

RECHTSKONFORME COOKIES AUF WEBSITES NACH EUROPÄISCHEM UND SCHWEIZERISCHEM RECHT

MARTIN STEIGER

Rechtsanwalt, Steiger Legal, Zürich

Stichworte: Website, Cookies, Datenschutz, Europäische Union, Schweiz

Immer mehr Websites weisen Ihre Nutzerinnen und Nutzer aktiv auf die Verwendung von Cookies hin. Rechtlicher Hintergrund ist die sogenannte Cookie-Richtlinie der Europäischen Union (EU), doch kennt auch die Schweiz eine gesetzliche Cookie-Regelung. In der EU gilt das Opt-in-Prinzip, in der Schweiz das Opt-out-Prinzip. Vorliegend werden die europäischen und schweizerischen Regulierungen für Cookies skizziert sowie Empfehlungen für deren Umsetzung durch Website-Betreiberinnen und -Betreiber in der Schweiz abgegeben.

I. Einleitung

Wer auf Websites ausserhalb der Schweiz surft, erhält immer häufiger einen Hinweis angezeigt, wonach man mit der weiteren Nutzung der jeweiligen Website stillschweigend in die Verwendung von Cookies einwillige. Auch gibt es Websites, die sogar um eine ausdrückliche Einwilligung zur Verwendung von Cookies bitten. Viele andere Websites erklären zumindest, wie Cookies im eigenen Browser deaktiviert werden können.

Auf der Website von Twitter¹ findet sich beim ersten Besuch beispielsweise folgender Hinweis:

«Um Dir Twitter zur Verfügung zu stellen, benutzen wir und unsere Partner Cookies auf unserer und anderen Websites. Cookies helfen dabei, Inhalte von Twitter persönlich abzustimmen, Twitter Ads individuell anzupassen, ihre Performance zu messen und Twitter für Dich besser, schneller und sicherer zu machen. Durch die Nutzung unserer Services erklärst Du Dich mit unserer Nutzung von Cookies einverstanden.»

Der Hinweis verlinkt auf die umfangreichen Erklärungen *«So verwendet Twitter Cookies und ähnliche Technologien»²* im Hilfe-Center von Twitter.

Rechtlicher Hintergrund der erwähnten Hinweise, erbetenen Einwilligungen und Erklärungen im Zusammenhang mit Cookies auf Websites ist die sogenannte Cookie-Richtlinie der Europäischen Union (EU) von 2009. Diese Richtlinie ist grundsätzlich auch für Betreiber von Websites in der Schweiz relevant. In der Schweiz besteht seit 2007 eine eigene Cookie-Regelung, die im Vergleich zur europäischen Cookie-Richtlinie aber wesentlich weniger restriktiv ist.

Cookies, deutsch Kekse, sind ursprünglich kleine Textdateien, die beim Besuch von Websites durch den Browser temporär oder dauerhaft auf dem verwendeten Computer abgespeichert werden. Beim nächsten Besuch einer Website kann diese bestehende Cookies auslesen. Solche Cookies ermöglichen, dass man beim erneuten Besuch einer Website als Nutzerin oder Nutzer wiedererkannt wird und dadurch keine erneute Anmeldung unter Angabe von Nutzernamen sowie Passwort notwendig ist.

Inzwischen werden Cookies allerdings vorwiegend verwendet, um Nutzerprofile über die Internetnutzung zu erstellen, was insbesondere personalisierte oder zumindest zielgruppenorientierte Werbung ermöglicht und dabei nicht zwingend auf einzelne Websites beschränkt ist. Für dieses Tracking gibt es mittlerweile auch weitere Formen von Cookies, zum Beispiel auf Grundlage von Adobe Flash (Local Shared Objects, LSO) oder mit sogenannter Web Storage (DOM Storage). Ausserdem ist Tracking auch ohne Cookies möglich, beispielsweise durch Auswertung der spezifischen Browser- und System-Konfiguration, die bei den meisten Nutzerinnen und Nutzern eine eindeutige Wiedererkennung ermöglicht.

