



Sabine Himmels

Behavioural Targeting
im Internet –
Datenschutz durch
lauterkeitsrechtlich gestützte
Selbstregulierung?



PETER LANG

Inhaltsverzeichnis

LITERATURVERZEICHNIS	XI
EINLEITUNG	1
I. Problemendarstellung	1
II. Stand der Forschung	3
III. Arbeitshypothesen	7
IV. Gang der Darstellung	9
A. DATENSCHUTZRECHTLICHE UND PERSÖNLICHKEITSRECHTLICHE BEWERTUNG VON ONLINE BEHAVIOURAL TARGETING	11
I. Funktionsweise des Online Behavioural Targeting	11
1. Überblick und Abgrenzung zu anderen Targeting-Formen	11
2. Onsite- und plattformübergreifende Online-Werbung	12
3. Technologien zur Erfassung des Nutzerverhaltens	13
a) Überblick	13
b) Tracking-Cookies	15
c) Der Facebook „Like“-Button als neuartiger Cookie	16
d) Web Bugs	17
4. Aufbereitung von Nutzerprofilen	17
5. Nutzen und Risiken des Online Behavioural Targeting	18
II. Bewertung nach den Vorgaben von TMG und BDSG	22
1. Allgemeines	22
2. Anwendungsvoraussetzungen	23
a) Personenbezogene Daten	23
aa) Überblick	23
bb) Einordnung der erfassten Daten	25
(1) Unmittelbar personenbezogene Daten	25
(2) Personenbezug der IP-Adresse	25
(3) Personenbezug aggregierter Daten	28
b) Erfasste Formen der Datenverarbeitung	29
aa) Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Daten	29
bb) Datenverarbeitung in Fällen der Auslandsberührung	30
(1) Niederlassung innerhalb der EU/EWR	30
(2) Sitz der erhebenden Stelle außerhalb der EU/EWR	32
c) Zwischenergebnis	34
3. Zulässigkeit des Online Behavioural Targeting	35
a) Gesetzliche Erlaubnistatbestände	36
aa) Erhebung von Nutzungsdaten	36

bb) Erstellung pseudonymer Nutzerprofile	37
cc) Erhebung von Inhaltsdaten nach §§ 28, 29 BDSG	38
(1) Überblick	38
(2) Kein Vorrang des TMG für Inhaltsdaten?	39
(3) Zulässigkeit nach § 28 Abs. 3 BDSG?	40
dd) Zwischenergebnis	42
b) Berechtigung durch Einwilligung nach § 12 TMG, § 4 BDSG	42
aa) Freiwilligkeit der Einwilligung	42
bb) Verfahren zur Einholung der Einwilligung	45
(1) Die Modelle von Opt-in und Opt-out	45
(2) Einwilligung durch Browser-Einstellungen?	46
cc) Zwischenergebnis	48
4. Ergebnis	48
III. Persönlichkeitsrechtliche Bewertung	50
1. Allgemeines	50
2. Beeinträchtigung des Schutzguts	52
a) Der Sphärenschutz	52
b) Informationelle Selbstbestimmung als Schutzmaßstab	54
aa) Grundlegend: BVerfGE 65, 1 – Volkszählungsurteil	54
bb) Konkretisierend: BVerfGE 120, 274 – Online-Durchsuchung	55
c) Bedeutung für die Zulässigkeit von Online Behavioural Targeting	58
aa) Informationelle Privatsphäre als Schutzgut	58
bb) Verbot eines umfassenden Persönlichkeitsprofils	59
cc) Heimlichkeit der Datenerhebung	61
3. Rechtsfolgen einer Persönlichkeitsverletzung	63
4. Ergebnis	64
IV. Kritik am geltenden Rechtssystem zur Beurteilung von Online Behavioural Targeting	66
B. MÖGLICHKEIT DES RECHTSKONFORMEN EINSATZES VON ONLINE BEHAVIOURAL TARGETING DURCH SELBSTREGULIERUNG?	68
I. Das Modell der Selbstregulierung im Datenschutzrecht	69
1. Begriff und Zielsetzung der Selbstregulierung	69
a) Begriffsbestimmung	69
b) Erwartungen an die Selbstregulierung durch die Werbewirtschaft	70
2. Überblick und Einordnung von Selbstregulierungsmechanismen im Datenschutz	72
a) Förderung brancheninterner Verhaltenskodizes	72
aa) Codes of Conduct	72
(1) Gesetzliche Vorgaben	73
(2) Privacy Policies	75
(3) Entwicklung einer Selbstregulierung der Werbewirtschaft	76
bb) Binding Corporate Rules	78
(1) Überblick	78
(2) Unternehmensregelungen	80
(3) Verbindlichkeit der Regelungen	80

