

PERSONALISIERTE WERBUNG, INSBESONDERE BEI SOCIAL COMMUNITY SITES

Dr. Oliver M. Habel

teclegal Habel Rechtsanwälte Partnerschaft, München
habel@teclegal-habel.de

Zusammenfassung

Stimmt, im Internet gibt es vieles kostenlos. Nur müssen Kosten nicht immer in Geld bestehen. Die Gegenleistung kann vielmehr im Wirtschaftsgut Information bestehen, konkret in der Information, wer was mit wem und wie kommuniziert z. B. bei Social Networks bzw. wie sich der Nutzer beim Navigieren mit welchen Aufrufen auf sonstigen Internetauftritten verhält.

Diese Informationen selbst können z. B. zur Personalisierung von Werbung genutzt werden oder zu ihrer Auswertung. Für die Wirtschaft bedeutet dies, dass ein Anbieter mit Hilfe solcher Informationen oder Analyseergebnissen wesentlich gezielter anbieten kann. Informationen und Auswertungsergebnisse sind also die Voraussetzung für eine erfolgreiche Werbung. Wie aber muss die Werbung mit der Schnittstelle zum Verbraucher umgehen, um eine Balance zwischen dem wirtschaftlichen Interesse an Werbung und den persönlichkeitsbezogenen Rechten des Verbrauchers herzustellen, speziell bei den vielen persönlichen Daten der Nutzer von Social Network Sites?

1 Gesetzliche Voraussetzungen für eine personalisierte Werbung im Internet

1.1 Gesetzliche Regelungen für den Betrieb von Internetseiten

Internetseiten und Social Community Sites sind in der Regel insbesondere elektronische Informations- und Kommunikationsdienste im Sinne von § 1 Telemediengesetz (TMG). Den Diensteanbieter treffen allgemeine Informationspflichten nach §§ 5 und 6 TMG im Abschnitt 4 des TMG. Des Weiteren gilt auch im TMG der Grundsatz, dass personenbezogene Daten nur dann erhoben und genutzt werden dürfen, wenn es entweder das TMG oder ein anderes Gesetz erlaubt, § 12 Abs. 1 TMG.

1.2 Ort für die Informationspflichten

Gemäß § 13 Abs. 1 TMG muss der Diensteanbieter zu Beginn des Nutzungsvorgangs über Art, Umfang und Zweck der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten sowie über eine etwaige Verarbeitung außerhalb der EU informieren. Der richtige Ort für die Platzierung dieser Informationen können z. B. einerseits die Nutzungsbedingungen des Diensteanbieters, andererseits eine Datenschutzerklärung sein. Beide sind leicht auffindbar z. B. auf der Startseite zu instal-

lieren. Insbesondere ist der Nutzer zu Beginn auch darüber zu informieren, wenn mit Hilfe eines automatisierten Verfahrens eine spätere Identifizierung des Nutzers ermöglicht wird.

Im Gegensatz zu Bannerwerbung und Ähnlichem im Internet, die datenschutzrechtlich grundsätzlich unproblematisch sind, erfordert eine personalisierte Werbung eine rechtliche Gestaltung des Internetauftrittes bereits auf der Startseite. Der Diensteanbieter muss den Nutzer über die Erhebung und Nutzung personenbezogener Daten auf dieser Website wahrheitsgemäß und vollständig vorab informieren, insbesondere auch darüber, wenn er Verfahren einsetzt, bei dem der Nutzer bei einem zweiten Besuch der Website wieder erkannt wird.

„Der Inhalt der Unterrichtung muss für den Nutzer jederzeit abrufbar sein“, § 13 Abs. 1 Satz 3 TMG. Dies hat zur Folge, dass die betreffende Information leicht zu sehen und bereits beim Beginn eines Besuchs der Website aufrufbar sein soll.

1.3 Bestandsdaten, hier § 14 TMG

Nach § 14 TMG ist weitere Zulässigkeitsvoraussetzung, dass der Diensteanbieter nur solche personenbezogenen Daten des Nutzers erheben und verwenden darf, die im Zusammenhang mit dem jeweiligen Vertragsverhältnis erforderlich sind. Konsequenz: Wenn hierfür lediglich die E-Mail-Adresse erforderlich ist, muss der Diensteanbieter auf der Maske, über die er Nutzerdaten erhebt, diesen darauf hinweisen, dass alle anderen Felder, die ausgefüllt werden sollen, „freiwillige Daten“ beinhalten.

1.4 Nutzungsdaten, § 15 TMG

„Nutzungsdaten“ darf der Diensteanbieter gemäß § 15 Abs. 1 TMG ebenfalls nur erheben und verwenden, soweit dies für eine Ermöglichung der Inanspruchnahme und zur Abrechnung erforderlich ist. Auch hier muss also auf eine Freiwilligkeit für die Abfrage weitergehender personenbezogener Daten ausdrücklich hingewiesen werden.