¹ <https://twitter.com/?lang=de>.

² <https://support.twitter.com/articles/20170514>.

Website von Twitter mit Hinweis auf Cookies

II. Opt-in: Cookie-Richtlinie der Europäischen Union

Bei der sogenannten Cookie-Richtlinie handelt es sich um die europäische Richtlinie 2009/136/EG³. Die Richtlinie trat am 19.12.2009 in Kraft und revidierte die bestehende europäische Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (Richtlinie 2002/58/EG)⁴. Bei dieser Revision wurden insbesondere die datenschutzrechtlichen Voraussetzungen für die Verwendung von Cookies verschärft, weshalb die Bezeichnung als Cookie-Richtlinie weit verbreitet ist.

Seit Inkrafttreten der Cookie-Richtlinie dürfen Cookies nur noch verwendet werden, wenn die Nutzerinnen und Nutzer einer Website nach vorgängiger Aufklärung ihre Einwilligung erteilt haben (Opt-in-Prinzip beziehungsweise Informed Consent). Die Cookie-Richtlinie gilt nicht nur für herkömmliche Cookies mit Textdateien, sondern für jegliches Speichern von Informationen auf Endgeräten von Nutzerinnen und Nutzern wie beispielsweise Desktop-Computern oder Smartphones.

Die Cookie-Richtlinie gilt als Ausnahme nicht für Cookies, die zwingend erforderlich sind, beispielsweise um angemeldete Nutzerinnen und Nutzer zu erkennen oder

um einen Warenkorb auf einer E-Commerce-Website zu pflegen. Allerdings dürften in der Praxis die meisten Cookies nicht zwingend erforderlich sein, denn sie werden vorwiegend im Zusammenhang mit Werbung und für das Erstellen von Nutzerprofilen über die Internetnutzung verwendet.

III. Umsetzung der Cookie-Richtlinie in EU-Mitgliedstaaten

Die Cookie-Richtlinie musste durch die einzelnen EU-Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden, was bis heute nicht überall ausdrücklich geschehen ist. In Deutschland beispielsweise fehlt ein entsprechendes Gesetz, doch geht die Europäische Kommission – eher über-

³ Richtlinie 2009/136/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0011:0036:de:PDF>.

⁴ Richtlinie 2002/58/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:de:PDF>.

raschend – davon aus, die bestehenden Voraussetzungen im deutschen Datenschutz- und Fernmelderecht sähen bereits ausreichende Einschränkungen für Cookies vor, so dass eine ausdrückliche Umsetzung nicht notwendig sei.

Die genaue Umsetzung der Cookie-Richtlinie ist innerhalb der EU umstritten. So ist unklar, wie genau die Einwilligung zur Verwendung von Cookies auf Websites erfolgen muss. Gemäss den – rechtlich unverbindlichen – einleitenden Erwägungen der Cookie-Richtlinie muss die Umsetzung «so benutzerfreundlich wie möglich» erfolgen. Nationale Umsetzungen müssten demnach das Opt-in-Prinzip vorschreiben, dürften aber die Benutzerfreundlichkeit beim Surfen auf Websites mit Cookies nicht unverhältnismässig einschränken.

In der Praxis von Website-Betreibern ist die Umsetzung der Cookie-Richtlinie, wie sie Twitter verwendet, weit verbreitet. Bei dieser Umsetzung werden Nutzerinnen und Nutzer beim ersten Besuch einer Website aktiv mit meist deutlich hervorgehobenen Hinweisen über die Verwendung von Cookies informiert und gleichzeitig um ihre stillschweigende Einwilligung durch die weitere Nutzung der jeweiligen Website gebeten. Gleichzeitig wird auf Hilfeseiten verwiesen, die erklären, wie Cookies zumindest in den gängigen Browsern deaktiviert werden können.

