



Stellungnahme 2/2010 zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting

Angenommen am 22. Juni 2010

Die Arbeitsgruppe wurde gemäß Artikel 29 der Richtlinie 95/46/EG eingesetzt. Sie ist das unabhängige Beratungsgremium der Europäischen Union in Datenschutzfragen. Ihre Aufgaben sind in Artikel 30 der Richtlinie 95/46/EG sowie in Artikel 15 der Richtlinie 2002/58/EG festgelegt.

Die Sekretariatsgeschäfte werden wahrgenommen durch die Generaldirektion Justiz, Freiheit und Sicherheit, Direktion D (Grundrechte und Unionsbürgerschaft) der Europäischen Kommission, B-1049 Brüssel, Belgien, Büro LX-46 01/190.

Website: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_de.htm

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung.....	3
1. Einleitung.....	4
2 Online-Werbung auf Basis von Behavioural Targeting.....	5
2.1. Vertriebssysteme zur Sendung von Werbung auf Basis von Behavioural Targeting.....	5
2.2. Tracking-Technologien.....	6
2.3. Erstellen von Profilen, Kennungsarten	8
3. Rechtsrahmen.....	9
3.1. Einleitung.....	9
3.2. Der Anwendungsbereich von Artikel 5 Absatz 3 und von Richtlinie 95/46/EG..	10
3.2.1. Materieller Anwendungsbereich von Artikel 5 Absatz 3	10
3.2.2. Materieller Anwendungsbereich der Richtlinie 95/46/EG: Verarbeitung personenbezogener Daten	11
3.2.3. Zusammenspiel zwischen den beiden Richtlinien.....	11
3.2.4. Territorialer Anwendungsbereich von Artikel 5 Absatz 3 und Richtlinie 95/46/EG	12
3.3. Rollen und Verantwortlichkeiten der verschiedenen Akteure	12
4. Verpflichtung zur vorherigen Einholung der Einwilligung in Kenntnis der Sachlage	15
4.1. Die Verpflichtung zur Einholung der vorherigen Einwilligung der betroffenen Personen im Fall von Werbung auf Basis von Behavioural Targeting.....	16
4.1.1. Einwilligung über die Browser-Einstellungen.....	16
4.1.2. Einwilligung und die Ausübung von Opt-out-Optionen.....	19
4.1.3. Vorherige Mechanismen der Einwilligung durch Opt-in sind besser für eine Einwilligung in Kenntnis der Sachlage geeignet	20
4.1.4. Einwilligung in Kenntnis der Sachlage: Kinder.....	21
4.2. Die Informationspflicht im Zusammenhang mit Werbung auf Basis von Behavioural Targeting	21
4.2.1 Welche Informationen müssen gegeben werden und von wem?	22
5. Sonstige Verpflichtungen und Grundsätze im Sinne der Richtlinie 95/46/EG.....	24
5.1. Verpflichtungen bezüglich besonderer Kategorien personenbezogener Daten	24
5.2. Einhaltung der Grundsätze in Bezug auf die Qualität der Daten.....	25
5.3. Rechte der betroffenen Person	26
5.4. Sonstige Verpflichtungen.....	26
<u>s</u> 6. Schlussfolgerungen und Empfehlungen	27
6.1. Geltende Rechtsvorschriften	27
6.2. Zuständigkeit, territorialer Anwendungsbereich - Niederlassung	28
6.3. Rollen und Verantwortlichkeiten.....	28
6.4. Verpflichtungen und Rechte	28

Zusammenfassung

Werbung auf Basis von Behavioural Targeting besteht in der Verfolgung von Nutzern, während sie im Internet surfen und das allmähliche Erstellen ihrer Profile, um dann ihren Interessen entsprechende Werbung einzublenden. Die Artikel-29-Arbeitsgruppe zweifelt nicht den möglichen wirtschaftlichen Nutzen von Werbung auf Basis von Behavioural Targeting für die Stakeholder an, ist jedoch der festen Überzeugung, dass solche Praktiken nicht auf Kosten der Rechte von Personen auf Privatsphäre und Datenschutz ausgeübt werden dürfen. Der EU-Rechtsrahmen zum Datenschutz legt bestimmte Schutzklauseln fest. Er ist einzuhalten. Zur Erleichterung und Förderung der Einhaltung, legt die vorliegende Stellungnahme den Rechtsrahmen dar, der von den Personen anzuwenden ist, die im Bereich der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting tätig sind.

In der Stellungnahme wird insbesondere festgestellt, dass Betreiber von Werbenetzwerken durch Artikel 5 Absatz 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation gebunden sind, der vorschreibt, dass das Platzieren von Cookies oder ähnlichen Instrumenten auf den Endgeräten des Nutzers oder das Einholen von Informationen über solche Instrumente nur mit der Einwilligung der Nutzer in Kenntnis der Sachlage gestattet ist. In der Stellungnahme wird angemerkt, dass die Einstellungen der derzeit verfügbaren Browser und Opt-out-Mechanismen lediglich unter sehr eingeschränkten Umständen einer Einwilligung gleichkommen. In der Stellungnahme werden die Betreiber von Werbenetzwerken dazu aufgefordert, vorab Opt-in-Mechanismen zu schaffen, die eine positiv bejahende Handlung der betroffenen Personen erforderlich machen, mit der diese ihre Einwilligung in den Erhalt von Cookies oder ähnlichen Instrumenten und in die Überwachung ihrer Internet-Surfgeohnheiten zum Zweck des Versands maßgeschneiderter Werbung erteilen. Die Artikel-29-Arbeitsgruppe ist der Ansicht, dass die Einwilligung des Nutzers nur in den Erhalt eines Cookies auch seine Einwilligung in das nachfolgende Lesen des Cookies zur Folge haben könnte und damit in die Überwachung seines Internet-Surfens. Zur Erfüllung der Anforderungen von Artikel 5 Absatz 3 wäre es folglich nicht erforderlich, für jedes Lesen des Cookies die Einwilligung einzuholen. Damit sich Nutzer der Überwachung jedoch bewusst sind, sollten die Betreiber von Werbenetzwerken: i) den Umfang der Einwilligung zeitlich begrenzen; ii) ein einfaches Zurückziehen der Einwilligung ermöglichen und iii) sichtbare Zeichen schaffen, die eine Überwachung anzeigen. Dieser Ansatz würde das Problem lösen, dass Nutzer mit zahlreichen Hinweisen belastet werden, während gleichzeitig sichergestellt würde, dass das Versenden von Cookies und die folgende Überwachung der Surfgeohnheiten zum Zwecke des Einblendens maßgeschneiderter Werbung nur möglich wären, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung in Kenntnis der Sachlage erteilt hat.

Da Werbung auf Basis von Behavioural Targeting auf der Verwendung von Kennungen beruht, die die Erstellung sehr detaillierter Benutzerprofile erlaubt, die in den meisten Fällen als personenbezogene Daten gelten, ist auch Richtlinie Nr. 95/46/EG anwendbar. Die Stellungnahme erklärt, wie die Betreiber von Werbenetzwerken die sich aus dieser Richtlinie ergebenden Verpflichtungen insbesondere in Bezug auf das Auskunftsrecht und das Recht auf Berichtigung, Löschung und Speicherung usw. erfüllen sollten. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Anbieter von Online-Inhalten möglicherweise einen Teil der Verantwortung für die Datenverarbeitung tragen, die im Zusammenhang mit Werbung auf der Grundlage von Behavioural Targeting stattfindet, werden die Anbieter von Online-Inhalten in der Stellungnahme dazu aufgefordert, mit den Betreibern von Werbenetzwerken die Verantwortung für das Informieren der Betroffenen zu teilen. Es werden Kreativität und Innovation in dem Bereich gefördert. Angesichts der Natur der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting ist Transparenz eine Schlüsselvoraussetzung dafür, dass die Betroffenen dazu in der Lage sind, in die Erhebung und Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten einzuwilligen und eine tatsächliche Wahl zu treffen. In der

Stellungnahme wird die Informationspflicht von Betreibern von Werbenetzwerken/Anbietern von Online-Inhalten gegenüber den betroffenen Personen unter besonderer Bezugnahme auf die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation aufgeführt, die verlangt, dass der Nutzer „klare und umfassende Informationen“ erhält.

Die Stellungnahme analysiert und klärt die Verpflichtungen, die durch den geltenden Rechtsrahmen festgesetzt sind. Sie schreibt jedoch nicht vor, wie diese Verpflichtungen technologisch umzusetzen sind. Stattdessen wird die Industrie in der Stellungnahme mehrmals dazu aufgefordert, mit der Artikel-29-Arbeitsgruppe in einen Dialog zu treten, um technische und sonstige Mittel zur schnellstmöglichen Einhaltung des in der Stellungnahme dargelegten Rechtsrahmens zu unterbreiten. Deshalb wird die Artikel-29-Arbeitsgruppe Kontakt mit den Stakeholdern aufnehmen und sie zur Mitarbeit auffordern. Es wird begrüßt, wenn auch Organisationen, die nicht direkt konsultiert werden, einen Beitrag an das Sekretariat der Artikel-29-Arbeitsgruppe senden.

DIE GRUPPE FÜR DEN SCHUTZ VON PERSONEN BEI DER VERARBEITUNG PERSONENBEZOGENER DATEN

eingesetzt durch die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995¹,

gestützt auf Artikel 29 und auf Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe a und Absatz 3 dieser Richtlinie sowie Artikel 15 Absatz 3 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002,

gestützt auf Artikel 255 EG-Vertrag und auf die Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, gestützt auf ihre Geschäftsordnung,

HAT FOLGENDE STELLUNGNAHME ANGENOMMEN:

1. Einleitung

Online-Werbung ist eine Haupteinnahmequelle für eine große Reihe von Online-Diensten und stellt einen wichtigen Faktor für das Wachstum und die Expansion der Internetwirtschaft dar. Die spezielle Vorgehensweise der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting ruft jedoch wichtige Bedenken in Bezug auf den Datenschutz und die Privatsphäre hervor. Die grundlegende Internettechnologie ermöglicht es Betreibern von Werbenetzwerken, betroffene Personen über verschiedene Websites und über einen längeren Zeitraum hinweg zu verfolgen. Informationen, die über das Surf-Verhalten der betroffenen Personen erhoben werden, werden für die Erstellung extensiver Profile über die Interessen der betroffenen Personen analysiert. Solche Profile können dazu genutzt werden, den betroffenen Personen maßgeschneiderte Werbung zu senden.

Angesichts der wachsenden Verwendung von Werbung auf Basis von Behavioural Targeting, die auf Tracking-Cookies und ähnlichen Instrumenten basiert und dem Ausmaß, in dem in die Privatsphäre der Menschen eingedrungen wird, hat die Artikel-29-Arbeitsgruppe beschlossen, den Fokus dieser Stellungnahme auf die Online-Werbung auf Basis von Behavioural Targeting über mehrere Websites hinweg zu legen. Dieser Schwerpunkt wird unbeschadet zukünftiger Stellungnahmen gelegt, die möglicherweise andere Werbetechnologien analysieren.

¹ ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 31,

Mit dieser Stellungnahme möchte die Artikel-29-Arbeitsgruppe den Rechtsrahmen erläutern, der für diejenigen Personen anwendbar ist, die im Bereich der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting tätig sind. Sie fordert auch die Industrie dazu auf, technische und sonstige Mittel zur schnellstmöglichen Einhaltung des in der Stellungnahme dargelegten Rechtsrahmens vorzuschlagen und bezüglich solcher Mittel mit der Artikel-29-Arbeitsgruppe in einen Dialog zu treten. Schließlich wird die Artikel-29-Arbeitsgruppe die Situation bewerten und die erforderlichen und angemessenen Maßnahmen ergreifen, um die Einhaltung des im Folgenden dargelegten Rechtsrahmens sicherzustellen.

2 Online-Werbung auf Basis von Behavioural Targeting

Interaktive Medienwerbung bezieht sich auf ein breites Spektrum von Methoden, die darauf abzielen, eine stärker personenbezogene Werbung zu schaffen. Die Methoden können in verschiedene Kategorien klassifiziert werden. Dazu gehören unter anderem kontextbezogene Werbung, segmentierte Werbung und Werbung auf Basis von Behavioural Targeting.

Unter *Werbung auf Basis von Behavioural Targeting* versteht man Werbung, die auf der Beobachtung des Verhaltens von Personen über einen Zeitraum hinweg basiert. Werbung auf Basis von Behavioural Targeting versucht, die Charakteristika dieses Verhaltens durch die Handlungen (wiederholte Besuche von Websites, Interaktionen, Schlüsselwörter, Produktion von Online-Inhalten usw.) zu untersuchen, um ein konkretes Profil zu erstellen und den betroffenen Personen dann Werbung zu senden, die auf ihre aus den Daten erschlossenen Interessen zugeschnitten ist.

Während kontextbezogene² und segmentierte Werbung³ „Schnappschüsse“ dessen verwenden, was die betroffenen Personen auf einer bestimmten Website ansehen oder dort machen oder bekannte persönliche Merkmale der Nutzer, gibt Werbung auf Basis von Behavioural Targeting den Werbetreibenden unter Umständen ein sehr detailliertes Bild über das Online-Leben der betroffenen Person mit Angaben zu vielen der Websites und der speziellen Seiten, die sie besucht haben, zur Verweildauer bei bestimmten Artikeln oder Posten, zur Reihenfolge, in der sie diese besucht haben usw..

2.1. Vertriebssysteme zur Sendung von Werbung auf Basis von Behavioural Targeting

Werbung auf Basis von Behavioural Targeting umfasst die folgenden Rollen: (a) *Betreiber des Werbenetzwerks*, als die wichtigsten Inverkehrbringer von Werbung auf Basis von Behavioural Targeting, da sie die Anbieter von Online-Inhalten mit den Werbetreibenden zusammenbringen, (b) *Werbetreibende*, die bei einem bestimmten Empfängerkreis Werbung für ein Produkt oder eine Dienstleistung machen wollen und c) *Anbieter von Online-Inhalten*, die als Eigentümer von Websites Einnahmen erzielen wollen, indem sie Werbeplatz auf ihrer/ihren Website/s verkaufen⁴.

