

Berlin, 29. Juni 2018

Stellungnahme des BvD e.V. zur Positionsbestimmung der DSK vom 26.04.2018 „Anwendbarkeit des Telemediengesetzes für nicht- öffentliche Stellen ab dem 25.05.2018“

Der Berufsverband der Datenschutzbeauftragten (BvD) e.V. steht dem Vorhaben, dass die deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden mit ihrer Positionsbestimmung vom 26.04.2018 „Anwendbarkeit des Telemediengesetzes für nicht-öffentliche Stellen ab dem 25.05.2018“ (Positionsbestimmung) zum Verhältnis der DS-GVO zum TMG die notwendige Diskussion angestoßen und auf eine sachlich begründete Grundlage gestellt haben, sehr positiv gegenüber.

Diese Inhalte versuchen die Datenschutzbeauftragten in Deutschland gerade auch in kleine und mittlere Unternehmen hineinzutragen. Sie sind die Stütze bei der Einführung der DS-GVO und der Umsetzung der datenschutzrechtlichen Anforderungen. Anders als in vielen anderen europäischen Staaten zeigt sich gerade aktuell, wie wertvoll die bereits existierende Präsenz der Datenschutzbeauftragten ist, um zu einer rechtskonformen praktischen Umsetzung zu kommen. Aufgrund des durch Art. 37 DS-GVO und des Berufsbildes des BvD vorgezeichneten Anforderungsprofils an die Fähigkeiten eines Datenschutzbeauftragten wird aber deutlich, dass ein Volljurist nicht ohne Weiteres imstande ist, die Rolle des DSB auszufüllen. Damit geht allerdings auch einher, dass die Datenschutzbeauftragten zwar im Datenschutzrecht gut geschult sind, aber eben auch nicht Volljuristen sein können und müssen. Es ist daher zu begrüßen, dass die deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden mit ihrer breiten Kompetenz durch Stellungnahmen Anwendungshilfen und Auslegungshilfen geben.

Auch stellen Anwendungs- und Auslegungshinweise der deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden eine wesentliche Unterstützung kleinerer und mittlerer Unternehmen dar, bei denen die Unternehmensleitung eigenverantwortlich und ohne Unterstützung eines Datenschutzbeauftragten und typischerweise auch ohne finanzielle Möglichkeit zu einer permanenten anwaltlichen Begleitung bei der Umsetzung handeln muss.

Die Datenschutzaufsichtsbehörden leisten damit prinzipiell den lobenswerten Beitrag zur Rechtsklarheit in der Anwendung und Auslegung der DS-GVO, welche der deutsche Gesetzgeber trotz der sich seit dem 25.05.2016 abzeichnenden Unklarheit nicht beseitigt hat. Das vorliegende Dokument verfolgt hier allerdings auch weitere politische Ziele, die dazu führen, dass die Rechtsanwendung eher behindert als unterstützt wird. Die Probleme der fehlenden ePrivacy-Novelle werden statt sie dem Gesetzgeber anzulasten, auf die ausführenden Stellen verschoben. Der Text zielt nur bedingt auf die praktische Umsetzbarkeit in der aktuellen Rechtslage, sondern verschiebt die Debatte auf den Rücken der deutschen Rechtsanwender.

Vor den konkreteren Hinweisen zu den rechtlichen Positionen sei kurz angemerkt, dass die Gestaltung des hier wesentlichen TMG nicht in die Ressortzuständigkeit des BMI sondern des BMWV fällt. Diese Unklarheit darf daher nicht auf das Ministerium zurückfallen, das gerade durch die rechtzeitige Verabschiedung des BDSG-neu viel geleistet hat.

Im Einzelnen:

1. Vorrang der DS-GVO

Der BvD teilt die Bewertung der Datenschutzkonferenz, dass die Datenschutzbestimmungen in §§ 11 ff. TMG durch den Anwendungsvorrang der DS-GVO verdrängt werden.

