

# Flash-Cookies und Datenschutz

RA Markus Schröder, LL.M.

**LawCamp 2011**

Frankfurt/M., 2. April 2011

# Ausgangspunkt

- Klage v. 23. Juli 2010 gegen die Internetseiten Quantcast, MTV, ESPN, MySpace, Hulu, ABC, NBC, JibJab und Scribd vor dem US District Court – Central District of California
- abrufbar unter:  
[http://www.wired.com/images\\_blogs/threatlevel/2010/07/CV10-5484-GW-JCGx-Complaint-Summons-Civil-Case-Cover-Sheet1.pdf](http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2010/07/CV10-5484-GW-JCGx-Complaint-Summons-Civil-Case-Cover-Sheet1.pdf)

# Wirtschaftliche Bedeutung

- Mehr als 80 % aller beweglichen Darstellungen im Internet lassen sich heute dem Flash-Format zuordnen (FAZ v. 8. Februar 2011).

# Technischer Hintergrund

- Flash-Cookies (sog. Local Shared Objects) werden nicht vom jeweiligen Browser, sondern vom Flash-Player-Plugin verwaltet.
- 1. Problem: Browser ermöglichen regelmäßig noch nicht die Erfassung alternativer Cookies.
- Für den Mozilla Firefox ist zwar mittlerweile das Add-on „Better Privacy“ erhältlich, das auch in der Lage ist, Flash-Cookies zu erkennen und zu verarbeiten;

# Technischer Hintergrund

- und auch Adobe entwickelt einen sog. „Flash-Cookie-Killer“ (Spiegel Online v. 13. Januar 2011) für den Google Chrome-Browser;

# Technischer Hintergrund

- aber: Der Nutzer muss ein Add-on zunächst installieren, was zu einem erhöhten Aufwand für den Nutzer führt, zunächst aber auch ein entsprechendes Problembewusstsein voraussetzt.
- 2. Problem: Flash-Cookies ermöglichen im Gegensatz zu herkömmlichen HTTP-Cookies eine browserunabhängige Speicherung ohne Verfallsdatum sowie das Ersetzen bereits gelöschter oder abgelehnter Cookies (sog. „Respawning“)

# Zulässigkeit von Cookies (allg.)

- Gem. § 12 Abs. 1 TMG i.V.m. § 3 Abs. 1 BDSG
- Der Einsatz von Cookies ist grundsätzlich rechtmäßig, da diese für sich genommen keinen Rückschluss auf die Identität eines bestimmten Nutzers zulassen und daher keine Verarbeitung von personenbezogenen Daten vorliegt (*Schmitz in: Hoeren/Sieber, HB Multimedia-Recht, 26. EL 2010, Teil 16.2, Rn. 87*).

# Zulässigkeit von Cookies (allg.)

- Anders ist es hingegen, wenn die angelegten Daten auf den Nutzer rückführbar sind, beispielsweise dann, wenn eine statische IP-Adresse des Nutzers bekannt ist oder wenn er sich namentlich angemeldet hat (*Hoeren* in: Kilian/Heussen, Computerrecht, 28. EL 2010, 1. Abschn. Teil 14, Rn. 21).

# Zulässigkeit von Flash-Cookies

- Ergibt sich für Flash-Cookies aus deren technischen Besonderheiten etwas anderes?
- Die Eingriffsintensität ist bei Flash-Cookies höher zu bewerten, als bei herkömmlichen Cookies (s.o.).
- Es ist fraglich, ob sich daraus ein Verstoß gegen § 12 Abs. 1 TMG i.V.m. § 3 Abs. 1 BDSG ergibt.

# Rechtslage

- Bislang ist keine Rechtsprechung in dieser Frage ergangen.
- Bislang hat diese Frage keinen Eingang in die deutschsprachige Literatur gefunden.

# Studie der UC Berkeley

- Eine Studie der University of California, Berkeley („Flash Cookies and Privacy“) kam im Jahre 2009 zu dem Ergebnis, dass die Verwender von Flash-Cookies zumeist noch nicht einmal in ihren Datenschutzerklärungen über den Einsatz von Flash-Cookies aufklären.

# Studie der UC Berkeley

- Nach Ansicht der Studie sei dies aber erforderlich, um die Nutzer über die Existenz einer solchen Technologie zu informieren. Auch müssten Möglichkeiten genannt werden, wie Flash-Cookies kontrolliert werden können.
- „Disclosures about their presence, the types of uses employed, and information about controls, are necessary first steps to addressing the privacy implications of Flash cookies“

# Studie der UC Berkeley

- abrufbar unter:  
[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1446862](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1446862)

# RL 2009/136/EG

- Die Richtlinie über Änderungen der Datenschutzrichtlinie und der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation müssten eigentlich bis zum 25. Mai 2011 in nationales Recht umgesetzt werden.
- Art. 5 Abs. 3 RL regelt erstmals die datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Cookies.