In § 15 Abs. 3 TMG hat der Gesetzgeber ein berechtigtes Interesse der Diensteanbieter an dem Einsatz von Cookies zur Erstellung von Nutzungsprofilen anerkannt. Dies erfolgt jedoch unter der Voraussetzung, dass dies für

- Zwecke der Werbung,
- Zwecke der Marktforschung oder
- zur bedarfsgerechten Gestaltung der Internetseite und
- bei Verwendung von Pseudonymen geschieht und
- der Nutzer nicht widerspricht.

Zunächst erstaunt, warum eine Opt-Out-Lösung in § 15 Abs. 3 TMG genügen soll. Es wird verständlich, da die Nutzungsdaten pseudonymisiert gesammelt

werden müssen, ohne dass eine Rückverfolgung auf die Person des Nutzers möglich ist, vgl. § 3 Abs. 6a BDSG.

Wenn gesetzlich in § 15 Abs. 3 TMG auf ein Widerspruchsrecht verwiesen wird, ist § 13 Abs. 3 i. V. m. 13 Abs. 2 Nr. 4 TMG heranzuziehen. Danach

- muss der Diensteanbieter den Nutzer bereits vor Erklärung der Einwilligung auf das Widerspruchsrecht hinweisen.
- Der Hinweis muss enthalten, dass die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden kann.
- Der Inhalt dieser Unterrichtung über das Widerrufsrecht muss für den Nutzer jederzeit abrufbar sein, § 13 Abs. 1 Satz 3 TMG.

Hieraus ergibt sich, dass über den Einsatz von Cookies zur Gewinnung von pseudonymisierten Nutzungsdaten zum Beispiel als Bestandteil der Datenschutzerklärung auf der Startseite informiert werden muss. Der Diensteanbieter hat hier zu erklären, welche Nutzungsdaten er sammelt und wie er die Daten pseudonymisiert. Des Weiteren hat er an dieser Stelle auf das Widerrufsrecht des Nutzers hinzuweisen ebenso die Adresse anzugeben, wie der Widerruf praktisch ausgeübt werden kann.

Spannender für eine Personalisierung der Werbung ist aber, wenn die Nutzungsdaten nicht pseudonymisiert werden sollen sondern mit den Daten zum Nutzer selbst verbunden werden können. Eine Opt-Out-Lösung genügt hier nicht. Stattdessen muss der Diensteanbieter den Nutzer

- über Art, Umfang und Zweck der Erhebung und Verwendung der Nutzungsdaten in Verbindung mit den Daten zur Person des Nutzers zu informieren,
- ebenso wie über eine eventuelle Übermittlung an Dritte außerhalb der EU,
- über das Einwilligungserfordernis hierfür seitens des Nutzers,
- über die jederzeitige Widerrufbarkeit der Einwilligung plus die Adresse, an die der Widerruf gesendet werden kann,
- informieren, dass die Einwilligung vor Erhebung von Nutzungsdaten eingeholt werden muss,
- informieren, dass der Inhalt der Einwilligung jederzeit abrufbar sein muss und
- informieren, dass die Einwilligung den Anforderungen des § 13 Abs. 2 TMG entsprechen soll, also bewusst und eindeutig, protokolliert, jederzeit abrufbar und mit Wirkung für die Zukunft widerrufbar.

Vor der Erklärung der Einwilligung des Nutzers als Opt-In müssen also alle, aus der Sicht der Werbenden, Grausamkeiten des Datenschutzrechts durchlitten werden, bevor eine wirksame Einwilligung des Nutzers festgestellt werden kann. Technisch und kostenmäßig stellt zudem die jederzeitige Abrufbarkeit der Einwilligung Anforderungen an das CRM-System des Diensteanbieters.

Gefordert ist ein „informed consent“. Ist also die Information zu Art, Umfang und Zweck der Datenerhebung und Nutzung nicht vollständig oder nicht richtig oder fehlt der Hinweis auf die Widerrufbarkeit vor Anklicken der Einwilligungserklärung, dann ist die Einwilligung unwirksam.

Die Einwilligung des Nutzers muss „bewusst und eindeutig erteilt“ werden, § 13 Abs. 2 Nr. 1 TMG. Dies ist gegeben, wenn ein durchschnittlich verständiger Nutzer erkennen kann und muss, dass er rechtsverbindlich eine Erklärung seiner personenbezogener Daten zustimmt¹. Grundsätzlich kann die Einwilligung auch im Zusammenhang mit der Akzeptierung von AGB oder der Bestätigung einer Datenschutzerklärung erklärt werden, vorausgesetzt, dass auf die Einwilligung zur Datenverarbeitung ausdrücklich gesondert und hervorgehoben hingewiesen wird², dies in Verbindung mit einem Hyperlink zum Passus der Einwilligungserklärung inklusive Information zum Verwendungszweck und zur Widerrufsbelehrung.

