



**1676/13/DE
WP 208**

**Arbeitsunterlage 02/2013 mit Leitlinien für die Einholung der Einwilligung
zur Verwendung von Cookies**

Angenommen am 2. Oktober 2013

Die Datenschutzgruppe 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, Direktion C (Grundrechte und Unionsbürgerschaft) der Europäischen Kommission, B-1049 Brüssel, Belgien, Büro MO-59 02/013.

Website: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_de.htm

Seit Annahme der geänderten Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (2002/58/EG) im Jahr 2009, die in allen EU-Mitgliedstaaten umgesetzt wurde¹, haben die Website-Betreiber eine Reihe von praktischen Lösungen für die Einholung der Einwilligung zur Verwendung von Cookies² oder ähnlicher Tracking-Technologien (nachfolgend „Cookies“ genannt) entwickelt, die für verschiedene Zwecke genutzt werden (von verbesserten Funktionalitäten bis zu Webanalysen, gezielter Werbung und Produktoptimierung usw. durch die Website-Betreiber oder Dritte). Die Vielzahl der von Website-Betreibern genutzten Einwilligungsmechanismen ist Ausdruck der Vielfalt der Organisationen und ihrer Zielgruppen.

Dem Website-Betreiber steht es frei, wie er die Einwilligung einholt, solange die Einwilligung im Rahmen der EU-Gesetzgebung als gültig anerkannt werden kann. Die Frage, ob eine bestimmte, von einem Website-Betreiber umgesetzte Lösung sämtliche Auflagen für eine gültige Einwilligung erfüllt, wird weiter unten untersucht.

Zwar sieht die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation vor, dass für die Speicherung von oder den Zugriff auf Cookies eine Einwilligung eingeholt werden muss, doch wird die Vorschrift von den Website-Betreibern in den Mitgliedstaaten der EU unterschiedlich umgesetzt. Die derzeit genutzten Verfahren stützen sich auf eine oder mehrere der folgenden Praktiken, wobei festzustellen ist, dass zwar jede dieser Praktiken ein sinnvoller Bestandteil eines Einwilligungsmechanismus sein kann, dass sie einzeln jedoch kaum als gültige Einwilligung ausreichen dürften, da sämtliche Elemente einer gültigen Einwilligung gegeben sein müssen (so erfordert beispielsweise ein wirksamer Wahlmechanismus auch entsprechende Hinweise und Informationen). Die derzeitigen Praktiken sind:

- ein sofort deutlich sichtbarer Hinweis darauf, dass von der Website verschiedene Arten von Cookies³ verwendet werden, wobei Informationen auf mehreren Ebenen angeboten werden; hierzu werden in der Regel ein oder mehrere Links bereitgestellt, über die sich der Nutzer über die Art der verwendeten Cookies informieren kann;
- ein sofort deutlich sichtbarer Hinweis darauf, dass der Nutzer mit der Nutzung der Website dem Setzen von Cookies durch die Website zustimmt;
- Informationen darüber, wie der Nutzer seine Wünsche bezüglich Cookies äußern und später widerrufen kann, einschließlich Informationen darüber, was zu tun ist, um derartige Präferenzen zu äußern;
- ein Mechanismus, mit dem der Nutzer sämtliche Cookies oder bestimmte Cookies akzeptieren oder die Speicherung von Cookies ablehnen kann;
- eine Option, mit der der Nutzer seine Präferenzen bezüglich Cookies zu einem späteren Zeitpunkt wieder ändern kann.

Berücksichtigt man die unterschiedlichen Auslegungen der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation durch die verschiedenen Interessengruppen und die jeweiligen praktischen Umsetzungen, stellt sich folgende Frage: Welche Umsetzung wäre für eine Website, die in allen Mitgliedstaaten der EU betrieben wird, rechtlich einwandfrei?

¹ Ab Januar 2013.

² Wie in der Stellungnahme 04/2012 beschrieben wird, umfasst der Begriff „Cookie“ eine Reihe von Technologien, bezieht sich jedoch in erster Linie auf das HTTP-Cookie.

³ Z. B. Tracking-Cookies sozialer Plugins, Third-Party-Cookies zu Werbezwecken oder Analyse-Cookies gemäß der Stellungnahme zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht.