## Art. 5 Abs.3 RL 2009/136/EG

- Art. 5 Abs. 3 besagt: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, 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. (...)“

# Art. 5 Abs. 3 RL 2009/136/EG

- (...) über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine Einwilligung gegeben hat. (...)“

# Art. 5 Abs. 3 RL 2009/136/EG

- Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Cookies sind somit allgemein:
  - Einwilligung des Nutzers
  - auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen
  - diese unbestimmten Rechtsbegriffe sind jedoch auslegungsbedürftig, vgl. Erwägungsgrund 66

# EG 66 RL 2009/136/EG

- Erwägungsgrund 66 besagt: „ Es ist denkbar, dass Dritte aus einer Reihe von Gründen Informationen auf der Endeinrichtung eines Nutzers speichern oder auf bereits gespeicherte Informationen zugreifen wollen, die von legitimen Gründen (wie manchen Arten von Cookies) (welche?) bis hin zum unberechtigten Eindringen in die Privatsphäre (z.B. über Spähsoftware oder Viren) reichen. (...)

# EG 66 RL 2009/136/EG

- Exkurs: Die grundsätzliche Legitimität von Cookies wurde bereits in Erwägungsgrund 25 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG) erwähnt. Diese RL enthielt jedoch noch keine entsprechende Regelung.

# EG 66 RL 2009/136/EG

- (...) Daher ist es von größter Wichtigkeit, dass den Nutzern eine klare und verständliche Information bereitgestellt wird, wenn sie irgendeine Tätigkeit ausführen, die zu einer solchen Speicherung oder einem solchen Zugriff führen könnte. Die Methoden der Information und die Einräumung des Rechts, diese abzulehnen, sollten so benutzerfreundlich wie möglich gestaltet werden. (...)

# EG 6 RL 2009/136/EG

- (...) Wenn es technisch durchführbar und wirksam ist, kann die Einwilligung des Nutzers zur Verarbeitung im Einklang mit den entsprechenden Bestimmungen der Richtlinie 95/46/EG über die Handhabung der entsprechenden Einstellungen des Browsers oder einer anderen Anwendung ausgedrückt werden. (...)

# EG 66 RL 2009/136/EG

- Problem: Ist die Browser-Einstellung für sich genommen bei Flash-Cookies als Einwilligung ausreichend?
- Ist wohl abzulehnen, da Tools zu deren Verarbeitung nicht für alle Browser verfügbar sind und dem Nutzer eine Obliegenheit zum Tätigwerden auferlegt würde.
- Eine neue Bewertung könnte sich jedoch ergeben, falls zukünftig die Verbreitung der Tools und das Problembewusstsein bei weiten Teilen der Nutzer zunehmen.

# EG 66 RL 2009/136/EG

- Exkurs: Stellt eine entsprechende Browsereinstellung rechtssystematisch eine konkludente Einwilligung dar?
- Zu bedenken ist, dass das Abstellen auf die Browsereinstellung ein Anerkennen der Theorie des „Code as Law“ bedeuten könnte (vgl. *Lessig, Code 2.0*, S. 200 ff. „Privacy“).
- Diese Theorie wird aber zunehmend kritisiert (vgl. *Mayer-Schönberger, Demystifying Lessig, Wisconsin Law Review* 2008, 714, 740 „The Rise of Cookies“).
- Frage muss vorliegend nicht entschieden werden, da die RL davon ausgeht.

# EG 66 RL 2009/136/EG

- (...) Die Umsetzung dieser Voraussetzungen sollte durch die Stärkung der Befugnisse der zuständigen nationalen Behörden wirksamer gestaltet werden.“
- Bedeutet dies neue Befugnisse für die Datenschutzbehörden? Vgl. hierzu das Vorgehen des Hamburger Datenschutzbeauftragten gegen Google Analytics.

# Art. 29 Datenschutzgruppe

- Eine weitere Auslegungshilfe bietet die Stellungnahme 2/2010 der Art. 29 Datenschutzgruppe zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting vom 22. Juni 2010.
- Flash-Cookies werden ausdrücklich erwähnt (2.2. „Tracking-Technologien“).
- Browservoreinstellungen genügen regelmäßig den Anforderungen des Art. 5 Abs. 3 nicht.

# Art. 29 Datenschutzgruppe

- Es sei schon allgemein problematisch, von der Browsereinstellung auf eine Einwilligung zu schließen (4.1.1. „Einwilligung über die Browsereinstellung“).
- Allerdings: „Wenn eine Einwilligung in Kenntnis der Sachlage über die Browser-Einstellung möglich sein soll, darf es nicht möglich sein, die Wahl der betreffenden Person zu „umgehen“, die sie bei der Einstellung des Browsers getroffen hat. (...)“

# Art. 29 Datenschutzgruppe

- (...) 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 steigende Verwendung solcher Technologien stellt eine Herausforderung an die Browser-Einstellungen dar, eine gültige, wirksame Einwilligung in Kenntnis der Sachlage einzuholen.“

# Ausblick

- Rechtslage bislang unübersichtlich
- Verwender von Flash-Cookies sollten jedenfalls in der Datenschutzerklärung ausdrücklich auf die Verwendung von Flash-Cookies hinweisen. Ein allgemeiner Hinweis auf die Verwendung von Cookies dürfte nicht ausreichen.
- Aber auch ein ausdrücklicher Hinweis auf Flash-Cookies ist für sich genommen wohl nicht ausreichend.

# Ausblick

- Es sollten daher auch Hinweise zu möglichen Maßnahmen des Nutzers in Bezug auf Flash-Cookies gegeben werden.
- Zu bedenken ist dabei, dass eine eher strenge Praxis der Datenschutzbehörden zu erwarten ist.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!  
Fragen?