(4) Gewährleistung ausreichender Garantien	81
cc) Zwischenergebnis	83
b) Zertifizierung von Datenschutzkonzepten	84
aa) Datenschutzaudit gemäß § 9a S. 1 BDSG	84
bb) Beispiel Gütesiegel ULD und EuroPriSe	86
cc) Gütesiegel von privaten Stellen	87
c) Einordnung in das Selbstregulierungskonzept	87
3. Zwingende Umsetzungsvorgaben	89
a) Verfassungsrechtliche Anforderungen	89
aa) Gewährleistung der staatlichen Schutzpflichten	89
bb) Berücksichtigung des Legitimationsprinzips	91
b) Europarechtliche Anforderungen	92
aa) Inhaltliche Vorgaben durch Richtlinien	92
bb) Anforderungen an die Umsetzung	94
4. Ergebnis	95
II. Rechtskonkretisierung durch private Regelsetzung	97
1. Technische Rahmenvorgaben zur Vermeidung des Personenbezugs	97
a) Anonymisierungsstandards am Beispiel der IP-Adresse	97
b) Pseudonymisierungsstandards	99
c) Regelmäßige Löschung von Datenbeständen	100
2. Relativierung des Verbotsgrundsatzes durch praxisnahe Anforderungen an die Einwilligung	102
a) Differenzierter Ansatz nutzerfreundlicher Voreinstellungen	102
b) Erhöhte Anforderungen an die Transparenz	105
c) Transparente Widerspruchsmöglichkeit	106
3. Regelungen für Online-Dienste mit nutzergenerierten Inhalten	108
a) Der Konflikt am Beispiel sozialer Netzwerke	108
b) Technische Grundeinstellungen als Kompromisslösung	110
4. Organisation und Durchsetzungsmechanismen	111
a) Anforderungen an die Regelsetzung	111
b) Durchsetzungsmechanismen	112
5. Ergebnis	113
III. Kartellrechtliche Zulässigkeit	115
1. Überblick	115
2. Zulässigkeit der datenschutzrechtlichen Selbstregulierung	116
IV. Stellungnahme	119
 C. DURCHSETZUNG DER SELBSTREGULIERUNG FÜR ONLINE BEHAVIOURAL TARGETING DURCH LAUTERKEITSRECHT?	 121
I. Anwendbarkeit des UWG auf die Selbstregulierung	121
1. Allgemeines	121
2. Kein Ausschluss wegen unterschiedlicher Schutzzwecke	123
a) Schutzzweck des UWG	123
b) Schutzzweck des Datenschutzrechts	124