² Unter kontextbezogener Werbung versteht man Werbung, bei der Werbeanzeigen in Abstimmung mit den gerade von der betroffenen Person besuchten Inhalten ausgewählt werden. Bei Suchmaschinen kann der Inhalt aus den Schlüsselwörtern der Suche, der vorangegangenen Suchanfrage oder der IP-Adresse des Suchenden geschlossen werden, sofern diese einen Hinweis auf die wahrscheinliche geografische Lage gibt.

³ Werbung, die aufgrund bekannter persönlicher Merkmale der betroffenen Person (Alter, Geschlecht, Standort usw.) ausgewählt wird, die die betroffene Person bei der Anmeldung oder Registrierung angegeben hat.

⁴ Werbung auf Basis von Behavioural Targeting kann nicht nur über Werbenetzwerke erfolgen, sondern auch über Onsite-Werbung. Bei dieser Methode nennt der Werbetreibende dem Anbieter von Online-Inhalten die Zielgruppe, die angesprochen werden soll. Die Angaben basieren auf Kriterien, die über demographische Informationen wie die traditionelle Dreiergruppe aus „Altersgruppe, Geschlecht und Land“ hinaus auch wesentlicher präziser sein können (wie beispielsweise Schlüsselwörter und Interessen). Der Anbieter von

Die Werbung über Werbenetzwerke funktioniert im Wesentlichen wie folgt: Der Anbieter von Online-Inhalten reserviert auf seiner Website Bildraum, auf dem Werbung eingeblendet werden kann und überlässt den Rest des Werbeprozesses einem Betreiber oder mehreren Betreibern eines Werbenetzwerks. Diese sind dann dafür verantwortlich, Werbung mit der größtmöglichen Wirkung an die Anbieter von Online-Inhalten zu liefern. Die Betreiber des Werbenetzwerks kontrollieren die Targeting-Technologie und die assoziierten Datenbanken. Je umfangreicher das Werbenetzwerk ist, desto mehr Ressourcen hat es zur Überwachung der Nutzer und zur „Verfolgung“ ihrer Gewohnheiten⁵. Der Werbetreibende verhandelt üblicherweise mit mindestens einem Netzwerk. Er kennt nicht zwingend die Identität aller Anbieter von Online-Inhalten (wenn überhaupt eines), die seine Werbung einblenden. Gleichzeitig kann ein Anbieter von Online-Inhalten Verträge mit verschiedenen Werbenetzwerken haben, indem er beispielsweise verschiedene Stellen auf der Website für unterschiedliche Werbenetzwerke reserviert.

Die Praxis, dass Werbenetzwerke über ein Versteigerungssystem⁶ zusammenarbeiten, ist immer weiter verbreitet.

2.2. Tracking-Technologien

Die meisten Tracking- und Werbetechnologien, die für Werbung auf Basis von Behavioural Targeting herangezogen werden, nutzen die eine oder andere Form der clientseitigen Verarbeitung. Sie nutzen Informationen vom Browser und dem Endgerät des Nutzers. Insbesondere die wichtigste Tracking-Technologie, die für die Überwachung der Nutzer im Internet herangezogen wird, basiert auf „Tracking-Cookies“. Cookies ermöglichen es, das Internet-Surfen eines Nutzers über einen ausgedehnten Zeitraum und theoretisch auch über mehrere Domänen⁷ hinweg zu verfolgen.

Online-Inhalten sorgt dann dafür, dass die Werbung der gewünschten Zielgruppe präsentiert wird, wobei er Targeting-Technologien anwendet und die Platzierung und Verteilung der Werbung kontrolliert. Dies wird in einigen Plattformen sozialer Netzwerke angewendet, die es zulassen, dass die Nutzer über ihre Interessen als Zielgruppe ermittelt werden.

⁵ New York Times, „*To Aim Ads, Web is Keeping Closer Eye on You*“, 10. März 2008. In dem Artikel werden Statistiken über die Häufigkeit aufgeführt, mit der große Werbenetzwerke individuelle Website-Besuche nachverfolgen. Im Fall des Werbenetzwerks von Yahoo! wurde ein durchschnittlicher Nutzer (USA) Ende 2007 angeblich 2 520 Mal im Monat verfolgt.

http://www.nytimes.com/2008/03/10/technology/10privacy.html?_r=1&scp=3&sq=%22They%20know%20more%20than%20you%20think%22&st=cse

⁶ Die meisten großen Netzwerke haben eine strukturelle Zusammenarbeit mit vielen anderen, sekundären Netzwerken. Siehe zum Beispiel:

Liste der Partner von Google AdSense:

URL:<http://www.google.com/support/adsense/bin/answer.py?answer=94149>.

Liste der Partner von Yahoo!:

URL:<http://info.yahoo.com/privacy/us/yahoo/thirdparties/> Das funktioniert folgendermaßen: Das primäre Netzwerk bietet den Werbepplatz auf dem Webserver verschiedenen Werbenetzwerken an und entscheidet sich für das beste Angebot.

⁷ Andere Tracking-Technologien basieren beispielsweise auf der Nutzung der IP-Adresse oder der Browser-Signatur. Die Electronic Frontier Foundation hat die Identifizierbarkeit von individuellen Browser-Signaturen (User Agent) einschließlich der verwendeten Software, der Version, Sprache und der installierten Plug-ins untersucht; URL: <http://panoptickick.eff.org/>). In Bezug auf die IP-Adressen hat ein US-Unternehmensgründer kürzlich bekannt gegeben, dass er über eine Datenbank von 65 Millionen IP-Adressen mit den jeweiligen Namen und Adressen-Daten verfügt; URL:

http://www.mediapost.com/publications/?fa=Articles.showArticle&art_aid=123280.

Das läuft üblicherweise folgendermaßen ab: normalerweise platziert der Betreiber des Werbenetzwerks einen Tracking-Cookie auf dem Endgerät der betroffenen Person⁸, wenn diese das erste Mal eine Website aufruft, die eine Werbung des Netzwerks einblendet. Der Cookie ist ein kurzer alphanumerischer Text, der durch den Betreiber des Netzwerks auf dem Endgerät der betroffenen Person gespeichert (und später abgerufen) wird⁹. Im Zusammenhang mit der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting ermöglicht es der Cookie dem Betreiber des Werbenetzwerks einen ehemaligen Besucher zu erkennen, der die Website erneut besucht oder der eine andere Website besucht, die eine Partnerschaft mit dem Werbenetzwerk hat. Solche wiederholten Besuche ermöglichen es dem Betreiber des Werbenetzwerks, ein Profil des Besuchers zu erstellen, das dann zum Einblenden personalisierter Werbung verwendet wird. Da diese Tracking-Cookies von einer anderen Partei als dem Webserver platziert werden, der den Hauptinhalt der Webseite darstellt (d. h. dem Anbieter von Online-Inhalten) werden sie häufig als „Third-Party-Cookies“ bezeichnet.

Cookies sind an eine Domäne gebunden: ein Cookie kann nur durch eine Website gelesen oder geändert werden, die von einer ähnlichen Domäne stammt¹⁰ (wenn z. B. ein Cookie von dem Werbeprovder a.mysite.com platziert wird, kann er von b.mysite.com gelesen werden, aber nicht von dem Werbeprovder c.sonstiger.com). Cookies haben eine unterschiedliche Lebensdauer. Diese Lebensdauer kann bei weiteren Besuchen auf derselben Site möglicherweise verlängert werden oder auch nicht (es ist eine Design-Entscheidung des Programmierers). „Dauerhafte Cookies“ haben entweder ein genaues Ablaufdatum, das weit in der Zukunft liegt oder bis sie manuell gelöscht werden.

Die meisten Internet-Browser bieten die Möglichkeit, Third-Party-Cookies zu blockieren. Einige Browser unterstützen „private“ Browser-Sitzungen, die automatisch alle erstellten Cookies zerstören, wenn das Browser-Fenster geschlossen wird¹¹.

Einige Werbenetzwerke ersetzen oder ergänzen die herkömmlichen Tracking-Cookies durch/mit neue/n, verbesserte/n Tracking-Technologien wie „Flash-Cookies“ (lokale gemeinsame Objekte)¹². Flash-Cookies können nicht über die normalen Datenschutz-Einstellungen eines Web-Browsers gelöscht werden. Es wurde berichtet, dass Flash-Cookies ausdrücklich genutzt wurden, um „herkömmliche Cookies“ zu ersetzen, die von der betroffenen Person abgelehnt oder gelöscht worden waren¹³.

⁸ Wenn eine betroffene Person verschiedene Browser benutzt, sind die Cookies für jeden Browser unterschiedlich.

⁹ Dieser alphanumerische Text kann einer Vielzahl von Zwecken dienen, wie beispielsweise der Speicherung von Präferenzen, dem Speichern von Sitzungsinformationen oder der Identifizierung von betroffenen Personen durch eine eindeutige Kennung.

¹⁰ Es gibt jedoch einfache Lösungen für kooperierende Parteien, die diese Einschränkungen umschiffen und gemeinsame Cookies nutzen wollen. Der Besitzer einer Domäne kann seinen DNS so konfigurieren, dass einem Dritten die Nutzung einer seiner Sub-Domänen erlaubt wird. Der Dritte kann dann bestimmte Cookies mit dem Eigentümer der Domäne gemeinsam nutzen. Bei anderen Techniken stellt Javascript zusätzliche Webanfragen bei wieder anderen Servern und ermöglicht noch mehr Parteien das Vernetzen oder Synchronisieren ihrer Tracking-Daten (<http://blog.kruxdigital.com/2010/02/24/cookie-synching/>).

¹¹ Die neuesten Versionen vieler beliebter Browser (z. B. Internet Explorer 8, Google Chrome, Firefox, Safari usw.) unterstützen Browsing-Sitzungen, die automatisch alle Cookies löschen, die während der Sitzung installiert wurden.

¹² W3C entwickelt auch gerade einen „DOM Speicher“-Standard, der die Schaffung eines großen lokalen Datenspeichers über Skripte auf dem Computer des Nutzers ermöglichen wird.

¹³ Flash-Cookies sind dazu in der Lage, Informationen über Einstellungen zu speichern und die Wünsche des Nutzers zu umgehen. Siehe Soltani, Ashkan, Canty, Shannon, Mayo, Quentin, Thomas, Lauren and Hoofnagle, Chris Jay, „Flash-Cookies and Privacy“ (10. August 2009). Verfügbar unter SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1446862>

Diese Praxis ist als *Respawning* bekannt. Wenn in der vorliegenden Stellungnahme der Begriff „Cookie“ verwendet wird, bezieht er sich – sofern nichts anderes angegeben ist - auf alle Technologien, die auf dem Prinzip beruhen, Informationen auf den Endgeräten des Nutzers zu speichern oder Zugriff auf diese zu nehmen.

Wie oben dargelegt, kann ein einziges Werbe-Netzwerk normalerweise nur einen Teil des Internet-Surf-Verhaltens der betroffenen Person überwachen, da seine Tracking-Fähigkeit auf die Anbieter von Online-Inhalten beschränkt ist, mit dem es verlinkt ist. In der jüngsten Vergangenheit wurde jedoch ein anderer Ansatz getestet, bei dem das Werbe-Netzwerk eine Partnerschaft mit einem Internet-Dienstanbieter einging, um den Browser-Inhalt des Nutzers zu überwachen und Tracking-Cookies bei jedem unverschlüsselten Web-Verkehr einzufügen¹⁴. Der Artikel-29-Arbeitsgruppe ist keine derzeitige Anwendung dieser Technologie in der EU bekannt, sie ist aber der Ansicht, dass die Anwendung dieser Technologie unbeschadet der Zwecke, für die diese Daten genutzt werden, ernsthafte rechtliche Fragestellungen aufwirft, die über die Verarbeitung personenbezogener Daten hinausgeht. Die Analyse dieser Werbe-Technologie fällt nicht in den Geltungsbereich dieser Stellungnahme.

2.3. Erstellen von Profilen, Kennungsarten

Es gibt zwei hauptsächliche Ansätze für das Erstellen von Nutzerprofilen: *i) Prädiktive Profile* werden erstellt, indem das individuelle und das kollektive Nutzerverhalten über einen längeren Zeitraum hinweg beobachtet wird, insbesondere durch Überwachung der besuchten Seiten und der angesehenen und angeklickten Werbung und daraus Rückschlüsse gezogen werden. *ii) Explizite Profile* werden aus personenbezogenen Daten erstellt, die die betroffenen Personen selbst beispielsweise bei der Registrierung an einen Webdienst liefern. Es können auch beide Ansätze kombiniert werden. Darüberhinaus können prädiktive Profile später in explizite Profile umgewandelt werden, wenn eine betroffene Person Anmeldedaten für eine Website angibt¹⁵.

Werbe-Netzwerke erstellen prädiktive Profile, indem sie Tracking-Techniken, Cookie-basierte Technologien und Data-Mining-Software miteinander kombinieren. Das Geschlecht und die Altersgruppe können über die von der betroffenen Person besuchten Seiten und über die Werbung erschlossen werden, die von der betroffenen Person bevorzugt angeklickt wird. Ein Profil, das auf der Analyse der auf dem Endgerät der betroffenen Person gespeicherten Cookies basiert, kann mit Hilfe von erhobenen Daten angereichert werden, die von dem Verhalten von betroffenen Personen abgeleitet werden, die in anderen Zusammenhängen ähnliche Verhaltensmuster aufweisen. Systeme der Online-Werbung ordnen betroffene Personen häufig über ihre Interessen oder Vertriebskategorien in Segmente ein (Beispiele hierfür sind „Gärtnern“, „Körperpflege“, „Elektronik“ usw.).

Der Standort der betroffenen Person ist ebenfalls eine primäre Quelle des zielgerichteten Erstellens von Profilen. Er kann zum Beispiel über die IP-Adresse des Endgeräts oder über WIFI-Zugangspunkte¹⁶ erschlossen werden.

¹⁴ Das Unternehmen Phorm beispielsweise hat über seine Technologie namens Webwise eine Dienstleistung für Werbung auf Basis von Behavioural Targeting angeboten, das Deep Packet Inspection nutzt, um die von Internet-Nutzern besuchten Seiten zu untersuchen. Phorm hat mit Internet-Dienstanbietern Partnerschaftsabkommen getroffen, um diese Dienstleistung anbieten zu können.

¹⁵ Einige Werbenetzwerke ermöglichen es registrierten Nutzern zumindest bis zu einem gewissen Grad, ihre assoziierten prädiktiven Profile anzusehen und zu bearbeiten.