In Artikel 2 Buchstabe f und in Erwägungsgrund 17 der Richtlinie 2002/58/EG wird der Begriff der Einwilligung unter Bezugnahme auf die Definition in Richtlinie 95/46/EG definiert. Gemäß Artikel 2 Buchstabe h der Richtlinie 95/46/EG ist unter der Einwilligung einer Person zur Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eine Willensbekundung zu verstehen, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden. Gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG muss die Einwilligung ohne jeden Zweifel gegeben worden sein.

In ihrer Stellungnahme zur Einwilligung⁴ räumt die Datenschutzgruppe ein, dass der Begriff der Einwilligung in verschiedenen Mitgliedstaaten gegebenenfalls unterschiedlich ausgelegt wird. Die Stellungnahme zur Einwilligung präzisiert die Erfordernisse, die für eine gültige Einwilligung erfüllt sein müssen, sowie deren wesentliche Elemente:

1. **Spezifische Informationen.** Die Einwilligung ist nur dann gültig, wenn sie **für den konkreten Fall** gegeben wurde und auf **angemessener Information** beruht. Das heißt mit anderen Worten, dass eine pauschale Einwilligung ohne Angabe des genauen Zwecks der Verarbeitung nicht zulässig ist.
2. **Zeitablauf.** Grundsätzlich ist die Einwilligung **vor Beginn der Verarbeitung** einzuholen.
3. **Aktive Entscheidung.** Die Einwilligung muss **eindeutig** sein. Folglich darf das Verfahren zur Einholung und zur Erteilung der Einwilligung **keinen Zweifel an der Absicht der betroffenen Person** lassen. Grundsätzlich bestehen keine Einschränkungen hinsichtlich der Form einer Einwilligung. Damit die Einwilligung gültig ist, muss sie jedoch durch eine **aktive Willensbekundung des Nutzers** erteilt werden. Als Mindestform der Willensbekundung könnte jede Art von Zeichen angesehen werden, das ausreichend eindeutig ist, um die Wünsche der betroffenen Person zum Ausdruck zu bringen und für den für die Datenverarbeitung Verantwortlichen verständlich zu sein (beispielsweise eine handschriftliche Unterschrift unter einem Papiervordruck oder ein aktives Verhalten, aus dem nach vernünftigen Ermessen auf eine Einwilligung geschlossen werden kann).⁵
4. **Ohne Zwang.** Eine Einwilligung kann nur dann gültig sein, wenn die betroffene Person eine **echte Wahlmöglichkeit** hat und keine Gefahr einer Täuschung, Einschüchterung, Nötigung oder beträchtlicher negativer Folgen besteht, wenn sie die Einwilligung nicht erteilt.

Im Einklang mit den vorstehenden und sonstigen⁶ Klarstellungen in Bezug darauf, was eine in allen Mitgliedstaaten der EU gültige Einwilligung darstellt, führt die Datenschutzgruppe aus, dass ein Website-Betreiber, der sicherstellen möchte, dass ein Einwilligungsmechanismus die Bedingungen in jedem Mitgliedstaat erfüllt, jedes der wesentlichen Elemente, also **spezifische Informationen, vorherige Einwilligung, durch aktives Verhalten des Nutzers geäußerte Willensbekundung** sowie **die Möglichkeit der Entscheidung ohne Zwang**, einbeziehen sollte.

⁴ Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung.

⁵ Auch im vorgeschlagenen Wortlaut der künftigen EU-Datenschutzverordnung wird darauf verwiesen, dass die Einwilligung durch eine „eindeutige Handlung“ anzuzeigen ist.

⁶ Klarstellungen in der Stellungnahme 2/2010 zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting.

1. Spezifische Informationen

Der Mechanismus sollte eindeutige, umfassende und deutlich sichtbare Hinweise über die Verwendung von Cookies enthalten, und zwar zu dem Zeitpunkt und an dem Ort, zu bzw. an dem die Einwilligung eingeholt werden soll, also z. B. auf der Webseite, auf der der Nutzer seine Browser-Sitzung beginnt (Startseite). Beim Zugriff auf die Website muss der Nutzer die Möglichkeit haben, auf alle erforderlichen Informationen über die verschiedenen Arten und Zweckbestimmungen der von der Website verwendeten Cookies zuzugreifen. Die Website könnte einen deutlich sichtbaren Link zu einem bestimmten Ort enthalten, an dem alle Arten von Cookies, die von der Website verwendet werden, aufgeführt sind. Erforderliche Informationen wären die Zweckbestimmung(en) der Cookies und gegebenenfalls Hinweise auf mögliche Cookies von Dritten oder den Zugang von Dritten auf die mithilfe der Cookies auf der Website erhobenen Daten. Zur umfassenden Information der Nutzer sollten beispielsweise auch Angaben über die Speicherungsfrist (d. h. das Ablaufdatum von Cookies), typische Werte, die Cookies Dritter und sonstige technische Aspekte gemacht werden. Die Nutzer sind ferner darüber zu informieren, wie sie ihren Willen in Bezug auf Cookies bekunden können, d. h. wie sie alle, bestimmte oder keine Cookies akzeptieren und wie sie diese Einstellung wieder ändern können.