In der Rechtsberatung wird man darauf eingehen müssen, dass es Erfahrungswerte gibt, nach denen das nachträgliche Einholen von Einwilligungen für eine Datenerhebung und -nutzung lediglich einen Rücklauf im unteren einstelligen Prozentbereich hat³. Eine hierzu angelegte Datenbank kann ihre Brauchbarkeit verlieren, wenn nicht bereits beim ersten Besuch einer Website vom Nutzer diese Einwilligung eingeholt wird.

1.5 Analyse-Werkzeuge

Der Anbieter von Web-Analyse-Tools mit dem größten Marktanteil ist Google Analytics gefolgt von eTracker, IVW und Piwik.

Für eine Analyse des Nutzungsverhaltens werden von Anbietern z. B. Cookies eingesetzt, die selbst nur Nutzungsdaten sammeln, nicht aber eine Verbindung mit personenbezogenen Daten des Nutzers an anderer Stelle haben. Es könnte ein Fall von § 15 Abs. 3 TMG vorliegen, nach dem für Nutzungsprofile unter Verwendung von Pseudonymen eine Opt-Out-Möglichkeit des Nutzers genügt. Problem ist hier, dass z. B. Google Analytics mit den Nutzungsdaten auch die dazugehörige IP-Adresse sammelt, so dass über die IP-Adresse – die Möglichkeit einer verkürzten Übermittlung der IP-Adresse soll hier außen vor bleiben – i. V. m. weiteren Daten bei Google ein Rückschluss auf die Person des Nutzers möglich sein könnte.

¹ Moos, in Taeger/Gabel, Kommentar zum BDSG und zu den Datenschutzvorschriften des TKG und TMG; TMG, § 13 RN 17.

² Moos, a.a.O., TMG § 13 RN 19.

³ Ergebnisse bei Mandanten des Verfassers

Google Analytics⁴ und eTracker⁵ verpflichten ihre Kunden, über den Einsatz der betreffenden Analyse-Tools die Nutzer mit einem bestimmten Wortlaut zu informieren, dies an geeigneter, leicht auffindbarer Stelle. Bei eTracker wird der Nutzer auch informiert, wie er das jeweilige Analyse-Tool deaktivieren kann. Im Zusammenhang mit der datenschutzrechtlichen Bewertung von Google Analytics hat dieser Anbieter zwischenzeitlich für seine Kunden die Möglichkeit geschaffen, sich zu entscheiden, dass von den jeweiligen IP-Adressen die letzten 8 Ziffern jeweils nicht erhoben werden. Auch hierauf wird der Nutzer nunmehr in der Information hingewiesen, soweit dies der Fall ist.

Wie für die anderen datenschutz-bezogenen Hinweise empfiehlt es sich, auch diese Information in z. B. eine Datenschutzerklärung und/oder in die AGB aufzunehmen.

1.6 E-Mail-Werbung

Werbung als elektronische Post erfordert eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten, § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG, um nicht als unzumutbare Belästigung unzulässig zu sein, § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG. Der Gesetzgeber hat speziell für E-Mail-Werbung in § 7 Abs. 3 UWG Ausnahmen vorgesehen, wenn

- dies im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung steht,
- wenn es sich um eine Direktwerbung für eigene ähnliche Ware oder Dienstleistung handelt,
- wenn der Kunde nicht widersprochen hat
- und der Kunde bei der Erhebung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er jederzeit widersprechen kann.

Grundsätzlich bedarf deshalb Werbung per E-Mail ebenso wie ein Newsletter-Versand der vorherigen Einwilligung unter Berücksichtigung der oben bereits besprochenen Hinweispflichten. Diese Einwilligung ist als Opt-In auszugestalten und kann nicht durch eine konkludent angenommene Einwilligung mit Aufnahme der Nutzung der Internetseite ersetzt werden.

Ausnahme hiervon ist, wenn konkret im Zusammenhang mit einem Vertragsabschluss über Ware oder Dienstleistung per E-Mail oder Newsletter geworben wird oder unabhängig davon der Unternehmer die E-Mail-Adresse nur für eine Direktwerbung für eigene ähnliche Waren und Dienstleistungen verwendet, die er bereits dem Kunden veräußert hat. Gelangt also der Unternehmer z. B. anlässlich einer Hotelbuchung an die E-Mail-Adresse des Gastes, wird eine E-Mail-Werbung für

⁴ http://www.google.com/intl/de_ALL/analytics/tos.html

⁵ <http://www.etracker.com/de/agb.html>

das betreffende Hotel zulässig sein, nicht aber für andere Hotels der Kette, wenn diese anderen Hotels jeweils eigenständige juristische Personen sind.

Die von § 13 Abs. 1 und 2 TMG vorgesehenen Dokumentationspflichten wird man in entsprechender Anwendung heranziehen müssen. Darüber hinaus hätte der Gast im Beispielsfall auch einen Auskunftsanspruch gemäß § 34 BDSG gegenüber dem Unternehmer.