¹⁶ Zusätzliche Informationen über den Standort können von anderen Quellen erhoben und für das Erstellen von Profilen genutzt werden.

3. Rechtsrahmen

3.1. Einleitung

Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 2002/58¹⁷ schützt die Vertraulichkeit der Kommunikation im Allgemeinen. Der Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation im konkreten Fall der Verwendung von Cookies und ähnlichen Instrumenten ist in erster Linie in Artikel 5 Absatz 3 niedergelegt. Diese Stellungnahme bezieht sich auf die geänderte Richtlinie 2002/58 (nachstehend „Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation“ oder „geänderte Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation“ genannt) und verweist auf diese. Die geänderte Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation muss nicht vor Mai 2011 durch die Mitgliedstaaten in einzelstaatliches Recht umgesetzt werden. Die Artikel-29-Arbeitsgruppe bezieht sich jedoch bereits auf die geänderte Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, da die Richtlinie auch nach der Umsetzung der Richtlinie gültig sein soll. Außerdem möchte die Artikel-29-Arbeitsgruppe den Stakeholdern deutlich machen, dass sie den geänderten Artikel 5 Absatz 3 vollumfänglich erfüllen müssen. In diesem Zusammenhang ist auch der Erwägungsgrund 66 von Bedeutung, der angenommen wurde, als die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation im Jahr 2009 geändert wurde sowie Erwägungsgründe 24 und 25 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation.

Angesichts der Bedeutung von Artikel 5 Absatz 3 ist es sinnvoll, den geänderten Text hier wiederzugeben und die Änderungen, die in Bezug auf den vorherigen Text durchgeführt wurden, kenntlich zu machen:

*Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die ~~Benutzung elektronischer Kommunikationsnetze für die Speicherung von Informationen oder den~~ Zugriff auf Informationen, die **bereits** im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, nur ~~unter der Bedingung~~ **gestattet ist, dass wenn der betreffende Teilnehmer oder Nutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen, die er gemäß der Richtlinie 95/46/EG klare und umfassende Informationen insbesondere u. a. über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine Einwilligung gegeben hat. und durch den für diese Verarbeitung Verantwortlichen auf das Recht hingewiesen wird, diese Verarbeitung zu verweigern.** Dies steht einer technischen Speicherung oder dem Zugang nicht entgegen, wenn der alleinige Zweck die Durchführung ~~oder Erleichterung~~ der Übertragung einer Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz ist oder, ~~soweit~~ **wenn dies unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der um einen vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich gewünschten Dienst der Informationsgesellschaft wurde, diesen Dienst zur Verfügung zu stellen kann.***

Zusätzlich zur Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation findet die Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (nachfolgend „Richtlinie 95/46/EG“ genannt) bei Angelegenheiten Anwendung, die nicht ausdrücklich durch die

¹⁷ Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (vom 2. November 2009) zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz.

Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation geregelt sind, sobald personenbezogene Daten verarbeitet werden¹⁸.

3.2. Der Anwendungsbereich von Artikel 5 Absatz 3 und von Richtlinie 95/46/EG

Für diejenigen, die im Bereich der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting tätig sind, ist es hilfreich zu wissen, warum sie zur Einhaltung von Artikel 5 Absatz 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation bzw. zur Einhaltung der Richtlinie 95/46/EG verpflichtet sind. Hierzu muss der Anwendungsbereich beider Richtlinien betrachtet werden. Dazu wird die Artikel-29-Arbeitsgruppe zuerst auf den materiellen Anwendungsbereich beider Richtlinien (3.2.1 und 3.2.2) und auf ihr Zusammenspiel (3.2.3) Bezug nehmen und dann auf den territorialen Anwendungsbereich beider Richtlinien (3.2.4).

3.2.1. Materieller Anwendungsbereich von Artikel 5 Absatz 3

Artikel 5 Absatz 3 macht es erforderlich, die Einwilligung in Kenntnis der Sachlage einzuholen, um Informationen rechtmäßig zu speichern oder Zugriff auf Informationen zu nehmen, die auf dem Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind¹⁹. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass (i) Tracking-Cookies „Informationen“ sind, die auf dem Endgerät der betroffenen Person gespeichert sind und dass (ii) die Betreiber des Werbenetzwerks Zugriff auf diese Informationen nehmen, wenn die betroffenen Personen eine Partner-Website besuchen, ist Artikel 5 Absatz 3 vollumfänglich anwendbar. Folglich müssen die Bestimmungen von Artikel 5 Absatz 3 bei der Platzierung von Cookies oder von ähnlichen Instrumenten (unbeschadet ihrer Art)²⁰ und bei jeder nachfolgenden Nutzung der vorher platzierten Cookies, mit der Zugriff auf Informationen der betroffenen Partei genommen werden soll, eingehalten werden.

Artikel 5 Absatz 3 gilt für „Informationen“ (gespeicherte Informationen und/oder Informationen, auf die Zugriff genommen wird). Er macht hier keinen Unterschied. Für die Anwendung dieser Bestimmung ist es nicht erforderlich, dass es sich bei den Informationen um personenbezogene Daten im Sinne der Richtlinie 95/46/EG handelt. Erwägungsgrund 24 fängt die Rationale dieses Ansatzes ein, indem er Folgendes feststellt: *„Die Endgeräte von Nutzern ... und in diesen Geräten gespeicherte Informationen sind Teil der Privatsphäre der Nutzer, die dem Schutz aufgrund der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten unterliegt“*. Die in Artikel 5 Absatz 3 niedergelegten Verpflichtungen werden durch den Schutz eines Bereichs bedingt, der als Teil der Privatsphäre der betroffenen Person angesehen wird und nicht dadurch, ob diese Informationen personenbezogene Daten sind oder nicht.

¹⁸ Siehe Artikel 1 Absatz 2 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, der Folgendes festlegt: *“Die Bestimmungen dieser Richtlinie stellen eine Detaillierung und Ergänzung der Richtlinie 95/46/EG im Hinblick auf die in Absatz 1 genannten Zwecke dar.“*

¹⁹ Die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation verweist auf Teilnehmer und Nutzer. Der Begriff „Teilnehmer“ umfasst sowohl natürliche Personen oder betroffene Personen (wie in Richtlinie 95/46/EG auf sie Bezug genommen wird) als auch juristische Personen. Das Wort „Nutzer“ bezieht sich auf betroffene Personen, die elektronische Kommunikationsdienste nutzen, ohne diese notwendigerweise abonniert zu haben. Aus Gründen der Konsistenz wird in dieser Stellungnahme soweit wie möglich der Begriff „betroffene Person“ verwendet.

²⁰ Artikel 5 Absatz 3 ist technologisch neutral. Er ist folglich nicht nur auf Cookies anzuwenden, sondern auch auf alle sonstigen Technologien, die dazu genutzt werden, Informationen zu speichern oder Zugang zu Informationen zu erhalten, die auf den technischen Geräten von Personen gespeichert sind (Spyware, Malware, usw.).

Die Arbeitsgruppe hat bereits in ihrer Stellungnahme 1/2008²¹ dargelegt, dass Artikel 5 Absatz 3 eine allgemeine Bestimmung ist, die nicht nur auf elektronische Kommunikationsdienste anwendbar ist, sondern auch auf andere Dienste, in denen diese Techniken verwendet werden. Darüber hinaus findet Artikel 5 Absatz 3 unabhängig davon Anwendung, ob es sich bei der das Cookie platzierenden Stelle um einen für die Verarbeitung Verantwortlichen oder um einen Auftragsverarbeiter handelt.

3.2.2. Materieller Anwendungsbereich der Richtlinie 95/46/EG: Verarbeitung personenbezogener Daten

Wenn die erhobenen Informationen als Ergebnis der Platzierung eines Cookies oder ähnlichen Instruments und des Abrufens der Informationen als personenbezogene Daten angesehen werden können, findet zusätzlich zu Artikel 5 Absatz 3 auch die Richtlinie 95/46/EG Anwendung.

Die Artikel-29-Arbeitsgruppe merkt an, dass die in dieser Stellungnahme beschriebenen Methoden der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting häufig die Verarbeitung personenbezogener Daten mit sich bringen, wie sie in Artikel 2 der Richtlinie 95/46/EG definiert und durch die Artikel-29-Arbeitsgruppe ausgelegt wurden²². Hierfür gibt es mehrere Gründe: *i)* Werbung auf Basis von Behavioural Targeting umfasst üblicherweise das Sammeln von IP-Adressen und die Verarbeitung eindeutiger Kennungen (durch den Cookie). Die Verwendung solcher Instrumente mit einer eindeutigen Kennung ermöglicht die Verfolgung von Nutzern eines bestimmten Computers, selbst wenn dynamische IP-Adressen verwendet werden. Anders ausgedrückt ermöglicht die Verwendung solcher Instrumente das „Auswählen“ einzelner betroffener Personen, selbst wenn ihr wirklicher Name nicht bekannt ist. *ii)* Darüber hinaus *beziehen sich* die Informationen, die im Zusammenhang mit Werbung auf Basis des Behavioural Targeting erhoben werden, auf die persönlichen Merkmale oder das Verhalten einer Person (d. h. es sind Informationen über die persönlichen Merkmale und das Verhalten) und sie werden dazu genutzt, diese bestimmte Person zu beeinflussen²³. Diese Ansicht wird weiter bestärkt, wenn man die Möglichkeit in Betracht zieht, dass die Profile jederzeit mit direkt identifizierbaren Informationen verknüpft werden können, die die betroffene Person selbst angibt, wie z. B. mit einer Registrierung verbundene Informationen. Andere Szenarien, die zu einer Identifizierbarkeit führen könnten, sind Zusammenschlüsse, Datenverluste, und die steigende Verfügbarkeit im Internet von personenbezogenen Daten in Verbindung mit IP-Adressen.

3.2.3. Zusammenspiel zwischen den beiden Richtlinien

Finden beide Richtlinien Anwendung, muss geklärt werden, welche Bestimmungen der jeweiligen Richtlinie anzuwenden sind. Diesbezüglich legt Erwägungsgrund 10 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation fest, dass Richtlinie 95/46/EG „für alle Fragen des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten [gilt], die von der

²¹ Stellungnahme 1/2008 zu Datenschutzfragen im Zusammenhang mit Suchmaschinen, angenommen am 04.04.2008.

²² Siehe die Auslegung zum Begriff „personenbezogene Daten“ der Artikel-29-Arbeitsgruppe in der Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, angenommen am 20.06.2007.

²³ In ihrer Stellungnahme 1/2008 zu Datenschutzfragen im Zusammenhang mit Suchmaschinen, angenommen am 4. April 2008, bestätigt die Artikel-29-Arbeitsgruppe, dass Cookies und IP-Adressen in den meisten Fällen als personenbezogene Daten einzustufen sind. Die vorgenannte Richtlinie stellte Folgendes fest: „Wenn ein Cookie eine eindeutige Benutzerkennung enthält, handelt es sich bei dieser Kennung eindeutig um personenbezogene Daten. Dauerhafte Cookies oder ähnliche Mittel mit einer eindeutigen Benutzerkennung ermöglichen die Verfolgung der Benutzer eines bestimmten Computers selbst bei Verwendung dynamischer IP-Adressen. Die Verhaltensdaten, die durch den Einsatz dieser Mittel generiert werden, ermöglichen eine noch stärkere Fokussierung auf die persönlichen Merkmale der betreffenden Person“.

vorliegenden Richtlinie nicht spezifisch erfasst werden, einschließlich der Pflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen und der Rechte des Einzelnen“.

Dies ist eine Anwendung des Grundsatzes, dass das speziellere Gesetz (*lex specialis*) dem allgemeineren Gesetz (*lex generalis*) vorgeht.

Gemäß oben Stehendem ist Artikel 5 Absatz 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, der sich mit der Einwilligung in Kenntnis der Sachlage befasst, direkt anwendbar. Richtlinie 95/46/EG ist vollumfänglich anwendbar mit Ausnahme der Bestimmungen, die in der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation direkt behandelt werden. Dies gilt in erster Linie für Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG zu den Rechtsgrundlagen für die Datenverarbeitung²⁴. Die verbleibenden Bestimmungen der Richtlinie 95/46/EG einschließlich der Grundsätze bezüglich der Datenqualität, der Rechte der betroffenen Personen (wie das Auskunftsrecht, das Recht auf Löschung und das Widerspruchsrecht), der Vertraulichkeit, der Sicherheit der Verarbeitung und der internationalen Datenübermittlungen sind vollumfänglich anzuwenden.

3.2.4. Territorialer Anwendungsbereich von Artikel 5 Absatz 3 und Richtlinie 95/46/EG

Der territorial Anwendungsbereich des vorgenannten Rechtsrahmens wird durch eine Kombination von Artikel 3 Absatz 1 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation²⁵ mit Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a und c der Richtlinie 95/46/EG²⁶ bestimmt.

In früheren Stellungnahmen hat die Artikel-29-Arbeitsgruppe Vorgaben zum Begriff der Niederlassung und der Verwendung der Mittel gemäß Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a beziehungsweise c als Determinanten für die Anwendung der Richtlinie 95/46/EG²⁷ gemacht. Diese Vorgaben sind für Betreiber eines Werbenetzwerks vollumfänglich anwendbar.

3.3. Rollen und Verantwortlichkeiten der verschiedenen Akteure

Wie oben dargelegt, umfasst die Werbung auf Basis von Behavioural Targeting unterschiedliche Akteure, einschließlich der Betreiber von Werbenetzwerken, der Anbieter von Online-Inhalten und der Werbetreibenden. Es ist wichtig, ihre jeweiligen Rollen zu bewerten, um ihre Verpflichtungen gemäß den geltenden Datenschutzvorschriften festzulegen. In dieser Hinsicht führt die Artikel-29-Arbeitsgruppe Folgendes aus:

²⁴ Das Prinzip der Verarbeitung nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a kann auch als Bestandteil von Artikel 5 Absatz 3 gesehen werden, da Treu und Glauben auf Transparenz verweist und diese fordert.

²⁵ Der Anwendungsbereich der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation ist in den Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie festgelegt, gemäß dem Artikel 5 Absatz 3 für die Speicherung und den Zugang zu Informationen in den Endgeräten der betroffenen Personen anzuwenden ist, die öffentliche Kommunikationsnetze in der EU nutzen.