Die Einwilligung kann pauschal erfolgen und ist nicht für jedes einzelne Cookie notwendig. Als Einwilligung genügt hingegen nicht, dass der verwendete Browser die Verwendung von Cookies auf den jeweils gerade besuchten Website generell zulässt. Dabei handelt es sich üblicherweise um eine Standardeinstellung und deshalb nicht um eine Einwilligung durch einzelne Nutzerinnen und Nutzer. Bei minderjährigen Nutzerinnen und Nutzern muss die Einwilligung wie auch in vielen anderen rechtlichen Angelegenheiten durch die gesetzlichen Vertreter erfolgen, was sich in der Praxis allerdings kaum durchsetzen lässt.

IV. Relevanz der Cookie-Richtlinie für Website-Betreiber in der Schweiz

Als europäisches Recht beziehungsweise Recht von einzelnen EU-Mitgliedstaaten ist die Cookie-Richtlinie in der Schweiz nicht direkt anwendbar. Die meisten schweizerischen Websites sind aber auch für Nutzerinnen sowie Nutzer in der EU abrufbar und verwenden gleichzeitig Cookies. Es ist deshalb für Website-Betreiber in der Schweiz grundsätzlich empfehlenswert, die europäische Cookie-Richtlinie umzusetzen.

Für gängige Content Management Systems (CMS) wie Drupal, Joomla, TYPO3 oder WordPress sind Plugins für eine unkomplizierte Umsetzung der Cookie-Richtlinie verfügbar.

V. Opt-out: Cookie-Regelung in der Schweiz

Die schweizerische Cookie-Regelung findet sich in Art. 45c lit. b des Fernmeldegesetzes (FMG)⁵ und ist seit dem 1.4.2007 in Kraft. Das «*Bearbeiten von Daten auf fremden*

Geräten durch fernmeldetechnische Übertragung» ist demnach «*nur erlaubt, [...] wenn die Benutzerinnen und Benutzer über die Bearbeitung und ihren Zweck informiert sowie darauf hingewiesen werden, dass sie die Bearbeitung ablehnen können.*» Gemäss Art. 53 FMG kann ein Verstoß gegen diese Cookie-Regelung als Ordnungswidrigkeit mit Busse bis zu CHF 5000.– bestraft werden. Bislang wurden – soweit ersichtlich – in der Schweiz noch keine Bussen wegen Verstößen gegen die Cookie-Regelung verhängt.

Website-Betreiber in der Schweiz müssen gemäss dieser Cookie-Regelung ihre Nutzerinnen und Nutzer über die Verwendung von Cookies informieren und dabei insbesondere auch den Zweck der Cookie-Verwendung nennen. Sie müssen ausserdem erklären, wie Cookies abgelehnt beziehungsweise im Browser deaktiviert werden können. Die Schweiz folgt damit im Gegensatz zur EU grundsätzlich dem Opt-out-Prinzip. Als Ausnahme ist eine ausdrückliche Einwilligung notwendig, wenn mit Cookies besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile bearbeitet werden (Art. 4 Ziff. 5 DSG)⁶.

Im Rahmen der schweizerischen Cookie-Regelung, die keine Formvorschriften vorsieht, genügt üblicherweise ein entsprechender Hinweis in der Datenschutzerklärung. Auf den meisten Websites ist eine solche Datenschutzerklärung genauso wie das Impressum in der Fusszeile jeder einzelnen Seite verlinkt. Manche Website-Betreiber weisen in ihren Datenschutzerklärungen dabei darauf hin, dass allenfalls nur mit Cookies alle Funktionen ihrer Websites genutzt werden können.

Als Teil einer Datenschutzerklärung einer Website könnte die schweizerische Cookie-Regelung wie folgt formuliert werden:

«Diese Website verwendet Cookies. Cookies sind kleine Textdateien, die beim Besuch dieser Website in Ihrem Computer dauerhaft oder temporär gespeichert werden. Zweck der Cookies ist insbesondere die Analyse der Nutzung dieser Website zur statistischen Auswertung sowie für kontinuierliche Verbesserungen.