Mit ErwGr 15 DS-GVO wird deutlich, dass auch die durch die Datenschutzbestimmungen des TMG erfassten Dienste der Informationsgesellschaft in den Anwendungsbereich der DS-GVO fallen. Es bestimmt sich daher nach der Öffnungsklausel in Art. 95 DS-GVO, ob und inwieweit die Datenschutzbestimmungen des TMG in Umsetzung der Richtlinie 2002/58/EG neben der DS-GVO Anwendung finden.

Der Anwendungsbereich der Datenschutzbestimmungen des TMG füllt jedoch weder in seinem Anwendungsbereich die Ausnahme des Art. 95 DS-GVO noch setzen die §§ 11 ff. TMG die Vorgaben der Richtlinie 2002/58/EG um. Der deutsche Gesetzgeber hat nie eine explizite Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG (sog. Cookie-Regelung), welcher durch eine Änderung dieser Richtlinie 2009 eingefügt worden war, vorgenommen, sondern sich – viel kritisiert – darauf berufen, diese Vorgabe sei schon allgemein im TMG umgesetzt.

Anzumerken ist auch, dass der EuGH in der Entscheidung Breyer ./ BRD die Regelung in § 15 Abs. 1 TMG als Verstoß gegen die bis zum 25.05.2018 anzuwendende und durch die DS-GVO „abgelöste“ Richtlinie 95/46/EG bewertet hat. In der Entscheidung ging damit auch der EuGH davon aus, dass diese Regelungen nicht in Umsetzung der Richtlinie 2002/58/EG erging.

Eine abweichende Betrachtung kann sich jedoch für Regelungen in §§ 11 ff. TMG ergeben, die im Zuge des IT-Sicherheitsgesetzes in das TMG eingefügt worden sind. Denn diese zielen nicht auf den Schutz personenbezogener Daten und fallen daher nicht ohne Weiteres in den Anwendungsvorrang der DS-GVO. Zur Vermeidung von Unsicherheiten regt der BvD an, dass insoweit durch die Datenschutzaufsichtsbehörden eine differenziertere oder umfassender begründete Position eingenommen wird.

2. Keine Anwendbarkeit des TMG

Die Datenschutzbestimmungen in §§ 11 ff. TMG sind – wie die Positionsbestimmung ausführt - nicht anwendbar. Das bedeutet, dass die Rechtsgrundlagen in §§ 13 bis 15 TMG nicht anzuwenden sind.

Das bedeutet aber auch, dass die weiteren Vorgaben der §§ 11 ff. TMG – also insbesondere die Transparenzbestimmungen, Formerfordernisse und Meldepflichten – nicht anwendbar sind.

In der praktischen Umsetzung der datenschutzrechtlichen Vorgaben bedeutet das insbesondere, dass eine einheitliche Transparenzpflicht nach Artt. 13, 14 DS-GVO und nicht nach § 13 Abs. 1 TMG besteht.

Der BvD regt an, dass gerade auch in Bezug auf diese in der Praxis häufig auftretende Unklarheit in Bezug auf die Transparenzpflichten eine Aussage erfolgt.

3. Rechtsgrundlagen zur Verarbeitung personenbezogener Daten

Durch die Anwendung der DS-GVO anstatt der Datenschutzbestimmungen des TMG ergibt sich zunächst eine Erweiterung der Rechtsgrundlagen. Während die Datenschutzbestimmungen des TMG einen abschließenden Katalog von speziell ausgestalteten Rechtsgrundlagen und insbesondere ohne Zulässigkeit aufgrund einer Interessenabwägung vorsehen, gehen die Rechtsgrundlagen in DS-GVO hierüber hinaus (siehe Art. 6 DS-GVO). Der EuGH hatte bereits in der Entscheidung Breyer ./ BRD kritisiert, dass die Datenschutzbestimmungen des TMG entgegen der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG keine Interessenabwägung als Rechtsgrundlage vorsehen.