²⁶ Die beiden Kriterien, welche die Anwendung der Richtlinie (oder genauer der nationalen Gesetze, die sie durchführen) bedingen, sind (i) gemäß Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a die Ausführung der Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Tätigkeiten der Niederlassung eines für die Verarbeitung Verantwortlichen und (ii) der für die Verarbeitung Verantwortliche ist gemäß Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe c nicht im Gebiet der EU niedergelassen und greift zum Zwecke der Verarbeitung personenbezogener Daten auf automatisierte oder nicht automatisierte Mittel zurück, die im Hoheitsgebiet der EU gelegen sind.

²⁷ Siehe WP 56 vom 30. Mai 2002 über die Frage der internationalen Anwendbarkeit des EU-Datenschutzrechts bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Internet durch Websites außerhalb der EU und jüngeren Datums Stellungnahme 1/2008 zu Datenschutzfragen im Zusammenhang mit Suchmaschinen, angenommen am 4. April 2008.

In Bezug auf Betreiber von Werbenetzwerken:

Erstens, die Verpflichtungen gemäß Artikel 5 Absatz 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation finden auf diejenigen Anwendung, die Cookies auf den Endgeräten der betroffenen Personen platzieren und/oder Informationen von Cookies abrufen, die bereits auf diesen Geräten gespeichert sind. Gemäß Artikel 5 Absatz 3 ist es unerheblich ob die Stelle, die den Cookie platziert oder abrufen, ein für die Verarbeitung Verantwortlicher oder ein Auftragsverarbeiter ist. Im Zusammenhang mit Werbung auf Basis von Behavioural Targeting verpflichtet eine solche Interpretation den Betreiber des Werbenetzwerks zur Einholung der Einwilligung in Kenntnis der Sachlage.

Zweitens, agieren Betreiber eines Werbenetzwerks gleichzeitig als für die Verarbeitung Verantwortliche, wenn Werbung auf Basis von Behavioural Targeting die Verarbeitung personenbezogener Daten umfasst. Dies ist sehr wichtig, da dann zusätzliche Verpflichtungen gemäß Richtlinie 95/46/EG Anwendung finden. Betreiber von Werbenetzwerken haben die vollständige Kontrolle über die Zwecke und die Mittel der Verarbeitung.

Sie „mieten“ Platz auf den Websites der Anbieter von Online-Inhalten, um Werbung einzublenden, sie platzieren und lesen Cookie-bezogene Informationen und sammeln in den meisten Fällen IP-Adressen und sonstige Daten, die der Browser möglicherweise offenlegt. Darüber hinaus verwenden die Betreiber des Werbenetzwerks Informationen, die sie über das Surfverhalten von Internetnutzern gewonnen haben, um Profile zu erstellen und die Werbung auszuwählen und zu liefern, die auf der Grundlage dieses Profils eingeblendet werden soll. In dem Fall agieren sie eindeutig als für die Verarbeitung Verantwortliche.

In Bezug auf Anbieter von Online-Inhalten:

Anbieter von Online-Inhalten vermieten unter anderem Platz auf ihren Websites, damit Werbenetzwerke ihre Werbung platzieren. Sie konfigurieren ihre Websites so, dass die Browser von Besuchern automatisch zur Internetseite des Betreibers von Werbenetzwerken umgeleitet werden (die dann einen Cookie versendet und gezielte Werbung einblendet). Deshalb stellt sich die Frage bezüglich ihrer Verantwortung in Bezug auf die Datenverarbeitung.

Wie die Artikel-29-Arbeitsgruppe kürzlich darlegte²⁸, hängt es von den Bedingungen der Zusammenarbeit zwischen dem Anbieter von Online-Inhalten und dem Betreiber des Werbenetzwerks ab, ob der Anbieter von Online-Inhalten gemeinsam mit dem Betreiber des Werbenetzwerks als für die Verarbeitung Verantwortlicher angesehen wird. Diesbezüglich merkt die Artikel-29-Arbeitsgruppe an, dass der Beitrag von Anbietern von Online-Inhalten in einem typischen Szenario, in dem Betreiber von Werbenetzwerken gezielte Werbung einblenden, darin besteht, ihre Websites so zu konfigurieren, dass der Browser eines Besuchers der Internetseite von Anbietern von Online-Inhalten automatisch auf die Internetseite des Betreibers von Werbenetzwerken umgeleitet wird. Dabei übermittelt der Browser des Nutzers seine IP-Adresse an den Betreiber des Werbenetzwerks, der darauf den Cookie und die gezielte Werbung versendet. Es muss angemerkt werden, dass es bei diesem Szenario nicht die Anbieter von Online-Inhalten sind, die die IP-Adresse des Besuchers an den Betreiber des Werbenetzwerks weiterleiten. Stattdessen ist es der Browser des Besuchers, der diese Information automatisch an den Betreiber des Werbenetzwerks weiterleitet. Dies ist jedoch nur der Fall, weil der Anbieter von Online-Inhalten seine Internetseite so konfiguriert hat, dass ein Besucher seiner Seite automatisch zur Website des Betreibers des Werbenetzwerks umgeleitet wird. Anders ausgedrückt, *löst* der Anbieter von Online-Inhalten

²⁸ Stellungnahme 1/2010 zum Begriff „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, angenommen am 16.02.2010.

die Übermittlung der IP-Adresse aus. Das ist der erste erforderliche Schritt zur Ermöglichung der folgenden Verarbeitung, die der Betreiber des Werbenetzwerks ausübt, um gezielte Werbung einzublenden. Folglich ist es nicht die natürliche Person, die die Übermittlung auslöst, auch wenn die Datenübermittlung technisch gesehen, von dem Browser der Person ausgelöst wird, die die Seite des Anbieters von Online-Inhalten besucht. Diese Person wollte nur die Seite des Anbieters von Online-Inhalten besuchen. Sie wollte nicht die Website des Betreibers des Werbenetzwerks besuchen. Dieser Fall tritt derzeit häufig ein.

Unter Berücksichtigung des oben Stehenden ist die Artikel-29-Arbeitsgruppe der Ansicht, dass die Anbieter von Online-Inhalten durch die nationale Umsetzung der Richtlinie 95/46/EG und/oder des nationalen Rechts eine gewisse Verantwortung für die Datenverarbeitung tragen²⁹. Diese Verantwortung deckt nicht alle Verarbeitungstätigkeiten ab, die zur Einblendung von Werbung auf Basis von Behavioural Targeting erforderlich sind, wie beispielsweise die Verarbeitung, welche der Betreiber des Online-Werbenetzwerks ausführt. Sie beruht in der Erstellung von Profilen, die dann für den Versand gezielter Werbung genutzt werden. Die Verantwortung des Anbieters von Online-Inhalten deckt jedoch die erste Phase ab, also den anfänglichen Teil der Datenverarbeitung. Es handelt sich hierbei um die Übermittlung der IP-Adresse, die stattfindet, wenn die Website des Anbieters von Online-Inhalten besucht wird. Dies liegt daran, dass die Anbieter von Online-Inhalten diese Übermittlung vereinfachen und die Zwecke mitbestimmen, für die sie ausgeführt wird, d.h. das Versenden gezielter Werbung an die Besucher. Zusammengefasst tragen die Anbieter von Online-Inhalten aus diesen Gründen für diese Tätigkeiten einen Teil der Verantwortung als für die Verarbeitung Verantwortliche. Diese Verantwortung kann jedoch nicht die Einhaltung eines Großteils der Verpflichtungen erforderlich machen, die sich aus diesen Richtlinien ergeben.

In dieser Hinsicht muss der Rechtsrahmen flexibel ausgelegt werden, indem nur die einschlägigen Bestimmungen angewendet werden. Anbieter von Online-Inhalten speichern keine personenbezogenen Informationen. Also würde die Anwendung einiger der Verpflichtungen aus der Richtlinie wie z. B. das Auskunftsrecht keinen Sinn machen. Wie weiter unten dargelegt wird, ist die Verpflichtung zur Unterrichtung der Personen über die Datenverarbeitung auf die Anbieter von Online-Inhalten jedoch vollumfänglich anwendbar,

Zusätzlich zu oben Stehendem sind Anbieter von Online-Inhalten gemäß der vorgenannten Stellungnahme der Artikel-29-Arbeitsgruppe gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche, wenn sie personenbezogene Daten ihrer Besucher wie Name, Adresse, Alter, Standort usw. erheben und an den Betreiber des Werbenetzwerks übermitteln. In dem Maße, in dem Anbieter von Online-Inhalten als für die Verarbeitung Verantwortliche handeln, sind sie in Bezug auf den Teil der durch sie kontrollierten Datenverarbeitung durch die Verpflichtungen aus Richtlinie 95/46/EG gebunden. In dieser Hinsicht *„müssen [Anbieter von Online-Inhalten zusammen mit den Betreibern von Werbenetzwerken] sicherstellen, dass sie trotz der (technischen) Komplexität des Systems des Behavioural Targeting in der Lage*

²⁹ Die Artikel-29-Arbeitsgruppe merkt an, dass sich die Informationspflicht und mögliche weitere Verpflichtungen auch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Vertrags- und Deliktsrecht) und aus verbraucherschutzrechtlichen Vorschriften zwischen Unternehmen und Verbrauchern ergeben können, die im Zusammenhang mit unlauteren Geschäftspraktiken stehen, wie beispielsweise Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates („Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken“).

sind, angemessene Methoden zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen und zur Gewährleistung der Rechte der betroffenen Personen zu finden“³⁰.

Zusammenfassend gesagt, sollte es Anbietern von Online-Inhalten bewusst sein, dass sie durch das Schließen eines Vertrags mit Werbenetzwerken, aufgrund dessen personenbezogene Daten ihrer Besucher den Betreibern von Online-Werbenetzwerken zur Verfügung stehen, einen Teil Verantwortung gegenüber ihren Besuchern übernehmen. Das Ausmaß ihrer Verantwortung sowie das Ausmaß, in dem sie für die Verarbeitung Verantwortliche werden, sollte von Fall zu Fall abhängig von den besonderen, in dem Dienstleistungsvertrag niedergelegten Bedingungen der Zusammenarbeit mit den Betreibern von Werbenetzwerken untersucht werden. Entsprechend sollten in dem Dienstleistungsvertrag zwischen dem Anbieter von Online-Inhalten und dem Betreiber des Werbenetzwerks die Rollen und Verantwortungen beider Parteien im Rahmen ihrer in dem Vertrag beschriebenen Zusammenarbeit niedergelegt werden.

In Bezug auf Werbetreibende:

Wenn eine betroffene Person eine Werbung anklickt und die Website des Werbetreibenden besucht, kann dieser nachverfolgen, welche Kampagne zu dem Anklicken der Werbung im Internet geführt hat. Wenn der Werbetreibende die Zielinformationen (z. B. bestimmte demographische Daten wie „junge Mütter“ oder Interessengruppen wie „Extremsportanhänger“) erfasst, und diese mit dem Internet-Surfverhalten der betroffenen Person oder den Registrierungsdaten verknüpft, ist der Werbetreibende für diesen Teil der Datenverarbeitung ein unabhängiger für die Verarbeitung Verantwortlicher.

Diese Stellungnahme legt den Schwerpunkt auf die Tätigkeiten der Datenverarbeitung, die von Betreibern von Werbenetzwerken und von Anbietern von Online-Inhalten ausgeübt werden und im Einblenden gezielter Werbung beruhen. Sie nimmt nicht Stellung zu den möglichen zusätzlichen Datenverarbeitungsoperationen, die möglicherweise durch die oben genannten Werbetreibenden ausgeführt werden können.

4. Verpflichtung zur vorherigen Einholung der Einwilligung in Kenntnis der Sachlage

Die allgemeine Vorschrift im ersten Abschnitt von Artikel 5 Absatz 3 verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, “[sicherzustellen], dass die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, nur gestattet ist, wenn der betreffende Teilnehmer oder Nutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen, die er gemäß der Richtlinie 95/46/EG u. a. über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine Einwilligung gegeben hat“. Dieser Artikel wurde bei der Änderung der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation im Jahr 2009 geändert. Die Änderungen in der geänderten Fassung stellen das Erfordernis der vorherigen Einwilligung des Nutzers in Kenntnis der Sachlage klar und verstärken es³¹. Die Artikel-29-Arbeitsgruppe ist der Ansicht, dass die unten stehende rechtliche Analyse sowohl für die aktuelle Fassung von Artikel 5 Absatz 3 einschlägig und gültig ist, als auch für die geänderte Fassung von Artikel 5 Absatz 3.

³⁰ Stellungnahme 1/2010 zum Begriff „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“ http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2010/wp169_en.pdf

³¹ Dies wird auf zwei Arten gemacht: Erstens, indem die Wörter „Recht, diese Verarbeitung zu verweigern“ durch das Erfordernis zur Einholung der „Einwilligung“ gemäß Richtlinie 95/46/EG ersetzt werden und zweitens durch die Verwendung der Worte „auf der Grundlage von“.

Der folgende Abschnitt zeigt verschiedene Möglichkeiten auf, wie die Verpflichtungen aus Artikel 5 Absatz 3 erfüllt werden können. Nach einer Erörterung der Einwilligung gibt die Stellungnahme eine Orientierungshilfe zur Informationspflicht.

4.1. Die Verpflichtung zur Einholung der vorherigen Einwilligung der betroffenen Personen im Fall von Werbung auf Basis von Behavioural Targeting

Gemäß Artikel 5 Absatz 3 ist einem Betreiber eines Werbenetzwerks die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die im Endgerät des Nutzers gespeichert sind, gestattet, wenn er: *i)* dem Nutzer gemäß Richtlinie 95/46/EG klare und umfassende Informationen insbesondere über die Zwecke der Verarbeitung gegeben hat und *ii)* die Einwilligung des Nutzers zur Speicherung von Informationen oder zum Zugriff auf Informationen in seinem Endgerät erhalten hat, nachdem der Betreiber des Werbenetzwerks die unter *i)* geforderten Informationen erteilt hat.

Aus dem Wortlaut von Artikel 5 Absatz 3 ergibt sich, dass: *i)* die Einwilligung eingeholt werden muss, *bevor* der Cookie platziert wird und/oder auf dem Endgerät des Nutzers gespeicherte Informationen gesammelt werden, was üblicherweise als vorherige Einwilligung bezeichnet wird und *ii)* eine Einwilligung in Kenntnis der Sachlage nur dann eingeholt werden kann, wenn *dem Nutzer* vorher Informationen über das Versenden und die Zwecke des Cookies *erteilt wurden*. In diesem Zusammenhang muss berücksichtigt werden, dass eine Einwilligung ungeachtet der jeweiligen Umstände, nur dann gültig ist, wenn sie ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt ist. Die Einwilligung muss vor Erhebung der personenbezogenen Daten eingeholt werden, damit die betroffenen Personen voll und ganz erkennen, dass sie einwilligen und in was sie einwilligen. Darüber hinaus muss eine Einwilligung zurückziehbar sein.

