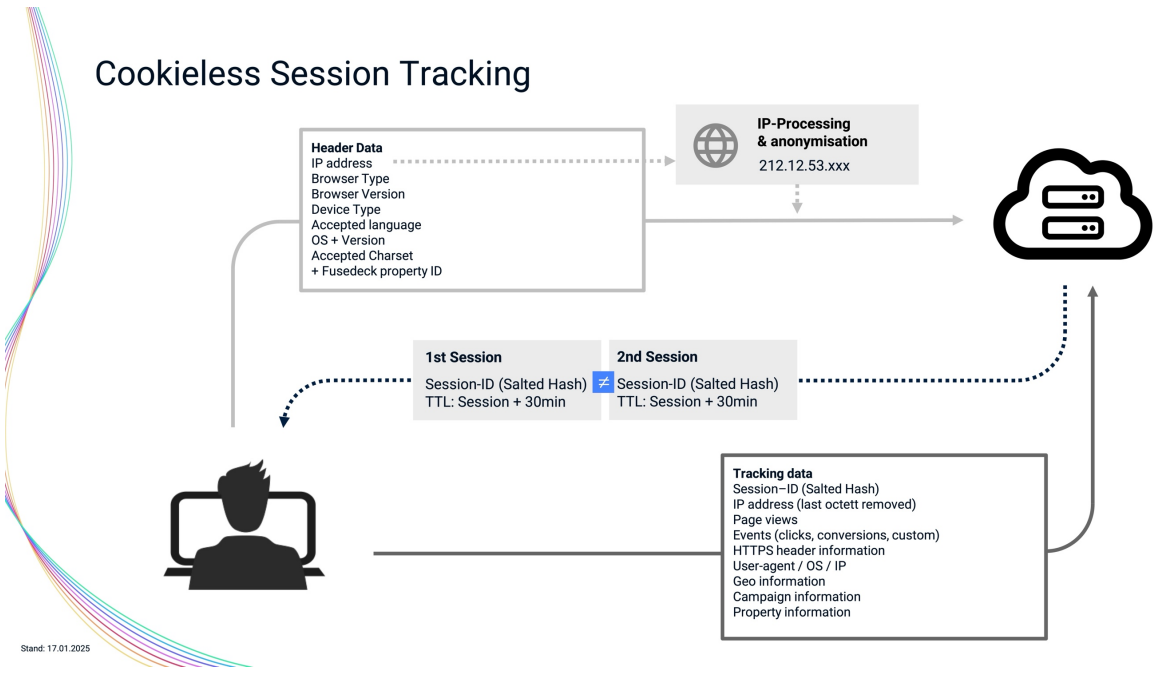
Freundliche Grüsse



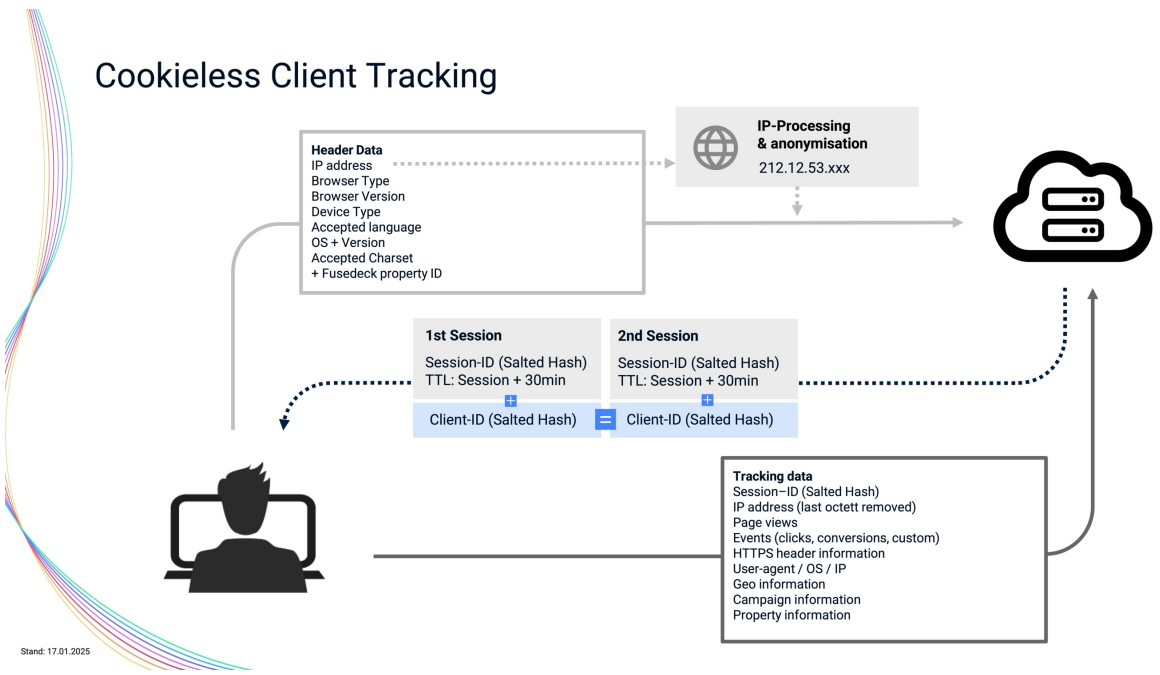
Martin Steiger

¹⁵ Die Anwendbarkeit der europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) wird in dieser Einschätzung nicht geprüft.

Anhang 1: Grafische Darstellung von «Cookieless Tracking» mit fusedeck



«Cookieless Session Tracking» mit fusedeck gemäss Darstellung der cptr AG.



«Cookieless Client Tracking» mit fusedeck gemäss Darstellung der cptr AG.