Dies bedeutet zunächst, dass sich in der Rechtspraxis der großzügigere, in den übrigen Mitgliedsstaaten der EU bereits vor dem 25.05.2018 geltende Rechtsrahmen ergibt. Dieser Rechtsrahmen hat in der Rechtspraxis der übrigen Mitgliedsstaaten der EU insbesondere eine weitergehende Möglichkeit des – insbesondere Marketing- – Profiling zugelassen. In Deutschland gilt damit zunächst einmal der – vielleicht als zu niedrig kritisierende – Datenschutzrechtsrahmen auch für „Online-Sachverhalte“.

Da die DS-GVO grundsätzlich die Zulässigkeitsregelungen der Richtlinie 95/46/EG fortschreibt, muss auch die Anwendung der Regelungen in der EU in Bezug auf die Auslegung der DS-GVO zu Diensten der Informationsgesellschaft berücksichtigt werden.

Der BvD regt an, in die Auslegung die bereits im EU-Ausland etablierte Praxis einzubeziehen, um nicht ein datenschutzrechtliches Ungleichgewicht fortzuschreiben und den Grundsatz der DS-GVO – eine EU-weit einheitliche Rechtsanwendung – von Beginn zu konterkarieren. Das Ziel sollte über die gesetzgeberischen Maßnahmen ein einheitliches datensparsames, transparentes und auch Interessen ausgleichendes Niveau sein.

4. Rechtsgrundlage zur Verarbeitung zur Bereitstellung des Dienstes

Die Erhebung der personenbezogenen Daten, die zur Bereitstellung des Dienstes erforderlich sind, ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO.

Der gegen eine Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f. DS-GVO eröffnete Widerspruch nach Art. 21 DS-GVO würde zu einer Unmöglichkeit führen. Denn wenn der Widerspruch beachtet würde, könnte der Dienst nicht angeboten werden. Zwangsweise würde damit die Rück-Ausnahmeregelung in Art. 21 DS-GVO zum Tragen kommen, wonach bei zwingender Notwendigkeit der Widerspruch unbeachtlich ist.

Eine andere Betrachtung würde auch dazu führen, dass die betroffene Person nach Art. 13, 21 DS-GVO auf ihr Recht zum Widerspruch hingewiesen werden müsste, obgleich dieser

von vornherein unbeachtlich ist. Eine solche Irreführung sollte dem Verantwortlichen und der betroffenen Person erspart bleiben.

Was für die Bereitstellung eines „Online-Dienstes“ erforderlich ist, bestimmt sich allerdings nicht allein danach, was als technisch zwingend erforderlich betrachtet wird. Auch bestimmt sich der zulässige Inhalt einer Leistung bzw. eines Vertrags, für den die Daten nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO verarbeitet werden können, nicht anhand einer Interessenabwägung. Denn Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO ist eine solche Begrenzung nicht immanent. Auch muss das Datenschutzrecht den Grundsatz der Privatautonomie beachten. Der Anbieter hat also durchaus eine Gestaltungsfreiheit in Bezug auf die Gestaltung seines Dienstes. Es ist nicht Aufgabe der DS-GVO in die Privatautonomie eingreifend Leistungsbeschreibungen zu definieren. Die Beachtung des Art. 5 Abs. 1 und Art. 25 DS-GVO muss dabei gleichwohl gewährleistet sein.

Die betroffene Person muss „zum Zeitpunkt“ der Erhebung nach Art. 13 DS-GVO hingewiesen werden. Sie fordert nicht, dass die betroffene Person „vor“ der Verarbeitung informiert werden muss. Die DS-GVO sieht an anderen Stellen explizit Maßnahmen „vor“ der Verarbeitung vor.

5. Weitergehende Verarbeitungen

Alle Verarbeitungen, die nicht nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO gerechtfertigt sind, können insbesondere nach Art. 6 Abs. 1 lit. a und lit. f (oder Abs. 4) DS-GVO gerechtfertigt sein. Einen Primat der Einwilligung kennt die DS-GVO nicht, sondern alle Zulässigkeitsregelungen des Art. 6 DS-GVO sind gleichrangig.

Vor diesem Hintergrund erscheint es zu undifferenziert, für alle Tracking-Maßnahmen im Grundsatz eine Einwilligung als Voraussetzung zu fordern. Der BvD regt an, hier eine differenziertere Betrachtung vorzunehmen.