In den nächsten Unterabschnitten wird analysiert, ob eine Einwilligung über Browser-Einstellungen oder über Opt-out-Optionen des Betreibers eines Werbenetzwerks den Anforderungen von Artikel 5 Absatz 3 entspricht.

4.1.1. Einwilligung über die Browser-Einstellungen

Anbieter von Online-Inhalten und Betreiber von Werbenetzwerken, die im Bereich der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting tätig sind, platzieren Tracking-Cookies auf den Endgeräten der betroffenen Personen, wenn diese eine Website besuchen, die Teil des Werbenetzwerks ist. Dies ist der Fall, wenn der Browser des Nutzers nicht so eingestellt ist, dass er Cookies ablehnt. Sobald der Cookie platziert ist und die betroffene Person auf der Internetseite mit der Werbung surft, wird es ihr in der Praxis ermöglicht, Wissen über die Cookies zu erlangen und darüber, wie der Browser eingestellt werden muss, um diese zu kontrollieren. Diese Informationen werden durch die Anbieter von Online-Inhalten und die Betreiber von Werbenetzwerken erteilt. Diese für die Verarbeitung Verantwortlichen erteilen die Informationen üblicherweise in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen und/oder in ihren Datenschutzvorschriften über Third-Party-Cookies, die für Werbung auf Basis von Behavioural Targeting verwendet werden. Die Informationen können die grundlegenden Verwendungen/Zwecke dieser Cookies umfassen und Angaben darüber, wie sie mit Hilfe der Browser-Einstellungen vermieden werden können. Diese Praxis entspricht den Anforderungen von Artikel 5 Absatz 3 jedoch nicht; insbesondere nicht in seiner geänderten Fassung, welche die Betonung auf die vorherige Erteilung von Information und die vorherige Einholung der Einwilligung legt (vor Beginn der Verarbeitung).

Erwägungsgrund 66 der geänderten Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation weist darauf hin, dass die Einwilligung des Nutzers auch über die Handhabung der entsprechenden Einstellungen eines Browsers oder einer anderen Anwendung, „*wenn es technisch durchführbar und wirksam ist, [...] im Einklang mit den entsprechenden Bestimmungen der Richtlinie 95/46/EG*“ ausgedrückt werden kann. Dies stellt keine Ausnahme von Artikel 5 Absatz 3 dar, sondern ist eher eine Erinnerung daran, dass eine Einwilligung in dieser technologischen Umgebung auf verschiedene Arten erteilt werden kann – wenn es technisch durchführbar und wirksam ist und im Einklang mit den entsprechenden sonstigen Bedingungen für eine gültige Zustimmung steht. In diesem Zusammenhang ist es wichtig, die Bedingungen zu bestimmen, unter denen die Browser-Einstellungen den Anforderungen von Richtlinie 95/46/EG entsprechen und damit eine gültige Einwilligung „*im Einklang mit Richtlinie 95/46/EG*“ darstellen. Die Artikel-29-Arbeitsgruppe ist der Ansicht, dass dies aus den folgenden Gründen nur unter sehr eingeschränkten Umständen der Fall ist:

Erstens, basierend auf der Definition und den Bedingungen für eine gültige Einwilligung gemäß Artikel 2 Buchstabe h der Richtlinie 95/46/EG, kann man allgemein gesprochen nicht einfach davon ausgehen, dass eine betroffene Person ihre Einwilligung gegeben hat, nur weil sie einen Browser oder eine andere Anwendung erworben/verwendet hat, die die Sammlung und Verarbeitung von Informationen standardmäßig ermöglicht. Der durchschnittlichen betroffenen Person sind die Verfolgung ihres Internet-Verhaltens, die Zwecke der Verfolgung usw. nicht bewusst. Sie weiß nicht unbedingt, wie Cookies mit Hilfe von Browser-Einstellungen abgelehnt werden können, selbst wenn dies in den Datenschutzvorschriften niedergelegt ist. Es ist ein Trugschluss, davon auszugehen, dass die Untätigkeit einer betroffenen Person (sie hat den Browser nicht so eingestellt, dass er Cookies ablehnt), generell einen klaren und eindeutigen Hinweis auf ihre Wünsche darstellt. Wie in der vorgenannten Stellungnahme 1/2008 der Artikel-29-Arbeitsgruppe dargelegt wurde, „*Die Verantwortung für deren [Cookie] Verarbeitung kann nicht auf die Verantwortung des Benutzers reduziert werden, bestimmte Vorsichtsmaßnahmen in seinen Browser-Einstellungen zu treffen*“. Von den vier wichtigsten Browsern blockiert derzeit nur einer standardmäßig Third-Party-Cookies, sobald der Browser installiert wurde. Bei den drei anderen großen Browsern lässt die Standard-Einstellung alle Cookies zu. In diesen Fällen werden die Cookies versendet und die Informationen vor der Einholung einer Einwilligung gesammelt. Diese Vorgehensweise steht folglich mit der Erfordernis der vorherigen Einwilligung im Widerspruch³².

Zweitens, wenn eine Einwilligung in Kenntnis der Sachlage über die Browser-Einstellung möglich sein soll, darf es nicht möglich sein, die Wahl der betroffenen Person zu „umgehen“, die sie bei der Einstellung des Browsers getroffen hat. In der Praxis ist das „Respawnen“ gelöschter Cookies durch sogenannte Flash-Cookies jedoch leicht möglich, was dem Betreiber von Werbenetzwerken die Möglichkeit gibt, den Nutzer weiterhin zu überwachen. Die Verfügbarkeit und die steigende Verwendung solcher Technologien stellt eine

³² Eine weitere Komplikation ergibt sich daraus, dass die drei vorgenannten Browser selbst dann bestehende Cookie-Informationen weiterversenden, wenn der Browser so eingestellt wurde, dass er (neue) Third-Party-Cookies ablehnt. Anders ausgedrückt, die Informationen von Cookies, die platziert wurden, bevor der Browser auf Ablehnung von Cookies eingestellt wurde, werden dem Betreiber von Werbenetzwerken weiterhin zugesandt. Derzeit ermöglicht es lediglich einer der großen Browser, sowohl die Einstellung als auch die Übermittlung der Daten von Third-Party-Cookies (also einschließlich das Cookies, die platziert wurden, bevor der Browser auf Ablehnung von Cookies eingestellt wurde), zu blockieren. Folglich können auch Cookies, die als First-Party-Cookie (beim Besuchen einer einzelnen Website beispielsweise oder einer Suchmaschine oder der Site eines sozialen Netzwerks) eingestellt wurden, auch dann noch durch die Site gelesen werden, wenn der Nutzer eine Site besucht, die mit der ersten Website eine Partnerschaft eingegangen ist.

Herausforderung an die Browser-Einstellungen dar, eine gültige, wirksame Einwilligung in Kenntnis der Sachlage einzuholen.

Schließlich, eine Einwilligung in die Annahme von Cookies in großen Mengen auf Grund der Browser-Einstellungen impliziert, dass der Nutzer eine zukünftige Verarbeitung akzeptiert, möglicherweise, ohne die Zwecke oder die Verwendung der Cookies zu kennen. Eine Einwilligung in großem Umfang für zukünftige Verarbeitungen ohne Kenntnis der Umstände der Verarbeitung kann keine gültige Einwilligung darstellen³³.

Damit Browser oder andere Anwendungen eine gültige Einwilligung „erteilen“ können, müssen die oben dargelegten Probleme gelöst werden. Das heißt, dass:

- (a) Browser oder andere Anwendungen, die Third-Party-Cookies standardmäßig ablehnen und die eine positiv bejahende Handlung der betroffenen Person benötigen, um sowohl die Einstellung der Cookies als auch die fortdauernde Übermittlung von Informationen zu akzeptieren, die auf den Cookies bestimmter Websites gespeichert sind, könnten einer gültigen und wirksamen Einwilligung entsprechen. Bei Browser-Einstellungen dagegen, die so festgelegt sind, dass sie alle Cookies annehmen, würde die Einwilligung den Anforderungen von Artikel 5 Absatz 3 nicht entsprechen, da eine solche Einwilligung keine wirkliche Willensbekundung der betroffenen Person wäre. Eine solche Einwilligung würde weder den konkreten Fall betreffen, noch würde sie vorher (vor der Verarbeitung) erfolgen. Auch wenn eine bestimmte betroffene Person tatsächlich entschieden haben könnte, dass sie die Einstellung zur Annahme aller Third-Party-Cookies beibehalten will, wäre es nicht realistisch, wenn Betreiber von Werbenetzwerken davon ausgingen, dass die große Mehrheit der betroffenen Personen, die ihre Browser so eingestellt haben, dass sie Cookies annehmen, diese Wahl tatsächlich getroffen haben.
- (b) Browser, zusammen oder in Verbindung mit anderen Informationsmitteln, einschließlich der Kooperation zwischen Betreibern von Werbenetzwerken und Anbietern von Online-Inhalten sollten klare, umfassende und vollständig sichtbare Informationen erteilen, um sicherzustellen, dass die Einwilligung in voller Kenntnis der Sachlage erfolgt. Damit die Bedingungen von Artikel 5 Absatz 3 der Richtlinie 95/46/EG erfüllt werden, müssen die Browser im Namen der Betreiber von Werbenetzwerken zweckdienliche Informationen über die Zwecke der Cookies und die weitere Verarbeitung übermitteln. Allgemeine Warnungen ohne einen genauen Hinweis auf das Werbenetzwerk, welches den Cookie platziert, sind folglich nicht ausreichend.

Die Artikel-29-Arbeitsgruppe ist der Ansicht, dass eine Einwilligung nicht als in Kenntnis der Sachlage im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation und angesichts von Artikel 2 Buchstabe h der Richtlinie 95/46/EG erteilt gelten kann, sofern die oben genannten Bedingungen zur Erteilung von Informationen nicht erfüllt sind und es dem Nutzer nicht erleichtert wird, Cookies abzulehnen (indem erklärt wird, wie dies getan werden kann).

Angesichts der Bedeutung von Browser-Einstellungen bei der Gewährleistung, dass betroffene Personen ihre Einwilligung in die Speicherung von Cookies und in die Verarbeitung ihrer Informationen wirksam geben, scheint es von größter Bedeutung zu sein,

³³ Wie in dem Arbeitspapier der Artikel-29-Arbeitsgruppe über eine gemeinsame Auslegung des Artikels 26 Absatz 1 der europäischen Richtlinie 95/46/EG vom 24. Oktober 1995, angenommen am 25.11.2005 im Zusammenhang mit der zukünftigen Datenübermittlung niedergelegt wurde: „Dadurch, dass eine ausdrückliche vorherige Willensbekundung verlangt wird, wird faktische eine Regelung ausgeschlossen, bei der sich eine Person erst gegen die Übermittlung aussprechen kann, nachdem sie bereits stattgefunden hat: die Einholung der Einwilligung für den konkreten Fall, bevor eine Übermittlung stattfinden kann, ist konkret vorgeschrieben“.

dass Browser standardmäßig über Datenschutz-Einstellungen verfügen. Anders ausgedrückt sollten sie die Einstellung „keine Annahme und keine Übermittlung von Third-Party-Cookies“ haben. Zur Vervollständigung und für eine größere Effizienz, sollten die Browser so eingestellt sein, dass Nutzer vor der Installation des Browser oder dem Herunterladen eines Updates von einem Assistenten durch ein Datenschutz-Programm geführt werden. Außerdem sollten Browser es den Nutzern ermöglichen, Wahlmöglichkeiten auf einfache Weise während der Nutzung des Browsers wahrzunehmen. Die Artikel-29-Arbeitsgruppe fordert die Entwickler von Browsern dazu auf, schnell in Aktion zu treten und sich mit den Betreibern von Werbenetzwerken abzusprechen.

4.1.2. Einwilligung und die Ausübung von Opt-out-Optionen

Betreiber von Werbenetzwerken bieten in steigendem Maße „Opt-out“-Mechanismen an, die es Nutzern ermöglichen, sich gegen den Erhalt von gezielter Werbung zu entscheiden³⁴. In dem Fall muss die betroffene Person auf die Website des/der Betreiber(s) des Werbenetzwerks gehen und ihm/ihnen gegenüber angeben, dass sie nicht wünscht, für Zwecke der gezielten Werbung verfolgt zu werden. Mit diesen Mechanismen sollen die vorgenannten Probleme bezüglich der Einwilligung durch Browser-Einstellungen bis zu einem gewissen Grad behoben werden.

Solche Cookie-basierten Opt-out-Mechanismen werden insoweit begrüßt und gefördert, als sie die aktuellen technischen Möglichkeiten der Nichtbeteiligung der betroffenen Personen erleichtern. Sie stellen jedoch nicht prinzipiell eine Einwilligung der betroffenen Person dar. Lediglich in sehr spezifischen Einzelfällen könnte eine implizierte Einwilligung argumentiert werden. Dies könnte der Fall sein, wenn ein erfahrener Nutzer, dem die Praxis der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting bekannt ist und der weiß, dass er die Möglichkeit des Opt-out hat, sich dennoch willentlich gegen das Opt-out entscheidet (insbesondere, wenn er dies tut, bevor ihm ein Cookie zugesandt wurde). Dieser Mechanismus ist jedoch keine angemessene Weise zur Einholung der Einwilligung des durchschnittlichen Nutzers. Die Gründe ähneln denjenigen, die im Zusammenhang mit den Browser-Einstellungen genannt wurden:

Erstens fehlt Nutzern im Allgemeinen das grundlegende Verständnis für die Datenerhebung, für die Verwendung der Daten, für die entsprechende Technologie und noch wichtiger dafür wo und wie sie sich dagegen entscheiden können. Folglich nutzen nicht deshalb so wenige Personen die Opt-out-Option, weil sie sich in Kenntnis der Sachlage für eine Einwilligung in Werbung auf Basis von Behavioural Targeting entschieden haben, sondern weil ihnen nicht bewusst ist, dass sie bereits dadurch einwilligen, dass sie keinen Gebrauch von dem Opt-out machen.