1.7 Folgen von Verstößen gegen TMG und UWG

Auf den Ordnungswidrigkeitskatalog in § 16 TMG soll hingewiesen werden ebenso wie das Risiko einer Abmahnung nach UWG. Das wirtschaftliche Risiko ist ungleich größer, wenn der Diensteanbieter eine Datenbank für Adressaten seiner Werbung aufgebaut hat, ohne durchgehend die erforderlichen Hinweise und Einwilligungserklärungen dokumentiert zu haben und abrufbar zu halten. Er kann sich nicht darauf verlassen, dass er bei seinem Angebot für Werbung keine Rechtsverletzungen begeht. Wurde er beispielsweise von einer Datenschutzaufsichtsbehörde abgemahnt und wiederholt sich eine Rechtsverletzung, wird nicht nur eine Vertragsstrafe fällig sondern wird die Aufsichtsbehörde im Zweifel härtere Maßnahmen ergreifen. Für den Diensteanbieter kann die Situation geschäftsgefährdend werden, wenn sein Geschäftsmodell, nämlich die Erzielung von Einkünften aus dem Verkauf von Werbemöglichkeiten, nicht gewährleistet ist.

2 Praktische Beispiele für fehlerhafte Hinweise

2.1 Infopflichten nach § 13 Abs. 1 TMG

Gemäß § 13 Abs. 1 TMG ist der Nutzer über Art, Umfang und Zweck der Erhebung und Verwendung der personenbezogenen Daten zu unterrichten.

“Wir verarbeiten und nutzen Ihre personenbezogenen Daten im Rahmen der bestehenden gesetzlichen Erlaubnisse, insbesondere für Ihre Registrierung und Nutzung der ***** Karte. Über die bereits gesetzlich gestatteten Zwecke hinaus werden wir Ihre Daten nur dann verarbeitet und nutzen, wenn Sie uns dafür bei der Registrierung Ihre entsprechende Einwilligung erteilt haben, die Sie selbstverständlich jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen können (http://www.*****.de/datenschutz)“.

Kommentar: Die Verarbeitungszwecke sind konkret für die verschiedenen Datenarten anzugeben, wobei ein pauschaler Verweis auf eine „Verarbeitung im Rahmen der Gesetze“ nicht ausreicht.⁶

⁶ Moos, in: Taeger/Gabel, Kommentar zum BDSG und zu den Datenschutzvorschriften des TKG und TMG; TMG, § 13 RN 5.

Die Einwilligungserklärung muss nach der Information zum Widerrufsrecht erfolgen.

2.2 Einwilligung zur E-Mail-Werbung

*** Intermedia (**M) bietet den Besuchern der ***-Website an, einen Newsletter zu abonnieren. **M eröffnet damit die Möglichkeit, regelmäßig Informationen von und über *** per E-Mail zu erhalten. Dieses Angebot richtet sich nach den folgenden Bestimmungen.

§ 1 Registrierung

- (1) Das Abonnement setzt voraus, dass sich der Besucher registrieren lässt. **M benötigt dazu die E-Mail-Adresse des Abonnenten.
- (2) Es steht dem Abonnenten frei, weitere Angaben zur Person zu machen.
- (3) Es besteht kein Anspruch des Besuchers auf eine Registrierung. **M behält sich das Recht vor, ohne Angaben von Gründen eine Registrierung zu verweigern.

§ 2 Abwicklung

- (1) Mit Absenden der Registrierung beginnt das Abonnement des Newsletters. **M sendet dem Abonnenten per E-Mail regelmäßig einen Newsletter zu. Ein Anspruch des Abonnenten auf diesen Service besteht nicht.
- (2) **M behält sich vor, die Verteilung der Newsletter jederzeit ohne Vorankündigung auszusetzen bzw. einzustellen. Dies gilt insbesondere für Fälle, in denen aus technischen Gründen (z. B. Viren im Computersystem, Manipulation oder Fehler in der Hard- und/oder Software) oder aus rechtlichen Gründen eine ordnungsgemäße Durchführung nicht gewährleistet werden kann.

§ 3 Kündigung

Der Abonnement kann jederzeit das Newsletter-Abonnement per E-Mail an userverwaltung@****.de kündigen.

Die Kündigung bewirkt, dass **M die gespeicherten personenbezogenen Daten löscht.

Widerrufsmöglichkeit (http://www.****.de/service/datenschutz)

„Sollten Sie am Erhalt bestimmter Informationen bzw. Angebote künftig kein Interesse mehr haben oder die Informationen/Angebote über einen bestimmten Weg nicht mehr erhalten wollen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail an Datenschutz@*****.de mit. Wir werden Ihrem Wunsch dann umgehend entsprechen. An die genannte Adresse können Sie sich auch wenden, wenn Sie Ihre Einwilligung in die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung Ihrer Daten für die Zukunft widerrufen möchten. In diesem Fall werden wir sämtliche gespeicherten Daten

von Ihnen unverzüglich löschen. Bitte berücksichtigen Sie, dass es aus technischen oder organisatorischen Gründen zu einer Überschneidung zwischen Ihrem Widerruf und der Nutzung Ihrer Daten im Rahmen einer bereits laufenden Kampagne kommen kann.“

Kommentar: Eine online erklärte Einwilligung muss im Wege des „Double-Opt-In-Verfahren“ nochmals ausdrücklich bestätigt werden. Erst bei dieser Bestätigung ist die Einwilligung wirksam abgegeben.⁷

Des Weiteren, es fehlt die Einwilligungserklärung nach der Information zur Widerrufbarkeit der Einwilligung. Auch ist die Widerrufsinformation nicht Bestandteil der Registrierung.