Auch die sog. Cookie-Regelung in Art. 5 Abs. 3 DS-GVO zwingt nicht zum Erfordernis einer Einwilligung für Online-Tracking. Denn Art. 5 Abs. 3 DS-GVO regelt nur „*die Speicherung von Informationen oder den Zugriff auf Informationen, die im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind*“ (Auszug aus Art. 5 Abs. 3 DS-GVO). Mit anderen Worten: Art. 5 Abs. 3 DS-GVO regelt nicht die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen eines Tracking. Das führt nach deutschem Recht derzeit zu einer Zweiteilung: Eine solche Speicherung von Daten ist durch eine andere Norm geregelt, als die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten zu einem Profiling. Letzteres bestimmt sich nach der DS-GVO, für erstere existiert in Deutschland keine Regelung. Dabei wird als geklärt unterstellt, dass rechtlich eine unmittelbare Direktwirkung einer Richtlinie im Bürger-Bürger-Verhältnis nicht in Betracht kommt.

Im Ergebnis ist ein Online-Tracking grundsätzlich auch auf der Grundlage einer Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO möglich. Es muss im Rahmen der Interessenabwägung geprüft werden, ob die Interessen der betroffenen Person gewahrt sind. In dieser Interessenabwägung muss nach den Erwägungsgründen 28, 29 DS-GVO aber maßgeblich auch gewichtet werden, wenn die Verarbeitung im Rahmen eines Profiling pseudonymisiert wird.

Die Praxis vermittelt den Eindruck, dass jedenfalls ein merklicher Teil der Trackinganbieter hier mit Blick auf die Prinzipien der Trennung als Folge von Verarbeitung nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 1 Buchst a. DS-GVO) und der Zweckbindung (Art. 5 Abs. 1 Buchst a. DS-GVO „angemessen“) Nachholbedarf hat. Ähnlich dem Fall EuGH Facebook-Fanpages herrscht hier für Nutzer der Dienste eine weitgehende Intransparenz der Verarbeitung.

Dabei ist auch zu beachten, dass die DS-GVO grundsätzlich von der Zulässigkeit eines Profiling ausgeht. Denn mit der Definition von Profiling in Art. 4 Nr. 4 DS-GVO wird das Profiling anerkannt. Da die DS-GVO hierfür – mit Ausnahme des nur für eine spezielle Konstellation einschlägigen Art. 22 DS-GVO – keine Sonderregelungen vorsieht, greift Art. 6 DS-GVO, der keinen Primat der Einwilligung kennt, sondern die Interessenabwägung als gleichrangig bewertet. Für die Interessenabwägung bedeutet dies, dass diese nicht von vornherein mit einer negativen Ausgangshaltung gegen Profiling begonnen werden darf.

Zwischen der reinen Reichweitenmessung, die in der Positionsbestimmung durch Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO als rechtmäßig betrachtet werden einerseits, und dem Geräte- und Internetseiten-unabhängigen Tracking mit beliebiger Verwendung, das durch die Positionsbestimmung als einwilligungsbedürftig betrachtet wird andererseits, gibt es Gestaltungen, die durchaus ebenfalls nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO zulässig sein können. Der BvD regt hierzu eine differenziertere Befassung durch die Aufsichtsbehörden an.

Der BvD regt auch eine Darlegung der Aspekte an, die zur Bewertung als einwilligungsbedürftig führen, damit die Position der Aufsichtsbehörden nicht als Pauschalpostulat bestehen bleibt, wenn die Anbieter ihre Gestaltungen verändern. Hierdurch kann auch ein Anreiz zur Umgestaltung von solchen Diensten geschaffen werden.

6. Anforderungen an eine Einwilligung

In der Tat wird es Profiling-Maßnahmen geben, welche nur auf der Grundlage einer Einwilligung zulässig sein werden. Wenn das Erfordernis der Einwilligung aber nicht schon im Grundsatz zur Unzulässigkeit, wegen der Unmöglichkeit des Vorab-Einholens der Einwilligung, führen sollen, muss das Erfordernis der Einwilligung detaillierter betrachtet oder klar kommuniziert werden, dass nach derzeitiger Rechtslage solche Profiling-Maßnahmen nicht zulässig gestaltet werden können.