Zweitens bedeutet Einwilligung eine aktive Teilnahme der betroffenen Person vor der Erhebung und Verarbeitung der Daten. Die Opt-out-Mechanismen bedeuten häufig eine „Nicht“-Reaktion der betroffenen Person, nachdem eine solche Verarbeitung bereits begonnen hat. Darüber hinaus gibt es unter den Opt-out-Mechanismen keine aktive Teilnahme. Der Wunsch der betroffenen Person wird lediglich angenommen oder impliziert. Das entspricht aber nicht den Anforderungen an eine rechtlich wirksame Einwilligung.

Angesichts des oben Stehenden ist die Artikel-29-Arbeitsgruppe der Ansicht, dass Cookie-basierte Opt-out-Mechanismen dem durchschnittlichen Nutzer kein wirksames Mittel in die Hand geben, in die Werbung auf Basis von Behavioural Targeting einzuwilligen. In dieser Hinsicht entsprechend sie nicht den Anforderungen von Artikel 5 Absatz 3.

³⁴ Siehe beispielsweise die Opt-out-Option der Network Advertising Initiative, welche die Möglichkeit des Opt-out von verschiedenen Netzwerken bietet: http://www.networkadvertising.org/managing/opt_out.asp

4.1.3. Vorherige Mechanismen der Einwilligung durch Opt-in sind besser für eine Einwilligung in Kenntnis der Sachlage geeignet

Die Artikel-29-Arbeitsgruppe ist der Ansicht, dass Opt-in-Mechanismen, die eine positive bejahende Handlung der betroffenen Person erforderlich machen, um ihre Einwilligung anzuzeigen, bevor der Cookie an die betroffene Person gesendet wird, Artikel 5 Absatz 3 mehr entsprechen. In Bezug auf die Einwilligung als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung hat die Artikel-29-Arbeitsgruppe diese Ansicht kürzlich bestätigt: *„Die technologischen Entwicklungen fordern auch eine genaue Erwägung der Einwilligung. In der Praxis wird Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG nicht immer richtig angewendet. Dies ist insbesondere im Umfeld des Internet der Fall, wo eine stillschweigende Einwilligung nicht immer zu einer eindeutigen Einwilligung führt (wie dies in Artikel 7 Buchstabe a der Richtlinie gefordert wird). Wenn die Position der betroffenen Person jedoch „ex ante“, also vor der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten durch Dritte, gestärkt wird, muss die Einwilligung ausdrücklich (und deshalb ein Opt-in) für alle Verarbeitungen erfolgen, die auf der Einwilligung basieren.“*³⁵

In einer früheren Stellungnahme³⁶, in der diese Fragestellung behandelt wurde, hat die Arbeitsgruppe die Verwendung spezieller Mitteilungen empfohlen: *„Bei Cookies, dass der Benutzer darüber unterrichtet wird, wenn ... ein Cookie empfangen, speichern oder senden will. Diese Mitteilung sollte in allgemein verständlicher Sprache erklären, welche Information zu welchem Zweck in diesem Cookie gespeichert werden soll und wie lange das Cookie gilt.“* Nachdem die betroffene Person diese Mitteilung erhalten hat, sollte sie die Möglichkeit haben, anzugeben, ob sie für die Zwecke der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting die Erstellung eines Profils wünscht.

Der Artikel-29-Arbeitsgruppe sind die derzeitigen praktischen Probleme im Hinblick auf die Einholung der Einwilligung bewusst, insbesondere, wenn die Einwilligung jedes Mal erforderlich ist, wenn ein Cookie für Zwecke der gezielten Werbung gelesen wird. Zur Vermeidung dieses Problems und in Übereinstimmung mit Erwägungsgrund 25 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (*„... das Ablehnungsrecht [Cookies] können einmalig für die Nutzung verschiedener in dem Endgerät des Nutzers ... zu installierender Instrumente angeboten werden und auch die zukünftige Verwendung derartiger Instrumente umfassen“*), kann die Einwilligung in den Cookie als Einwilligung nicht nur in das Versenden des Cookies als gültig betrachtet werden, sondern auch in die daraus folgende, sich aus dem Cookie ergebende Datenerhebung. Anders ausgedrückt würde die Einwilligung in das Platzieren des Cookies und in die Verwendung der Informationen zum Versand gezielter Werbung das folgende „Lesen“ des Cookies einschließen, das jedes Mal stattfindet, wenn der Nutzer einen Website-Partner des Betreibers des Werbenetzwerks besucht, der den Cookie ursprünglich platziert hat.

Unter Berücksichtigung jedoch, dass *i)* diese Praxis bedeuten würde, dass Personen einwilligen „für immer“ überwacht zu werden und *ii)* sie einfach „vergessen“ könnten, dass sie beispielsweise vor einem Jahr in die Überwachung eingewilligt haben, ist die Artikel-29-Arbeitsgruppe der Ansicht, dass einige Schutzmechanismen integriert werden sollten. Die Artikel-29-Arbeitsgruppe schlägt insbesondere drei Vorgehensweisen vor:

³⁵ Die Artikel-29-Arbeitsgruppe erkennt die Arbeiten einiger Gruppen wie The Future of Privacy an, welche sich für die Verwendung von Icons für Informationszwecke einsetzen.

³⁶ Empfehlung 1/99 über die unsichtbare und automatische Verarbeitung personenbezogener Daten im Internet: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/1999/wp17en.pdf.

Erstens eine zeitliche Einschränkung der Geltungsdauer der Einwilligung. Die Einwilligung in eine Überwachung sollte nicht „für immer“, sondern nur für einen begrenzten Zeitraum gültig sein, z. B. für ein Jahr. Nach Ablauf dieser Frist müssten die Betreiber von Werbenetzwerken eine neue Einwilligung einholen. Dies könnte erreicht werden, indem Cookies nur eine begrenzte Lebensdauer haben, nachdem sie auf dem Endgerät des Nutzers platziert wurden (das Ablaufdatum sollte nicht verlängert werden).

Zweitens würden die dargelegten Risiken durch zusätzliche Informationen weiter abgeschwächt werden. Darauf wird weiter unten in Abschnitt 4.2.1 eingegangen.

Drittens kann eine freiwillig erteilte Einwilligung jederzeit zurückgezogen werden. Die betroffenen Personen sollten die Möglichkeit haben, ihre Einwilligung in eine Überwachung für Zwecke der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting einfach zurückzuziehen. In dieser Hinsicht ist die Verpflichtung, klare Informationen über diese Möglichkeit zu erteilen, von grundlegender Bedeutung (siehe unten unter Abschnitt 4.2).

Die Artikel-29-Arbeitsgruppe fordert die Werbe-Industrie zur Umsetzung des oben Stehenden oder zur Einführung alternativer Methoden auf, die Folgendes beinhalten: eine vorherige positiv bejahende Handlung der Nutzer in Bezug auf eine Einwilligung *i*) in die Speicherung des Cookies und *ii*) in die Verwendung des Cookies, um ihn über die Websites hinweg für die Einblendung von Werbung auf Basis von Behavioural Targeting zu verfolgen. Die Methoden können auch die Gestaltung des Browser und der Browser-Technologie betreffen.

4.1.4 Einwilligung in Kenntnis der Sachlage: Kinder

In der Stellungnahme 2/2009 hat sich die Artikel-29-Arbeitsgruppe mit dem Schutz der personenbezogenen Daten von Kindern³⁷ befasst. Die Probleme in Bezug auf die Einholung einer Einwilligung in Kenntnis der Sachlage werden weiter verstärkt, wenn Kinder betroffen sind. Zusätzlich zu den oben (und unten) dargelegten Bedingungen für eine gültige Einwilligung, muss die Einwilligung von Kindern in manchen Fällen von ihren Eltern oder sonstigen gesetzlichen Vertretern erteilt werden, um gültig zu sein. In dem Fall heißt das, dass die Betreiber von Werbenetzwerken die Eltern darüber informieren müssten, dass sie Informationen über die Kinder erheben und verwenden und die Einwilligung vor der Erhebung und weiteren Verwendung der Informationen für Zwecke des Behavioural Targeting bei Kindern, einholen.³⁸

Angesichts des oben Stehenden und unter Berücksichtigung der Verwundbarkeit von Kindern ist die Artikel-29-Arbeitsgruppe der Ansicht, dass Betreiber von Werbenetzwerken keine Interessenkategorien für Zwecke der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting oder zur Beeinflussung von Kindern anbieten sollten.

4.2. Die Informationspflicht im Zusammenhang mit Werbung auf Basis von Behavioural Targeting

Transparenz ist eine Schlüsselvoraussetzung dafür, dass natürliche Personen in die Erhebung und weitere Verarbeitung ihrer Daten einwilligen können. Wie oben dargelegt wurde, ist es möglich, dass die Nutzer in Bezug auf Werbung auf Basis von Behavioural Targeting die Technologie hinter der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting nicht kennen oder nicht verstehen oder nicht einmal wissen, dass sie gezielt mit solchen Arten der Werbung bedient werden. Es ist deshalb von größter Wichtigkeit, dass eine ausreichende und wirksame

³⁷ Stellungnahme zum Schutz der personenbezogenen Daten von Kindern (Allgemeine Leitlinien und Anwendungsfall Schulen): http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2009/wp160_en.pdf

³⁸ Dies ist zusätzlich zu den geltenden Rechtsvorschriften und Normen im Bereich der Werbung.

Informierung sichergestellt wird, die die Internet-Nutzer erreicht. Die betroffenen Personen können nur dann ihre Wahl treffen, wenn sie informiert sind.

4.2.1 Welche Informationen müssen gegeben werden und von wem?

Artikel 5 Absatz 3 legt fest, dass der Nutzer Informationen „gemäß der Richtlinie 95/46/EG u. a. über die Zwecke der Verarbeitungen“ erhält. Artikel 10 der Richtlinie 95/46/EG betrifft die Bereitstellung dieser Informationen.³⁹

In Bezug auf Werbung auf Basis von Behavioural Targeting sollten die betroffenen Personen *unter anderem* über die Identität des Betreibers des Werbenetzwerks und über die Zweckbestimmungen der Verarbeitung informiert werden. Die betroffene Person sollte klare Informationen darüber erhalten, dass der Cookie es dem Betreiber des Werbenetzes ermöglicht, Informationen über Besuche auf anderen Websites, über die ihnen gezeigte Werbung, die angeklickte Werbung, die Zeitwahl usw. zu sammeln.

Die Verwendungen des Cookies zur Erstellung von Profilen zum Zwecke der Bereitstellung gezielter Werbung sollten einfach verständlich erklärt werden. Erwägungsgrund 25 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation verlangt, dass Mitteilungen auf „klare und umfassende“ Weise gemacht werden. Aussagen wie „Werbetreibende und sonstige Dritte können auch ihre eigenen Cookies oder Action Tags verwenden“ sind eindeutig unzureichend.

In Bezug auf die Art der Informationserteilung verlangt Erwägungsgrund 25, dass sie „so benutzerfreundlich wie möglich“ ist. Die Artikel-29-Arbeitsgruppe ist der Ansicht, dass das interaktive Anzeigen eines Minimums an Informationen auf leicht sichtbare und verständliche Weise direkt auf dem Bildschirm der wirkungsvollste Weg wäre, diesen Grundsatz einzuhalten⁴⁰. Es ist wichtig, dass die Informationen leicht zugänglich und sehr gut sichtbar sind. Diese grundlegenden Informationen dürfen nicht in den allgemeinen Geschäftsbedingungen und Datenschutzvorschriften versteckt werden.

Die Artikel-29-Arbeitsgruppe erkennt an, dass es technisch gesehen, verschiedene Wege der Informationserteilung geben mag und begrüßt Kreativität in diesem Bereich. Sie ist sich bewusst, dass einige der Betreiber von Werbenetzwerken mit der Entwicklung neuer Wege zur Bereitstellung von Informationen begonnen haben und begrüßt dies. Ein Beispiel für solche Entwicklungen, die die Arbeitsgruppe sowohl positiv als auch notwendig findet, sind Icons, die auf der Website des Anbieters von Online-Inhalten rund um die Werbung platziert werden und Links zu weiteren Informationen bereitstellen.

Unter Berücksichtigung der in Abschnitt 4.1.3 dargelegten Möglichkeit für natürliche Personen, einmalig in die Überwachung einzuwilligen und damit auch in das zukünftige Ablesen des Cookies, findet es die Artikel-29-Arbeitsgruppe sehr wichtig, dass Betreiber von Werbenetzwerken Wege finden, die Personen *in regelmäßigen Abständen* über die Überwachung zu informieren. Wenn die betroffenen Personen nicht auf klare und eindeutige Weise und mit Hilfe einfacher Mittel an die Überwachung erinnert werden, ist es sehr wahrscheinlich, dass es ihnen nach einer Weile nicht mehr bewusst ist, dass die Überwachung weiterhin stattfindet und dass sie in diese eingewilligt haben. Diesbezüglich würde es die

³⁹ Es wird insbesondere die Bereitstellung der folgenden Informationen gefordert: die Identität des für die Verarbeitung Verantwortlichen, die Zweckbestimmungen der Verarbeitung sowie die Empfänger der Daten und das Vorliegen des Auskunftsrechts insoweit als solche weiteren Informationen erforderlich sind, um eine Verarbeitung nach Treu und Glauben zu gewährleisten.

⁴⁰ Dies entspricht der vorherigen Stellungnahme der Artikel-29-Arbeitsgruppe, siehe Empfehlung WP 43 zu einigen Mindestanforderungen für die Online-Erhebung personenbezogener Daten in der Europäischen Union, angenommen am 17. Mai 2001, verfügbar unter: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp43en.pdf

Artikel-29-Arbeitsgruppe sehr unterstützen, wenn ein Symbol und damit verbundene Nachrichten die Konsumenten darauf aufmerksam machen würden, dass ein Betreiber eines Werbenetzwerks ihr Internet-Surf-Verhalten zur Einblendung gezielter Werbung überwacht. Dieses Symbol wäre sehr hilfreich, nicht nur um natürliche Personen an die Überwachung zu erinnern, sondern auch um zu kontrollieren, ob sie weiter überwacht werden oder ob sie ihre Einwilligung zurückziehen wollen.