2. Zeitablauf

Wie die Datenschutzgruppe in ihrer Schlussfolgerung zu der vorstehend erwähnten Stellungnahme⁷ feststellte, ist die Einwilligung vor Beginn der Datenverarbeitung einzuholen. In der Stellungnahme wird klargestellt, dass dies auch im Zusammenhang mit Artikel 5 Absatz 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation zutrifft. Folglich ist es zur Einhaltung der Rechtsvorschriften in allen Mitgliedstaaten der EU notwendig, dass die Einwilligung vor dem Setzen oder Lesen von Cookies eingeholt wird. Deshalb sollte eine Website eine Einwilligungslösung anbieten, bei der kein Cookie auf dem Gerät des Nutzers gespeichert wird (außer solchen, die nicht die Einwilligung des Nutzers erfordern⁸), solange der Nutzer nicht seinen Willen in Bezug auf derartige Cookies bekundet hat.

3. Aktives Verhalten

Zusätzlich zu Informationen über Art und Zweckbestimmung der Cookies muss die Website die Nutzer eindeutig und umfassend darüber informieren, wie sie ihre Einwilligung geben können, und zwar nach Möglichkeit auf der Seite, die die Nutzer beim Surfen als erste öffnen.

Die Einwilligung kann u. a. über Eingangsbildschirme, Banner, modale Dialogfelder, Browser-Einstellungen usw. eingeholt werden. In Bezug auf letztere wird in Erwägungsgrund 66 der Richtlinie über die Rechte der Bürger (2009/136/EG), festgestellt: „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 eines Browsers oder einer anderen Anwendung ausgedrückt werden.“ Wenn der Website-Betreiber sicher sein kann, dass der Nutzer umfassend informiert wurde und seinen Browser oder eine andere Anwendung aktiv entsprechend konfiguriert hat, dann würde diese Konfigurierung unter geeigneten Umständen ein aktives Verhalten darstellen und folglich vom Website-Betreiber respektiert werden. Die Bedingungen, unter denen über die Browser-Einstellungen eine gültige und wirksame

⁷ Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung.

⁸ Weitere Präzisierungen zu Ausnahmen sind der Stellungnahme zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht zu entnehmen.

Einwilligung erteilt werden kann, werden in Stellungnahme 2/2010 der Datenschutzgruppe beschrieben.

Die Nutzer könnten ihre Einwilligung zur Speicherung von Cookies durch eine ausdrückliche Handlung oder eine andere aktive Verhaltensweise erteilen, vorausgesetzt, sie wurden umfassend über die Konsequenzen eines derartigen Handelns informiert. Folglich können Nutzer ihre Einwilligung dadurch zum Ausdruck bringen, dass sie eine Schaltfläche oder einen Link anklicken oder ein Feld markieren, wobei das betreffende Element an oder nahe der Stelle angeordnet sein sollte, an der entsprechende Informationen angezeigt werden (wenn diese Handlung in Verbindung mit Informationen über die Verwendung von Cookies erfolgt), oder aber durch ein anderes aktives Verhalten, aus welchem der Website-Betreiber eindeutig auf die Erteilung der Einwilligung für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage schließen kann.