c) Bedeutung für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung der datenschutzrechtlichen Selbstregulierung	127
II. Vorliegen einer geschäftlichen Handlung	129
1. Überblick	129
2. Abgrenzung zu betriebsinternen Maßnahmen	131
3. Auswirkung auf wettbewerbliche Interessen	132
a) Beeinträchtigung von Verbraucherinteressen	132
b) Beeinträchtigung von Mitbewerberinteressen	134
III. Unzulässigkeit wegen Verstoßes gegen ein Per-se-Verbot	135
1. Unzulässiger Verweis auf den Verhaltenskodex	135
a) Überblick	135
b) Begriff des Verhaltenskodex nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 UWG	136
aa) Erfordernis einer Bindungswirkung	136
bb) Erfordernis einer Überwachungseinrichtung	138
cc) Erfassung rein deklaratorischer Kodizes	138
dd) Erfordernis eines Lauterkeitsbezugs	139
ee) Bedeutung für die datenschutzrechtliche Selbstregulierung	141
c) Unwahre Angaben über die Verpflichtung auf einen Verhaltenskodex	141
d) Unwahre Angabe über die Billigung eines Verhaltenskodex durch Dritte	142
2) Unzulässiger Verweis auf die Anerkennung der Datenschutzpraxis durch Dritte	144
a) Überblick	144
b) Erfasste Formen der Anerkennung	145
aa) Gütezeichen, Qualitätszeichen oder Ähnliches	145
bb) Bestätigung, Billigung oder Genehmigung	146
cc) Bedeutung von Gütesiegeln für den datenschutzkonformen Einsatz von Online Behavioural Targeting	147
c) Verwendung des Gütesiegels ohne Genehmigung	148
d) Unwahre Behauptung der Anerkennung	149
3. Unzulässige Werbung mit Selbstverständlichkeiten	151
4. Zwischenergebnis	152
IV. Unzumutbare Belästigung nach § 7 Abs. 1 UWG	153
V. Unzulässige geschäftliche Handlung nach § 3 Abs. 1 UWG	156
1) Unlauterkeit wegen unangemessenem unsachlichen Einfluss	156
2) Unlauterkeit wegen Rechtsbruch	158
a) Verletzung einer Rechtsvorschrift	158
b) Zum BDSG und TMG als Marktverhaltensnormen	158
c) Verletzung von BDSG/TMG-Vorschriften	161
aa) Der Verbotsgrundsatz, § 4 Abs. 1 BDSG	162
bb) Die Datenverarbeitungsregeln, §§ 28, 29 BDSG	164
cc) Datenschutzrechtliche Informationspflichten, § 13 Abs. 1, 15 Abs. 3 TMG	165
dd) Zwischenergebnis	168
d) Kein Wertungswiderspruch zur UGP-RL	168
e) Wettbewerbliche Relevanz des Datenschutzverstoßes	170
3. Unlauterkeit wegen konkreter Irreführung	171
a) Vorliegen einer Angabe	171
b) Bezugspunkte der Irreführung	172

aa) Angaben in Bezug auf Verhaltenskodizes.....	172
bb) Angaben über produktbezogene Eigenschaften.....	173
cc) Angaben über Auszeichnungen.....	174
c) Irreführung.....	175
aa) Vorstellung des maßgeblichen Verkehrskreises.....	175
bb) Auseinanderfallen von Vorstellung und Realität.....	178
d) Wettbewerbliche Relevanz.....	179
e) Zwischenergebnis.....	184
4. Unlauterkeit wegen Irreführung durch Unterlassen.....	184
a) Überblick.....	184
b) Verschweigen.....	185
c) Wesentlichkeit der Information.....	186
aa) Informationspflichten nach § 5a Abs. 3 UWG.....	187
bb) Informationen im Hinblick auf elektronische Kommunikation.....	189
cc) Informationen über sonstige geschäftliche Handlungen.....	190
d) Wettbewerbliche Relevanz.....	191
e) Zwischenergebnis.....	191
5. Begründung der Unlauterkeit durch Rückgriff auf die Generalklausel nach § 3 UWG?.....	192
a) Unzulässige geschäftliche Handlung gegenüber Verbrauchern.....	192
b) Unzulässiger Vorsprung durch Vertragsbruch.....	194
VI. Lauterkeitsrechtliche Kontroll- und Sanktionsinstrumente.....	196
1. Kollektive Rechtsdurchsetzung.....	196
2. Sanktionen nach §§ 8-10 UWG.....	197
3. Nebeneinander von UWG und datenschutzrechtlichen Sanktionen.....	199
VII. Stellungnahme.....	201
D. GESAMTERGEBNIS.....	204