2.3 Hinweispflichten beim Einsatz von Cookies

2.3.1 Cookies zur Unterstützung der Nutzung

„Cookies sind Dateien, die auf einer Festplatte Ihres Computers abgelegt werden und die Navigation erleichtern. Sie vermeiden, dass bei jeder Nutzung alle erforderlichen Daten neu eingegeben werden müssen. Cookies erleichtern allgemein die Nutzung von Internet-Diensten, auch die der *** Dienste. Sie können das Speichern von Cookies auf Ihrer Festplatte verhindern, indem Sie in Ihren Browser-Einstellungen „keine Cookies akzeptieren“ wählen. Sie können Ihren Browser auch so einstellen, dass dieser vor dem Setzen von Cookies fragt, ob Sie einverstanden sind. Schließlich können Sie auch einmal gesetzte Cookies jederzeit wieder löschen. Wie all das im Einzelnen funktioniert, entnehmen Sie bitte der Anleitung Ihres Browser-Herstellers. Wenn Sie keine Cookies akzeptieren, kann dies im Einzelfall zu Funktionseinschränkungen der *** Dienste führen.

*** verwendet Cookies auch, um Nutzungsprofile unter einem Pseudonym anzulegen und auszuwerten (siehe Abschnitt „Verarbeitung und Nutzung von Daten“). Sie können dies ganz einfach verhindern, indem Sie solche Cookies nicht akzeptieren oder löschen. Wie das im Einzelnen funktioniert, entnehmen Sie bitte der Anleitung Ihres Browser-Herstellers.

Soweit Sie Cookies akzeptieren, werden Daten innerhalb der *** Cookies auf Ihrer Festplatte abgelegt. *** ruft diese Informationen bei späteren Nutzungen wieder ab. Des Weiteren benutzt *** sogenannte Ein-Pixel-Bilder, um auf ***-Cookies innerhalb unseres Netzwerkes zuzugreifen.

Unsere Werbepartner haben nicht die Möglichkeit, Informationen aus von *** abgelegten Cookies abzurufen. Unsere Werbepartner können aber eigene Cookies auf Ihrer Festplatte ablegen. Für solche Cookies ist *** rechtlich nicht verantwortlich. Vergleichen Sie hierzu ggf. die Datenschutzerklärung des jeweiligen Werbepartners.“

⁷ Moos, a.a.O., TMG, § 13 RN 26

2.3.2 Cookies zur Nutzungsanalyse

„Es ist Ihnen untersagt, Daten die Sie von Ihren Websites (oder von Websites eines Dritten) gesammelt haben, mit irgendwelchen persönlichen, identifizierenden Informationen, die ihren Ursprung in ihrer Benutzung (oder der Benutzung eines Dritten) des Service haben, in Verbindung zu bringen (oder Dritten dies zu gestatten). Sie sind verpflichtet, sämtliche auf die Nutzung des Service und die Erhebung von Daten über Besucher Ihrer Websites anwendbaren Datenschutz- und Persönlichkeitsrechtsbestimmungen einzuhalten. Sie sind ferner verpflichtet, an prominenten Stellen Ihrer Websites eine sachgerechte Datenschutzpolicy zu dokumentieren (und sich an diese zu halten). Auch werden Sie alle zumutbaren Anstrengungen unternehmen, die Aufmerksamkeit der Nutzer Ihrer Website auf eine Erklärung zu lenken, die in allen wesentlichen Teilen wie folgt lautet:

„Diese Website benutzt Google Analytics, einen Werbeanalyse Dienst der Google Inc. („Google“). Google Analytics verwendet sog. „Cookies“, Textdateien, die auf Ihrem Computer gespeichert werden und die eine Analyse der Benutzung der Website durch Sie ermöglichen. Die durch den Cookie erzeugten Informationen über Ihre Benutzung dieser Website (einschließlich Ihrer IP-Adresse) wird an einen Server von Google in den USA übertragen und dort gespeichert. Google wird diese Informationen benutzen, um Ihre Nutzung der Website auszuwerten, um Reports über die Websiteaktivitäten für die Websitebetreiber zusammenzustellen und um weitere mit der Websitenutzung und der Internetnutzung verbundene Dienstleistungen zu erbringen. Auch wird Google diese Informationen gegebenenfalls an Dritte übertragen, sofern dies gesetzlich vorgeschrieben oder soweit Dritte diese Daten im Auftrag von Google verarbeiten. Google wird in keinem Fall Ihre IP-Adresse mit anderen Daten von Google in Verbindung bringen. Sie können die Installation der Cookies durch eine entsprechende Einstellung Ihrer Browser Software verhindern; wir weisen Sie jedoch darauf hin, dass Sie in diesem Fall gegebenenfalls nicht sämtliche Funktionen dieser Website vollumfänglich nutzen können. Durch die Nutzung dieser Website erklären Sie sich mit der Bearbeitung der über Sie erhobenen Daten durch Google in der zuvor beschriebenen Art und Weise und zu dem zuvor benannten Zweck einverstanden.“