Für die Zwecke dieser Arbeitsunterlage ist unter aktivem Verhalten eine Handlung zu verstehen, die der Nutzer gegebenenfalls vornimmt, und zwar im Allgemeinen eine Handlung auf der Grundlage einer nachverfolgbaren Nutzeranfrage an die Website durch Anklicken eines Links, eines Bildes oder sonstigen Inhalts auf der Startseite usw. Diese Art der Nutzeranfrage ist so beschaffen, dass der Website-Betreiber sicher sein kann, dass der Nutzer aktiv auf die Website zugreifen will und (vorausgesetzt, dass dies in voller Kenntnis der Sachlage geschieht) daher tatsächlich der Speicherung von Cookies zustimmt und dass diese Handlung einen aktiven Hinweis auf die Einwilligung darstellt. Auf jeden Fall muss der Nutzer unmissverständlich darüber unterrichtet werden, mit welcher Handlung er seine Einwilligung zur Verwendung von Cookies zum Ausdruck bringt. Dabei ist sicherzustellen, dass die durch aktives Verhalten zum Ausdruck gebrachte Entscheidung auf der Grundlage von eindeutigen Informationen dahingehend getroffen wird, dass diese Handlung das Setzen von Cookies zur Folge haben wird. Die Informationen sind in einer Weise darzustellen, die dem Nutzer hilft, sie als solche zu erkennen (und beispielsweise nicht mit Werbung zu verwechseln). Damit sichergestellt ist, dass der Nutzer die Handlung mit den dargebotenen Informationen in Verbindung bringen kann, ist es wichtig, dass sich das betreffende Element – die Schaltfläche, der Link oder das Feld –, über welches die aktive Handlung vorgenommen wird, an oder nahe der Stelle befindet, an der entsprechende Informationen angezeigt werden. Ferner sollten die Informationen solange auf der Website zu sehen sein, bis der Nutzer seine Einwilligung erteilt hat. Auf diese Weise kann der Website-Betreiber sicher sein, dass die Einwilligung ohne jeden Zweifel erteilt wurde. Hingegen kann das Anklicken eines Links zu weiteren Informationen über Cookies nicht als Einwilligung gewertet werden, da der Nutzer ausdrücklich lediglich weitere Informationen angefordert hat. Das Unterlassen jeder Handlung kann nicht als gültige Einwilligung angesehen werden.

Öffnet ein Nutzer eine Website, auf der Informationen über die Verwendung von Cookies angezeigt werden, und nimmt er keine aktive Handlung im Sinne der vorstehend beschriebenen vor, sondern verbleibt lediglich ohne weitere aktive Handlung auf der Startseite, lässt sich schwerlich behaupten, dass eine eindeutige Einwilligung erteilt wurde. Der Nutzer muss so agieren, dass dies in Verbindung mit den bereitgestellten Informationen über die Verwendung von Cookies nach vernünftigem Ermessen als Willensbekundung interpretiert werden kann.

4. Echte Wahlmöglichkeit – ohne Zwang erteilte Einwilligung

Der Einwilligungsmechanismus sollte dem Nutzer auf der Startseite eine echte und sinnvolle Möglichkeit bieten, sich für oder gegen Cookies zu entscheiden. Der Nutzer sollte die

Möglichkeit haben, frei zu entscheiden, ob er bestimmte oder alle Cookies akzeptieren oder bestimmte oder alle Cookies ablehnen möchte, und er sollte stets die Möglichkeit haben, die Cookie-Einstellungen zu einem späteren Zeitpunkt zu ändern.

In einigen Mitgliedstaaten kann der Zugang zu bestimmten Websites von der Zustimmung zu Cookies abhängig gemacht werden⁹; generell sollte der Nutzer jedoch die Möglichkeit haben, die Website ohne oder nur mit bestimmten Cookies zu nutzen, und zwar jenen, denen er zugestimmt hat und die für den Zweck der Erbringung der Website-Dienste erforderlich sind, und jenen, die von der Einwilligungspflicht ausgenommen sind. Daher wird empfohlen, von einem Einwilligungsmechanismus abzusehen, der dem Nutzer lediglich die Möglichkeit der Einwilligung bietet, nicht jedoch die Möglichkeit, sich für alle oder für bestimmte Cookies zu entscheiden. Es wird dringend empfohlen, dem Nutzer verschiedene Wahlmöglichkeiten anzubieten.

Der vorstehenden Argumentation liegt Erwägungsgrund 25 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (2002/58/EG) zugrunde, der vorsieht, dass der Zugriff auf spezifische Website-Inhalte davon abhängig gemacht werden kann, dass die Einwilligung zur Speicherung von Cookies oder ähnlichen Instrumenten in Kenntnis der Sachlage erteilt wurde, wenn der Einsatz zu einem rechtmäßigen Zweck erfolgt. Mit der Betonung auf „spezifische Website-Inhalte“ wird klargestellt, dass Websites den „generellen Zugang“ zu der Seite nicht von der Zustimmung zu sämtlichen Cookies abhängig machen sollten, sondern lediglich eine Einschränkung für bestimmte Inhalte vorsehen können, wenn der Nutzer seine Einwilligung zum Setzen von Cookies verweigert (so sollte bei Websites für den elektronischen Geschäftsverkehr, deren Hauptzweck im Verkauf von Waren besteht, die Nichtzustimmung zu (nicht funktionsbezogenen) Cookies den Nutzer nicht daran hindern, auf der betreffenden Website Waren zu kaufen).