In Ihrem Browser können Sie Cookies in den Einstellungen jederzeit ganz oder teilweise deaktivieren. Bei deaktivierten Cookies stehen Ihnen allenfalls nicht mehr alle Funktionen dieser Website zur Verfügung.»

Die Formulierung muss im Einzelfall gemäss den tatsächlich verwendeten Cookies und deren Zweck angepasst werden. Für Dritt-Cookies, beispielsweise von Diensten wie Google Analytics, Social-Media-Plattformen oder Werbenetzwerken, ist eine entsprechend erweiterte Datenschutzerklärung notwendig. Viele Anbieter von solchen Diensten sehen in ihren Nutzungsbedingungen ausdrücklich vor, dass die Nutzerinnen und Nutzer von Websites auf die verwendeten Cookies hingewiesen werden müssen.

⁵ Fernmeldegesetz (FMG) vom 30. 4. 1997, SR 784.10.

⁶ Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. 6. 1992, SR 235.1.1

VI. Empfehlungen für Website-Betreiber in der Schweiz

- *Schweizerische Cookie-Regelung immer umsetzen:* Betreiber von Websites in der Schweiz sollten die schweizerische Cookie-Regelung immer umsetzen. Die Umsetzung kann als Teil einer – meist schon bestehenden – Datenschutzerklärung erfolgen. In diesem Rahmen sollten Informationen über die verwendeten Cookies und deren Zweck sowie über Opt-out-Möglichkeiten veröffentlicht werden. Für Opt-out-Möglichkeiten sind Erklärungen zu den entsprechenden Cookie-Einstellungen in gängigen Browsern sinnvoll. Gängige Browser sind Chrome, Firefox, Internet Explorer und Safari jeweils unter Android, iOS, OS X und Windows.
- *Europäische Cookie-Richtlinie allenfalls auch umsetzen:* Da die meisten schweizerischen Websites Cookies ver-

wenden sowie für Nutzerinnen und Nutzer aus der EU abrufbar sind, ist grundsätzlich auch eine Umsetzung der Cookie-Richtlinie der EU empfehlenswert. Nutzerinnen und Nutzer sollten beim ersten Website-Besuch mit einem entsprechenden Hinweis auf die Verwendung von Cookies hingewiesen sowie um ihre zumindest stillschweigende Einwilligung durch die weitere Website-Nutzung gebeten werden. Für ergänzende Informationen zur Cookie-Verwendung kann auf eine Datenschutzerklärung oder allenfalls auch auf Hilfeseiten verlinkt werden.

- *Etwaige Dritt-Cookies berücksichtigen:* Sofern Dritt-Cookies verwendet werden, ist sowohl gemäss europäischer Cookie-Richtlinie als auch gemäss schweizerischer Cookie-Regelung eine erweiterte Datenschutzerklärung notwendig.

Lucerne University of
Applied Sciences and Arts

HOCHSCHULE LUZERN

Wirtschaft
Institut für Finanzdienstleistungen Zug
IFZ

Master/Diploma/Certificate of Advanced Studies

MAS Economic Crime Investigation

Start 13. Lehrgang: 23. April 2015

Info-Veranstaltungen: 29. Januar und 5. März 2015, 17.15 Uhr, IFZ, Zug

DAS Compliance Management

Start 16. Lehrgang: 4. September 2015

CAS Finanz- und Rechnungswesen für Juristen

Start 11. Lehrgang: 8. Mai 2015

Info-Veranstaltung: 11. Februar 2015, 18.15 Uhr, Time Lounge/Bar, HB Zürich

www.hslu.ch/ifz-weiterbildung, T +41 41 757 67 67, ifz@hslu.ch

FH Zentralschweiz

Wissen, wer dahinter steht.

www.staempfliverlag.com

1.888-10.015