3 „insbesondere bei einem Austausch von Personaldaten unter social communities“

3.1 Erlaubnisnorm

Anders als bei Internetauftritten, die auf einen Austausch zwischen dem Betreiber und dem Besucher ausgerichtet sind wie z. B. im Versandhandel, besteht der Zweck von Social Communities für den Nutzer darin, Informationen zu sich einzustellen, die für andere sichtbar sein sollen, so dass die Nutzer von Social Communities untereinander kommunizieren können. Die Einstellung von Infor-

mationen vom Nutzer hat demnach zwei Funktionen: Es sind die Informationen zum Nutzer, die der Betreiber anlässlich der Registrierung des Nutzers für eine von dem Betreiber gestattete Nutzung der Social Community Site benötigt sowie weitere Informationen, die zu Zwecken des Nutzers selbst von ihm eingestellt werden wie das eigene Foto, Angaben zum Lebenslauf oder zu Interessen, Meinungen etc.

Rechtsgrundlage für die Erhebung und Verarbeitung der Nutzerdaten, die anlässlich der Registrierung erhoben werden, ist § 14 Abs. 1 TMG als Erlaubnisnorm für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung oder Änderung eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Diensteanbieter und dem Nutzer. Die Rechtsgrundlage für das Erheben, Speichern oder Verändern der weiteren von den Nutzern zu sich eingestellten personenbezogenen Daten ist dagegen § 29 BDSG. Das Verarbeiten und Nutzen dieser Daten wird durch die Definition des Begriffs „speichern“ in § 3 Abs. 4 Nr. 1 BDSG erfasst.

Entsprechend ist anzuraten, dass der Diensteanbieter von Social Community Sites die Daten, die zur Begründung des Nutzungsverhältnisses für die Social Community erhoben werden von solchen Daten trennt, für die § 29 BDSG Erlaubnisnorm ist.

3.2 Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für eine personalisierte Werbung

3.2.1 Beispiele für erweiterte Möglichkeiten eines Datenaustausches mit Social Communities

3.2.1.1 Findbarkeit für Suchmaschinen

Die „Privatsphäre“-Einstellungen auf z. B. Facebook sehen vor, dass man den Zugriff von Suchmaschinen auf das eigene Profil von Facebook ausschließen oder zulassen kann. Hierbei wird also festgelegt, ob Facebook für den Nutzer ein öffentliches Profil für Suchmaschinen erstellen darf. Sofern dies zugelassen wird, kann die Suchmaschine (z.B. Google) auf das Profil des Nutzers zugreifen und die hierbei indexierten Daten als Suchtreffer bei Eingabe der entsprechenden Begriffe aufführen.

3.2.1.2 Abgleich von Kontakten mit z. B. Outlook oder mit anderen Social Communities

Der Nutzer von z. B. Facebook hat die Möglichkeit, seine hinterlegten Kontaktdaten bei Outlook oder bei E-Mail-Anbietern mit Facebook abzugleichen. Der Nutzer erhält eine Anfrage von Facebook, ob er nicht weitere Freunde bei Facebook suchen bzw. finden möchte. Hierzu kann Facebook Zugriff auf das angegebene und freigegebene E-Mail-Konto gegeben werden. Facebook speichert sodann die gefundenen E-Mail-Adressen und vergleicht sie mit den bei Facebook hinterlegten

Daten. Wird eine Übereinstimmung gefunden, schlägt Facebook diesen Kontakt als neuen Freund vor.

3.2.1.3 Informationsgewinnung für Nutzerprofile

Facebook z. B. generiert durch eine Vielzahl von Anwendungen und Profilgestaltungsmöglichkeiten eine große Datenmenge über seine Nutzer. Ein „klassisches“ Facebook-Konto kann folgende Informationen beinhalten:

- persönliche Informationen (Bilder, Hobbies etc.) und Beiträge des Nutzers,
- Kontaktinformationen (Adresse, E-Mail etc.),
- Freunde und deren Verbindungen untereinander,
- Suchprofile (Suchanfragen bei Facebook und Suchergebnisse),
- Anwendungen und (externe) Webseiten (Spiele und Unternehmensdarstellungen).

Diese Daten und Informationen können dann – in anonymisierter Form – Werbekunden für die Schaltung entsprechender Werbung vorgeschlagen werden.