Gemäß Erwägungsgrund 10 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (2002/58/EG) findet ferner in dem von dieser Richtlinie regulierten Bereich die Richtlinie 95/46/EG vor allem auf alle Fragen des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten Anwendung, die von dieser Richtlinie nicht spezifisch erfasst werden, einschließlich der Pflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen und der Rechte des Einzelnen. Die Richtlinie 95/46/EG gilt für sämtliche für die Verarbeitung Verantwortlichen. Da die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf bereits im Gerät eines Nutzers gespeicherte Informationen mittels Cookies die Verarbeitung personenbezogener Daten umfassen kann¹⁰, gelten in solchen Fällen eindeutig die Vorschriften über den Datenschutz. Einer der dabei zu berücksichtigenden Grundsätze besteht darin, dass die verarbeiteten Daten den Zwecken entsprechen müssen, für die sie erhoben und/oder weiterverarbeitet werden, dafür erheblich sind und nicht darüber hinausgehen dürfen (Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c). Werden folglich bestimmte Cookies nicht für den Zweck der Erbringung der Website-Dienste benötigt, sondern stellen lediglich einen zusätzlichen Nutzen für den Website-Betreiber dar, sollte der Nutzer eine echte Möglichkeit erhalten, sich für oder gegen jene Cookies zu

⁹ Nach schwedischem Recht können Websites von den Nutzern verlangen, dass sie ihre Einwilligung zur Verwendung von Cookies erteilen, damit sie Zugang zu der betreffenden Website erhalten. Eine betroffene Person, die ihre Einwilligung nicht erteilt, muss dann zu einem anderen Diensteanbieter wechseln. Eine Ausnahme bilden Websites, die bestimmte Dienstleistungen des öffentlichen Sektors anbieten, bei denen der Nutzer hinsichtlich der Inanspruchnahme der Dienstleistungen kaum eine Wahl hat und damit auch keine wirkliche Wahlmöglichkeit hinsichtlich der Verwendung von Cookies hat.

¹⁰ Wie auch in der Stellungnahme 2/2010 zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting klargestellt wird.

entscheiden. Je nach Kontext bestehen gegebenenfalls Unterschiede hinsichtlich der Art der Cookies, die dem Zweck der Website möglicherweise nicht angemessen sind.

Ein Beispiel, bei dem die Einwilligung zu nicht notwendigen Cookies als unangemessen zu betrachten wäre, sind Websites, die bestimmte Dienste anbieten, bei denen dem Nutzer kaum eine andere Wahl bleibt, als diese Dienste in Anspruch zu nehmen, und bei denen er damit auch keine echte Wahl bezüglich der Verwendung von Cookies hat. In den meisten Mitgliedstaaten der EU trifft dies insbesondere auf Dienstleistungen des öffentlichen Sektors zu.¹¹

Außerdem sollte Nutzern eine echte Wahlmöglichkeit in Bezug auf Tracking-Cookies geboten werden. Derartige Tracking-Cookies werden im Allgemeinen verwendet, um das individuelle Verhalten von Nutzern im Internet zu verfolgen, Profile auf der Grundlage dieses Verhaltens anzulegen, auf Interessen zu schließen und Entscheidungen zu treffen, die sich auf den Einzelnen auswirken. Werden Tracking-Cookies benutzt, um damit gezielt Personen auszuwählen, dann handelt es sich hierbei wahrscheinlich um personenbezogene Daten. Für die Verarbeitung personenbezogener Daten, die mit dem Lesen und Setzen von Tracking-Cookies einhergeht, muss der für die Verarbeitung Verantwortliche die eindeutige Einwilligung des Nutzers einholen. Die Entscheidungsgewalt bei einer Verletzung dieses Grundsatzes würde bei der für die Rechtsvorschriften im Bereich Datenschutz zuständigen nationalen Behörde liegen, die jeweils im Einzelfall entscheidet.

Brüssel, den 2. Oktober 2013

*Für die Datenschutzgruppe
Der Vorsitzende
Jacob KOHNSTAMM*

¹¹ In den meisten Mitgliedstaaten der EU gilt es nicht als rechtmäßig, den Zugang zu Websites des öffentlichen Sektors an Bedingungen zu knüpfen.