Eine weitere einschlägige Frage ist *wer die Informationen bereitstellen sollte* – sollte es Aufgabe des Anbieters von Online-Inhalten oder des Betreibers eines Werbenetzwerks sein oder die Aufgabe von beiden? Als Ergebnis sollten die betroffenen Personen leicht zugängliche und gut sichtbare Informationen erhalten. Wie weiter dargelegt wird, scheint hierfür die Zusammenarbeit zwischen dem Anbieter von Online-Inhalten und dem Betreiber des Werbenetzwerks von grundlegender Bedeutung zu sein.

Die Artikel-29-Arbeitsgruppe merkt an, dass gemäß dem Wortlaut von Artikel 5 Absatz 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation die den Cookie versendende und ablesende Stelle zur Bereitstellung der erforderlichen Informationen und zur Einholung der Einwilligung der betroffenen Person verpflichtet ist. Wenn Anbieter von Online-Inhalten gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche sind, z. B. wenn sie direkt identifizierbare Informationen an Betreiber von Werbenetzwerken senden, sind sie auch dazu verpflichtet, die betroffenen Personen über die Datenverarbeitung zu informieren.

Wie in Abschnitt 3.3 angemerkt wurde, teilen Anbieter von Online-Inhalten die Verantwortung für die Datenverarbeitung, die im Zusammenhang mit dem Einblenden von Werbung auf Basis von Behavioural Targeting steht, darüber hinaus mit den Betreibern von Werbenetzwerken. Genauer gesagt, deckt diese Verantwortung den ersten Teil der Verarbeitung ab, also die Übermittlung der IP-Adresse an den Betreiber eines Werbenetzwerks, der dann stattfindet, wenn eine Person die Website des Anbieters von Online-Inhalten besucht und auf die Website des Betreibers des Werbenetzwerks umgeleitet wird.

Als Ergebnis dieser Verantwortung haben Anbieter von Online-Inhalten bestimmte Verpflichtungen gegenüber den betroffenen Personen, die sich in erster Linie aus der Richtlinie 95/46/EG⁴¹ ergeben. Die Artikel-29-Arbeitsgruppe ist insbesondere der Ansicht, dass die Anbieter von Online-Inhalten durch die Verpflichtung gebunden sind, die betroffenen Personen über die Datenverarbeitung zu informieren, die als Ergebnis der Umleitung ihrer Browser stattfindet und über die Zwecke, für die diese Information später durch die Betreiber des Werbenetzwerks verwendet werden. Die Information sollte sich nicht nur auf die Übermittlung der IP-Adresse für die Zwecke der Einblendung von Werbung beziehen, sondern auch auf die weitere Datenverarbeitung, die durch die Betreiber von Online-Werbenetzwerken vorgenommen wird. Hierzu zählt auch das Speichern von Cookies.

Die Artikel-29-Arbeitsgruppe schlägt natürlich nicht vor, dass Informationen zweimal erteilt werden müssen (einmal durch den Betreiber des Online-Werbenetzwerks und dann durch den Anbieter von Online-Inhalten). Die Artikel-29-Arbeitsgruppe ist der Ansicht, dass in diesem Bereich ein eindeutiger Bedarf an Zusammenarbeit zwischen den Betreibern von Werbenetzwerken und den Anbietern von Online-Inhalten vorliegt. Sie sollen entscheiden, durch wen und wie die Informationen erteilt werden. Die Artikel-29-Arbeitsgruppe fordert

⁴¹ Darüber hinaus merkt die Artikel-29-Arbeitsgruppe an, dass die Anbieter von Online-Inhalten auch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Vertrags- und Deliktsrechts) und aus Verbraucherschutzrechtlichen Vorschriften zwischen Unternehmen und Verbrauchern für die Information natürlicher Personen verantwortlich sind, insoweit als die Datenverarbeitung und die Überwachung als Ergebnis der Umleitung an den Betreiber von Werbenetzwerken erfolgt.

folglich die Betreiber von Werbenetzwerken und die Anbieter von Online-Inhalten dazu auf, keine Anstrengung zu scheuen, um wirksame Mitteilungen bereitzustellen und unter Internet-Nutzern den größten Wissensstand darüber zu gewährleisten, wie Werbung auf Basis von Behavioural Targeting in jeder bestimmten Situation funktioniert. Der Bedarf an diesem Zusammenspiel wird weiter unterstrichen, wenn man bedenkt, dass die Betreiber von Werbenetzwerken üblicherweise für die betroffenen Personen unsichtbar sind. Die Interaktion der Nutzer findet stattdessen mit der besuchten Website statt, also mit der Website des Anbieters von Online-Inhalten. Aus diesem Grund ist es aus der Sicht der Nutzer der direktere Weg, wenn sie eine Mitteilung von der Website des Anbieters von Online-Inhalten erhalten. Dies kann auf unterschiedliche Weise geschehen; beispielsweise wenn der Anbieter von Online-Inhalten Platz auf seiner Website bereitstellt, auf dem die Betreiber von Werbenetzwerken die erforderlichen Informationen einstellen können.

Die Datenschutz-Behörden werden bei der Ausübung ihrer Tätigkeit angemessene Sensibilisierungsmaßnahmen zu diesen Praktiken und den entsprechenden Rechten der betroffenen Personen berücksichtigen.

5. Sonstige Verpflichtungen und Grundsätze im Sinne der Richtlinie 95/46/EG

Zusätzlich zu Artikel 5 Absatz 3 müssen die für die Datenverarbeitung Verantwortlichen die Einhaltung aller Verpflichtungen aus Richtlinie 95/46/EG gewährleisten, die sich nicht mit Artikel 5 Absatz 3 überschneiden. Sie müssen unter anderem Folgendes sicherstellen:

5.1. Verpflichtungen bezüglich besonderer Kategorien personenbezogener Daten

Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen sowie Daten über Gesundheit oder Sexualleben gelten gemäß Artikel 8 der Richtlinie 95/46/EG als sensible Daten. Die Artikel-29-Arbeitsgruppe sieht als große Gefahr eine mögliche Verletzung der Rechte in Bezug auf die personenbezogenen Daten natürlicher Personen, wenn diese Art von Informationen für die Zwecke der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting genutzt werden. Jedes mögliche auf sensiblen Daten beruhende Targeting der betroffenen Personen, eröffnet die Möglichkeit für Missbrauch. Darüber hinaus sollte angesichts der Sensibilität solcher Informationen und der möglicherweise peinlichen Situationen, die sich daraus ergeben können, dass natürliche Personen Werbung erhalten, die beispielsweise ihre sexuellen Vorlieben oder politischen Aktivitäten offenlegen, das Anbieten/die Verwendung von Interessenkategorien entmutigt werden, die sensible Daten offenlegen.

Wenn Betreiber von Werbenetzwerken aber dennoch Interessenkategorien anbieten und verwenden, die sensible Daten offenlegen, müssen sie Artikel 8 der Richtlinie 95/46/EG einhalten. Wenn ein Betreiber eines Werbenetzwerks beispielsweise das Verhalten einer natürlichen Personen verarbeitet, um sie in eine Interessenkategorie zu „platzieren“, die ihre besonderen sexuellen Vorlieben angibt, würde er gemäß Artikel 8 der Richtlinie 95/46/EG sensible Daten verarbeiten. Der genannte Artikel verbietet die Verarbeitung sensibler Daten mit Ausnahme bestimmter, besonderer Umstände. In diesem Zusammenhang wäre die einzige mögliche Rechtsgrundlage, welche die Datenverarbeitung rechtmäßig machen würde, die vorherige Opt-in-Einwilligung gemäß Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a. Die Anforderung einer vorherigen Erteilung der Einwilligung durch die betroffene Person bedeutet, dass ein Mechanismus des Opt-out der Einwilligung auf keinen Fall den gesetzlichen Erfordernissen entsprechen würde. Es bedeutet auch, dass eine solche Einwilligung nicht durch die Browser-

Einstellungen eingeholt werden könnte. Zur rechtmäßigen Erhebung und Verarbeitung dieser Art von Informationen müssten die Betreiber von Werbenetzwerken Mechanismen zur Einholung einer ausdrücklichen, vorherigen Einwilligung einrichten, die unabhängig von der sonstigen Einwilligung für die Verarbeitung im Allgemeinen ist.

5.2 Einhaltung der Grundsätze in Bezug auf die Qualität der Daten

Artikel 6 der Richtlinie 95/46/EG legt bestimmte Grundsätze fest, die durch den für die Datenverarbeitung Verantwortlichen eingehalten werden müssen. Hier sind die Folgenden von besonderer Bedeutung:

Es ist der Artikel-29-Arbeitsgruppe bewusst, dass Profile, die für Zwecke der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting gesammelt und genutzt werden, potentiell für andere Zwecke als Werbung genutzt werden können. Sie könnten möglicherweise für die Entwicklung neuer Dienste verwendet werden, deren Natur bislang noch nicht bekannt ist.

Oben Stehendes hängt darüber hinaus von der Einhaltung von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b ab, der den **Zweckbegrenzungs-Grundsatz** festlegt. Dieser Grundsatz verbietet die Verarbeitung personenbezogener Daten, die nicht mit den Zwecken vereinbar sind, die die ursprüngliche Erhebung rechtmäßig gemacht haben. Anders ausgedrückt würde die unvereinbare sekundäre Verwendung der für Zwecke der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting gesammelten und gespeicherten Informationen gegen Artikel 6 Buchstabe b der Richtlinie 95/46/EG verstoßen. Wenn die Betreiber von Werbenetzwerken beispielsweise einer Unternehmensgruppe angehören, die vielfältige Dienste anbietet, kann der Betreiber des Werbenetzwerks die für Werbung auf Basis von Behavioural Targeting erhobenen Daten im Prinzip nicht für solche andere Dienste verwenden (sofern nicht nachgewiesen werden kann, dass die Zwecke vereinbar sind). Aus denselben Gründen dürfen die Betreiber von Werbenetzwerken die für Zwecke der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting gesammelten Informationen nicht mit anderen Informationen anreichern.

Wenn Betreiber von Werbenetzwerken Informationen, die sie für Werbung auf Basis von Behavioural Targeting gesammelt haben, für sekundäre, unvereinbare Zwecke wie z. B. Across-Dienste, nutzen wollen, benötigen Sie *gemäß* Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EC zusätzliche Rechtsgrundlagen. Folglich müssen sie die betroffenen Personen informieren und ihre Einwilligung *gemäß* Artikel 7 Buchstabe a einholen.

Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe e schreibt vor, dass Daten gelöscht werden müssen, wenn sie für die Realisierung der Zwecke, für die sie erhoben wurden, nicht länger erforderlich sind. (**Speicherungsgrundsatz**). Die Einhaltung dieses Grundsatzes verlangt eine Einschränkung der Speicherdauer von Informationen. Entsprechend müssen Unternehmen genaue Zeiträume nennen und auch einhalten, während derer die Daten gespeichert sind.

Demzufolge müssen Informationen über das Verhalten der Nutzer gelöscht werden, wenn sie nicht länger für das Erstellen eines Profils benötigt werden. Uneingeschränkte oder zu lange Speicherdauern verstoßen gegen Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe e der Richtlinie. Die Artikel-29-Arbeitsgruppe hat festgestellt, dass die großen Betreiber von Werbenetzwerken unterschiedliche Speicherdauern haben. Manche haben uneingeschränkte Speicherdauern und andere begrenzen diese auf die Dauer von drei Monaten.

Also fordert die Artikel-29-Arbeitsgruppe die Betreiber von Werbenetzwerken dazu auf, Vorgehensweisen einzuführen, mit denen gewährleistet wird, dass die Informationen, die jedes Mal beim Ablesen eines Cookies gesammelt werden, unverzüglich gelöscht oder anonymisiert werden, sobald sie nicht mehr gespeichert werden müssen. Jeder für die Datenverarbeitung Verantwortliche muss rechtfertigen können, warum eine bestimmte

Speicherungsdauer erforderlich ist. Die Artikel-29-Arbeitsgruppe fordert die Betreiber von Werbenetzwerken zur Angabe von Gründen zur Rechtfertigung der Speicherungsdauer auf, die sie angesichts der Zwecke für die Datenverarbeitung für erforderlich halten.

Wenn eine natürliche Person um die Löschung ihres Profils bittet oder von ihrem Recht auf Zurückziehung der Einwilligung Gebrauch macht, ist der Betreiber des Werbenetzwerks dazu verpflichtet, die die betroffene Person betreffenden Daten unverzüglich zu löschen, da er nicht mehr länger über eine Rechtsgrundlage (d.h. die Einwilligung) für die Verarbeitung verfügt.

5.3 Rechte der betroffenen Person

Die für die Datenverarbeitung Verantwortlichen sollten es den von der Verarbeitung betroffenen Personen ermöglichen, ihr in den Artikeln 12 und 14 der Datenschutzrichtlinie niedergelegtes Auskunfts-, Berichtigungs-, Löschungs- und Widerspruchsrecht auszuüben.

Der Artikel-29-Arbeitsgruppe sind die Initiativen der Betreiber von Werbenetzwerken bekannt, die Zugriff auf die Interessenkategorien anbieten, in die die betroffenen Personen aufgrund der Identifikationsnummer des Cookies eingeordnet wurden⁴². Diese neuen Tools ermöglichen den Nutzern nicht nur den Zugriff auf die sie betreffenden Interessenkategorien, sondern auch die Änderung oder Löschung derselben.

Die Artikel-29-Arbeitsgruppe begrüßt diese Initiativen, die dazu beitragen, die Rechte der Personen auf einen leichten Zugriff und auf Änderung ihrer personenbezogenen Daten wirksam zu machen. Die Artikel-29-Arbeitsgruppe drängt die Betreiber von Werbenetzwerken dazu, Verfahren einzuführen, mit denen die Personen über diese Tools informiert werden und mit denen diese für die betroffenen Personen so sichtbar wie möglich gemacht werden, so dass der durchschnittliche Nutzer tatsächlich zu ihrer Nutzung befähigt wird.

5.4. Sonstige Verpflichtungen

Artikel 17 der Richtlinie sieht vor, dass der für die Datenverarbeitung Verantwortliche die *technischen und organisatorischen Maßnahmen* durchführen muss, die für den Schutz gegen die zufällige oder unrechtmäßige Zerstörung, den zufälligen Verlust, die unberechtigte Weitergabe und gegen jede andere Form der unrechtmäßigen Verarbeitung personenbezogener Daten erforderlich sind. Die Einhaltung der Sicherheitsvorschriften macht es erforderlich, dass die Betreiber von Werbenetzwerken technische und organisatorische Maßnahmen umsetzen, die dem Stand der Technik entsprechen, um die Sicherheit und Vertraulichkeit der Informationen zu gewährleisten.