Facebook kann jedoch über die Vorlieben seiner Nutzer nicht nur Daten auf der eigenen Webseite sondern im ganzen Netz sammeln (Social Plugins). Sobald der Nutzer sich auf seinem Account bei Facebook einloggt, legt Facebook einen Cookie auf dessen Rechner ab. Wenn der Nutzer nunmehr (eingeloggt oder nicht) die Seite des Unternehmens besucht, die ein solches Social Plugin (z.B. „Like-Button“) auf dem eigenen Webauftritt integriert hat, wird über den von diesem Webseitenbetreiber eingebundenen Code eine direkte Verbindung zwischen dem Browser des Nutzers und Facebook hergestellt. Mit Hilfe des hierbei übermittelten Cookies kann Facebook nunmehr feststellen, ob und wann der Nutzer eingeloggt ist und um wen es sich (genau) handelt.

3.3 Rechtliche Voraussetzungen für den Betreiber

3.3.1 Erlaubnisnorm

Wie oben dargestellt, finden je nach Art der erhobenen Daten entweder § 14 Abs. 1 TMG oder § 29 BDSG als Erlaubnisnorm Anwendung.

3.3.2 „Privatsphäre“-Einstellungen des Nutzers

3.3.2.1 „Für alle sichtbar“

Soweit der Nutzer Informationen zu sich einstellt wie z. B. frühere Schulbesuche, Studium, Fotos oder Adressen etc. wird es sich nicht um Daten handeln, die für die Begründung des Nutzungsverhältnisses mit dem Diensteanbieter erforderlich sind. Stattdessen sind es Informationen, die für den Nutzer einen Selbstzweck haben aber gleichzeitig für den Diensteanbieter einer Social Community die Mög-

lichkeit schaffen, geschäftsmäßig Werbung zu betreiben. § 29 stellt hierfür gesetzliche Voraussetzungen auf:

- Der Diensteanbieter muss über Art, Umfang und Zweck der Verarbeitung und Nutzung der Daten gemäß §§ 29 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG informieren und damit auch eine Zweckbindung der Datenverarbeitung und Nutzung vornehmen.
- Gemäß § 29 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 28 Abs. 3 BDSG bedarf es für Zwecke der Werbung einer Einwilligung des Betroffenen.
- Grundsätzlich darf eine Einwilligung gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG der Schriftform oder, soweit diese elektronisch erklärt werden soll, setzt § 28 Abs. 3a BDSG voraus, dass die elektronische Einwilligung protokolliert und jederzeit für den Betroffenen abrufbar sein muss und dass der Betroffene über die jederzeitige Widerrufbarkeit der Einwilligung informiert wird.
- Der Diensteanbieter muss also anlässlich der Einholung der Einwilligung gemäß §§ 29 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. 28 Abs. 1 Satz 2 und § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG über die Art der Datennutzung informieren sowie damit den Zweck der Datenverarbeitung und Nutzung festlegen.
- Des Weiteren hat der Diensteanbieter vor Einholung der Einwilligung über die jederzeitige Widerrufbarkeit der Einwilligung entsprechend § 13 Abs. 2 Nr. 4a und Abs. 3 TMG zu informieren.
- Die Einwilligung gemäß § 28 Abs. 3a BDSG, also in elektronischer Form, muss dokumentiert werden und abrufbar sein. Hierfür ist es erforderlich, dass die Einwilligung bewusst und eindeutig erfolgt. Der Verfasser vertritt die Ansicht, dass es ausreichend ist, wenn die Informationspflichten und die Belehrung zum Widerruf für die Einholung einer wirksamen Einwilligung z. B. in den AGB des Diensteanbieters und/oder in dessen Datenschutzerklärung erfolgt, soweit der Nutzer anlässlich seiner Registrierung nicht nur durch Setzung eines Hakens die AGB des Diensteanbieters akzeptiert sondern zumindest ausdrücklich und hervorgehoben dort ebenfalls angegebenen wird, dass mit dem Einverständnis zu den AGB auch die Einwilligung zur Datennutzung wie in Ziffer ... seiner AGB oder der Datenschutzerklärung erklärt wird.

3.3.2.2 „... nicht für alle sichtbar“

Entscheidet sich der Nutzer anlässlich der Gestaltung seines Nutzungsprofils dafür, einen Teil der Informationen nicht öffentlich sondern nur einem bestimmten Personenkreis zugänglich zu machen, stellt sich die Frage, ob der Diensteanbieter dennoch diese nicht für die Öffentlichkeit bestimmten Daten für Werbung nutzen darf.

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BDSG setzt voraus, dass „kein Grund zur Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Erhebung, Speicherung oder Veränderung hat“. Das Tatbestandsmerkmal „Speicherung“ umfasst hierbei auch die Verarbeitung und Nutzung, wie es in § 3 Abs. 4 Nr. 1 BDSG definiert wird.

Was ist aber das „schutzwürdige Interesse“ des Nutzers? Nach der Ansicht des Verfassers ergibt sich aus der Wahl der „Privatsphäre“-Einstellungen des Nutzers beim Diensteanbieter, welche Daten nicht öffentlich zugänglich sein sollen. Damit begrenzt der Nutzer die Zweckbestimmung der von ihm eingestellten personenbezogenen Daten für den Diensteanbieter. Durch die Installierung von „Privatsphäre“-Einstellungen des Diensteanbieters hat dieser selbst für die Nutzerfreundlichkeit seiner Social Community diese Begrenzungsmöglichkeit des Verwendungszwecks installiert, an die er sich deshalb auch selbst halten muss. Einer Argumentation, dass die „Privatsphäre“-Einstellungen nur das Verhältnis zu Dritten betrifft, nicht aber die Zweckbestimmung der Datennutzung zwischen Diensteanbieter und Nutzer, erscheint mir sehr bemüht. Deutlicher als durch die „Privatsphäre“-Einstellungen kann der Nutzer nicht zum Ausdruck bringen, dass eben außer einem bestimmten Personenkreis kein anderer die entsprechend qualifizierten personenbezogenen Daten nutzen können soll. Das Recht zur „Speicherung“ der Daten für den Diensteanbieter im Sinne einer Verarbeitung besteht aufgrund der limitierten Zweckbestimmung nur in dem Umfang fort, wie dies erforderlich ist, dem begrenzten Personenkreis, der Zugang zu den Daten haben soll, diesen zu ermöglichen.

Konsequenz: Will der Diensteanbieter auch die Daten unter einer „Privatsphäre“-Einstellung für sich für Werbezwecke nutzen, bedarf er hierfür der gesonderten Einwilligung des Nutzers. Auch für diese gesonderte Einwilligung wird die elektronische Form gemäß § 28 Abs. 3a BDSG zur Verfügung stehen. An die Wirksamkeitsanforderungen für die Einwilligung sind die gleichen Anforderungen zu stellen wie zuvor dargestellt. Dies gilt insbesondere für die Information zu Art, Umfang und Zweck der Nutzung zu Werbezwecken der Daten, die als „Privatsphäre“ vom Nutzer qualifiziert sind.

4 Ergebnis

Geht man das Thema personalisierte Werbung auf Internetseiten und speziell solchen für Social Communities an, begegnet man zunächst ganz praktischen Schwierigkeiten:

- Das Thema „Einwilligungen“ und „Infopflichten“ mit „Belehrung zu einer Widerrufbarkeit“ ist für Marketingbereiche ein rotes Tuch. Erhält man die Einwilligung nicht bei der Registrierung, ist ein späteres Nachholen mit einer geringen Erfolgsquote verbunden.

- Die Dokumentierbarkeit und jederzeitige Abrufbarkeit der Einwilligungserklärung zusammen mit der jeweiligen Information zum Zweck der Datenverarbeitung ist für viele Betreiber technisch und finanziell anspruchsvoll. Soweit es sich um international tätige Betreiber aus dem Nicht-EU-Ausland handelt, besteht wenig Verständnis für die Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine personalisierte Online-Werbung in Deutschland.
- Andererseits ist in den letzten Jahren in der Öffentlichkeit ein wachsendes Bewusstsein im Sinne einer Sensibilisierung zum Umgang mit personenbezogenen Daten entstanden, an dem ein Betreiber nicht vorbeikommt, will er sein Ansehen nicht riskieren.
- Der „Angst vor dem Kunden“ beim Marketing sollte der Ausdruck eines Respekts vor dem Kunden durch rechtmäßigen Umgang mit Kundendaten gegenüber gestellt werden. Dies kann geschehen, wenn von Anfang an den rechtlichen Anforderungen zu erforderlichen Einwilligungen des Nutzers nachgekommen wird und dies vom Marketing auch als Qualitätskriterium für die Internetseite dargestellt wird.
- Soweit ein Nutzer von ihm eingestellte personenbezogene Daten, die nicht für die Begründung und Durchführung des Nutzungsverhältnisses mit dem Diensteanbieter erforderlich sind, einstellt, sind die von ihm vorgenommenen „Privatsphäre“-Einstellungen auch im Verhältnis zum Diensteanbieter eine Zweckbegrenzung, die als entgegenstehendes „schutzwürdiges Interesse“ anlässlich des Erlaubnistatbestandes von § 29 BDSG zu beachten ist.
- Will der Diensteanbieter dennoch für Zwecke der Werbung auch auf Daten zurückgreifen, die unter der „Privatsphäre“-Einstellungen des Nutzers qualifiziert sind, bedarf es einer weiteren Einwilligung, die ausdrücklich erklärt werden und den gesetzlichen Anforderungen nach § 13 Abs. 2 und 3 TMG in entsprechender Anwendung genügen muss.

5 Literatur

Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev: Kommentar zum BDSG und zu den Datenschutzvorschriften des TKG und TMG; 2010.