Gemäß Artikel 18 der Richtlinie 95/46/EG können die für die Datenverarbeitung Verantwortlichen zur *Meldung der Verarbeitung* an die Datenschutzbehörde verpflichtet sein, sofern sie von dieser Pflicht nicht befreit sind. Entsprechend müssen die Betreiber von Werbenetzwerken die Verarbeitung melden, sofern dies gemäß innerstaatlichem Recht vorgeschrieben ist. Darüber hinaus müssen die Betreiber von Werbenetzwerken bei einer Übermittlung der Daten in ein Land außerhalb der EU, beispielsweise an einen Server in einem Drittland, die Einhaltung der Vorschriften zur Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer sicherstellen (Artikel 25 und 26 der Richtlinie 95/46/EG).

⁴² Siehe den Ad Interest Manager von Yahoo unter: http://info.yahoo.com/privacy/us/yahoo/opt_out/targeting/
Siehe auch die Funktionsweise der interessenbezogenen Werbung von Google unter: <http://www.google.com/ads/preferences/html/about.html>.

6. Schlussfolgerungen und Empfehlungen

Die Techniken der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting ermöglichen es Werbetreibenden und insbesondere den Betreibern von Werbenetzwerken, im Internet surfende Personen zu verfolgen, um Profile zu erstellen und diese für gezielte Werbung zu nutzen. In den meisten Fällen ist es den betroffenen Personen nicht einmal bewusst, dass dies passiert.

Die Artikel-29-Arbeitsgruppe ist zutiefst beunruhigt über die Auswirkungen, die diese immer weiter verbreitete Praxis auf die Privatsphäre und den Datenschutz hat. Während die Datenschutzgesetzgebung für die Ausübung dieser Praxis unter anderem die Einholung der Einwilligung der betroffenen Personen fordert, ist es in Wahrheit eher zweifelhaft, dass die Durchschnittsperson weiß, dass sie für die Einblendung gezielter Werbung überwacht wird, geschweige denn, dass sie ihre Einwilligung hierfür erteilen würde.

Bislang haben die Versuche der Industrie versagt, Informationen zu erteilen und den Personen die Kontrolle zu erleichtern, ob sie überwacht werden wollen oder nicht. Häufig unklar verfasste Mitteilungen in den allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in den Datenschutzvorschriften erfüllen die Vorschriften der Datenschutzgesetzgebung nicht. In einigen Mitgliedstaaten hat die Industrie Anstrengungen unternommen, die geltenden Gesetze durch Selbstkontrolle zu ergänzen. Solche Anstrengungen sind willkommen, da sie die allgemeinen Grundsätze des Rechtsrahmens genauer darlegen. Die Artikel-29-Arbeitsgruppe ist jedoch der Ansicht, dass noch ein weiter Weg zurückzulegen ist. Die Industrie sollte ihre Anstrengungen zur Einhaltung der wiedererstarzten, geltenden Rechtsvorschriften intensivieren.

Mit dieser Stellungnahme möchte die Artikel-29-Arbeitsgruppe den Stakeholdern und insbesondere den Betreibern von Werbenetzwerken und den Anbietern von Online-Inhalten Orientierungshilfe bei der Einhaltung des geltenden Rechtsrahmens geben, wie er in der vorliegenden Stellungnahme ausgelegt wird. Deshalb legt die vorliegende Stellungnahme die Ansichten der Artikel-29-Arbeitsgruppe zur Auslegung des geltenden Datenschutz-Rechtsrahmens in Bezug auf die Praxis der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting dar. Sie ruft die Industrie auch dazu auf, technische und sonstige Mittel zur Einhaltung des in der Stellungnahme dargelegten Rechtsrahmens vorzulegen und bezüglich dieser Mittel in einen Meinungs austausch mit der Artikel-29-Arbeitsgruppe zu treten. Am Ende eines festgelegten „Diskussionszeitraums“ bewertet die Artikel-29-Arbeitsgruppe die Situation und ergreift die notwendigen und geeigneten Maßnahmen. In der Zwischenzeit fordert die Artikel-29-Arbeitsgruppe die betroffenen Parteien zur Umsetzung der nachfolgenden Empfehlungen auf.

6.1. Geltende Rechtsvorschriften

- Der EU-Rechtsrahmen für die Nutzung von Cookies ist hauptsächlich in Artikel 5 Absatz 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation niedergelegt⁴³.
- Artikel 5 Absatz 3 findet immer dann Anwendung, wenn „Informationen“ wie Cookies auf dem Endgerät des Internet-Nutzers gespeichert oder abgelesen werden. Es wird nicht vorausgesetzt, dass es sich hierbei um personenbezogene Daten handelt.

⁴³ Die geänderte Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation muss bis zum Mai 2011 umgesetzt werden.

- Darüber hinaus findet die Richtlinie 95/46/EG immer dann auf Angelegenheiten Anwendung, die nicht ausdrücklich durch die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation abgedeckt sind, wenn personenbezogene Daten verarbeitet werden. Werbung auf Basis von Behavioural Targeting basiert auf der Nutzung von Kennungen, die die Erstellung sehr detaillierter Nutzer-Profile ermöglichen, die in den meisten Fällen als personenbezogene Daten gelten.

6.2. Zuständigkeit, territorialer Anwendungsbereich - Niederlassung

- Die Richtlinie 95/46/EG findet auf die Datenverarbeitung Anwendung, die stattfindet, wenn Anbieter von Online-Inhalten und Betreiber von Werbenetzwerken gemäß Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a und c der Richtlinie (95/46/EG) und *gemäß* Artikel 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation Werbung auf Basis von Behavioural Targeting betreiben. Die bestehenden Vorgaben der Artikel-29-Arbeitsgruppe zu diesem Thema sind vollumfänglich anwendbar.

6.3. Rollen und Verantwortlichkeiten

- **Betreiber von Werbenetzwerken** sind durch die Verpflichtungen von Artikel 5 Absatz 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation insoweit gebunden, als sie Cookies auf den Endgeräten der betroffenen Personen platzieren und/oder Informationen von Cookies abrufen, die bereits auf diesen Geräten gespeichert sind. Sie sind insoweit auch für die Datenverarbeitung Verantwortliche als sie die Zwecke und die grundlegenden Mittel der Datenverarbeitung bestimmen.
- **Anbieter von Online-Inhalten** tragen in Bezug auf die erste Phase der Verarbeitung, also wenn sie durch die Art der Erstellung ihrer Website die Übermittlung der IP-Adresse an den Betreiber des Werbenetzwerks auslösen (was die weitere Verarbeitung ermöglicht), eine bestimmte Verantwortung, die mit der eines für die Datenverarbeitung Verantwortlichen verwandt ist. Diese Verantwortung bringt einige, eingeschränkte Datenschutz-Verpflichtungen (siehe unten) mit sich. Wenn Anbieter von Online-Inhalten darüber hinaus direkt identifizierbare, personenbezogene Daten an die Betreiber von Werbenetzwerken übermitteln, gelten sie als gemeinsam für die Datenverarbeitung Verantwortliche.

6.4 Verpflichtungen und Rechte

In Bezug auf Betreiber von Werbenetzwerken:

- Artikel 5 Absatz 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, der die Verpflichtung zur Einholung der vorherigen Einwilligung in Kenntnis der Sachlage festlegt, findet auf die Betreiber von Werbenetzwerken Anwendung.
- Einwilligungen können nur unter sehr eingeschränkten Umständen über die Browser-Einstellungen eingeholt werden. Insbesondere, wenn der Browser so eingestellt ist, dass er standardmäßig alle Cookies zurückweist (wenn der Browser auf diese Option eingestellt wurde) und der Nutzer die Einstellung so geändert hat, dass er Cookies akzeptiert, nachdem der Nutzer vollumfänglich über den Namen des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen, die Verarbeitung, die Ziele der Verarbeitung und die erhobenen Daten informiert wurde. Folglich muss entweder der Browser allein oder in Verbindung mit anderen Mitteln klare, umfassende und vollständig sichtbare Informationen über die Verarbeitung übermitteln.

- Die Betreiber von Werbenetzwerken sollten mit Browser-Herstellern/Entwicklern zusammenarbeiten und sie zur Einführung von Privacy-by-Design in Browser ermutigen.
- Cookie-basierte Opt-out-Mechanismen stellen im Allgemeinen keinen angemessenen Mechanismus zur Einholung der Einwilligung in Kenntnis der Sachlage dar. In den meisten Fällen wird die Einwilligung des Nutzers impliziert, wenn er von der Opt-out-Möglichkeit nicht Gebrauch macht. Tatsächlich machen aber nicht deshalb nur so wenige Leute von der Opt-out-Möglichkeit Gebrauch, weil sie sich in Kenntnis der Sachlage für eine Einwilligung in die Werbung auf Basis des Behavioural Targeting entschieden haben, sondern weil sie nicht wissen, dass eine Verarbeitung stattfindet und erst recht nicht, wie sie von dem Opt-out Gebrauch machen können.
- Die Betreiber von Werbenetzwerken sollten schnell von Opt-out-Mechanismen Abstand nehmen und vorherige Opt-in-Mechanismen einführen. Mechanismen zur Einholung einer gültigen Einwilligung in Kenntnis der Sachlage sollten eine positiv bejahende Handlung der betroffenen Person erforderlich machen, mit der diese ihre Einwilligung in den Erhalt von Cookies und in die darauffolgende Überwachung ihrer Surf-Gewohnheiten zur Einblendung maßgeschneiderter Werbung erteilt
- In Übereinstimmung mit Erwägungsgrund 25 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation könnte die Einwilligung eines Nutzers in den Erhalt eines Cookies auch seine Einwilligung in das nachfolgende Lesen des Cookies zur Folge haben und folglich in die Überwachung seines Internet-Surfens. Es wäre nicht erforderlich, für jedes Lesen des Cookies die Einwilligung einzuholen. Um sicherzustellen, dass den betroffenen Personen bewusst bleibt, dass sie überwacht werden, sollten die Betreiber von Werbenetzwerken: *i*) den Umfang der Einwilligung zeitlich begrenzen; *ii*) ein einfaches Zurückziehen der Einwilligung in die Überwachung für Zwecke der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting ermöglichen und *iii*) ein Symbol oder andere Tools erstellen, die auf allen Websites sichtbar sein sollten, auf denen die Überwachung stattfindet (die Website-Partner des Betreibers des Werbenetzwerks). Dieses Symbol sollte die Personen nicht nur an die Überwachung erinnern, sondern ihnen auch bei der Entscheidung helfen, ob sie weiterhin überwacht werden möchten oder ob sie ihre Einwilligung zurückziehen wollen.
- Die Betreiber von Werbenetzwerken sollten die Einhaltung der Verpflichtungen sicherstellen, die sich aus der Richtlinie 95/46/EG ergeben und die sich nicht direkt mit Artikel 5 Absatz 3 überschneiden. Dazu gehören der Zweckbegrenzungs-Grundsatz und die Sicherheitsverpflichtungen.
- Darüber hinaus sollten die Betreiber von Werbenetzwerken den Personen die Ausübung ihrer Rechte auf Auskunft, Berichtigung und Löschung ermöglichen. Die Artikel-29-Arbeitsgruppe begrüßt es, dass manche Betreiber von Werbenetzwerken den betroffenen Personen den Zugriff auf und die Änderung der Interessenkategorien ermöglichen, in die sie eingeordnet wurden.
- Die Betreiber von Werbenetzwerken sollten Speicherungs-Strategien nutzen, die sicherstellen, dass die Informationen, die jedes Mal gesammelt werden, wenn ein Cookie gelesen wird, automatisch nach einer begründeten Zeitspanne gelöscht werden (die für die Verarbeitung erforderlich ist). Dies findet auch auf alternative Tracking-Technologien Anwendung, die im Zusammenhang mit Werbung auf Basis von Behavioural Targeting genutzt werden, wie beispielsweise JavaScript und auf der Browser-Umgebung des Nutzers installiert sind.

Betreiber von Werbenetzwerken und Anbieter von Online-Inhalten:

- Die Bereitstellung sehr gut sichtbarer Informationen ist eine Grundvoraussetzung für die Gültigkeit einer Einwilligung. Das Erwähnen der Praxis der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting in den allgemeinen Geschäftsbedingungen und/oder den Datenschutzvorschriften kann niemals ausreichen. Unter Berücksichtigung des niedrigen Kenntnisstands über die Praxis der Werbung auf Basis von Behavioural Targeting sollten diesbezüglich Anstrengungen zur Änderung der Situation unternommen werden.
- Die Betreiber von Werbenetzwerken und die Anbieter von Online-Inhalten sind gemäß Artikel 10 der Richtlinie 95/46/EG zur Bereitstellung von Informationen an die Nutzer verpflichtet. Konkret heißt das, dass sie sicherstellen sollten, dass die Personen mindestens erfahren, wer (d.h. welche Stelle) für die Platzierung des Cookies und die Erhebung der entsprechenden Informationen zuständig ist. Darüber hinaus sollten sie auf einfache Weise darüber informiert werden, (a) dass der Cookie für die Erstellung von Profilen genutzt wird; (b) welche Art Informationen gesammelt werden, um diese Profile zu erstellen; (c) dass die Profile zur Schaltung maßgeschneiderter Werbung genutzt werden und (d), dass der Cookie die Identifizierung des Nutzers über zahlreiche Websites ermöglicht.
- Die Betreiber von Werbenetzwerken/die Anbieter von Online-Inhalten sollten die Informationen interaktiv direkt auf dem Bildschirm anbieten, wenn nötig über „layered“ Mitteilungen. Auf jeden Fall sollten sie leicht zugänglich und sehr gut sichtbar sein.
- Gute Beispiele sind Icons, die auf der Website des Anbieters von Online-Inhalten um die Werbung platziert sind und Links zu weiteren Informationen angeben. Die Artikel-29-Arbeitsgruppe drängt die Betreiber von Werbenetzwerken, die Anbieter von Online-Inhalten und die Industrie zu Kreativität auf diesem Bereich.

Brüssel, den 22. Juni 2010

*Für die Datenschutzgruppe
Der Vorsitzende
Jacob KOHNSTAMM*