Zunächst muss berücksichtigt werden, dass nach der Definition in Art. 4 Nr. 12 DS-GVO zwar eine unmissverständlich abgegebene Willenserklärung, aber keine ausdrückliche Einwilligung fordert.

Dabei sollte auch ErwG 32 berücksichtigt werden, der in Satz 6 ausdrücklich eine Gestaltung verlangt, die ohne eine unnötige Unterbrechung des Dienstes erfolgt.

In der Praxis stellt sich aber vor allem auch das Problem des Nachweises der Erteilung einer Einwilligung nach Art. 7 Abs. 1 DS-GVO, da sich hieraus wiederum eine Reihe von Folgefragen ergibt. Wie lässt sich ein solcher Nachweis gestalten (bspw. ein Browser-Fingerprint)? Auf welcher Rechtsgrundlage wird eine solche Speicherung dann gestützt – ist dies von der Einwilligung mit umfasst, muss die Einwilligung für den Nachweis nach

Art. 7 Abs. 1 DS-GVO eingeholt werden oder kommt Art. 6 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 7 Abs. 1 DS-GVO in Betracht. Die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO ist mit Blick auf die Widerspruchsmöglichkeit (siehe entsprechend oben) keine geeignete Lösung.

Der BvD regt an, dass auch die Folgefragen, die sich aus dem Erfordernis einer Einwilligung ergeben, adressiert werden. Weiterhin endet die Positionsbestimmung im Wesentlichen mit diesem Argument der Unzulässigkeit mangels fehlender Einwilligung. Wenn man dem aus den genannten Gründen nicht folgt, so fehlen wesentliche weitere Hinweise und Bausteine. Beispielsweise Merkmale von „Nutzungsprotokollierungen“ seien es selbst betriebene oder erkennbar separierte trennbare Tracking-Dienste, die ihre Verarbeitung transparent offenlegen und als verhältnismäßig bewertet werden können.

7. Auswirkungen der Entscheidung des EuGH zu Facebook-Fanpages

Mechanismen zum Online-Tracking basieren derzeit zu einem nicht unerheblichen Teil darauf, dass Trackingdienste das Tracking „internetpräsenzenübergreifend“ vornehmen und selbst nicht Betreiber der jeweiligen „angeschlossenen“ Internetseiten sind und - so das Argument – nur pseudonyme Daten zur Erstellung der Profile erhalten, während der Betreiber der Internetseite nur aggregierte und anonyme Ergebnisse aus dem Online-Tracking erhält, aber selbst nicht die Erstellung des Profils betreibt. Die Betreiber der Internetseiten verwenden diese Daten ihrerseits wiederum nur selten herunter gebrochen auf eine konkrete Person sondern zur pauschalen Bewertung des Erfolgs von Werbemaßnahmen. Die Entscheidung des EuGH zu Facebook-Fanpages behandelt nicht die vorstehende Konstellation in der jeweils ein wechselseitig beschränkter Datenzugriff vereinbart ist. Jedenfalls der bei den Tracking-Anbietern für die betroffenen Personen intransparent angehäuften Datenbestand scheint kritikwürdig. Dennoch sind im Verhältnis zum Facebook-Urteil wesentliche Unterschiede bei der Beurteilung zu berücksichtigen.

Sollte die Anwendung durch die Aufsichtsbehörden dazu führen, dass eine Verantwortlichkeit des Betreibers der Internetseite bejaht wird, wird angeregt, die durch den EuGH in dieser Entscheidung ebenfalls bejahte Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden gegenüber den Anbietern solcher Technologie zu nutzen, um mit diesen eine datenschutzkonforme Gestaltung zu koordinieren und solange davon Abstand zu nehmen, vereinzelt gegen Betreiber von Webseiten vorzugehen.

Der BvD bietet sich gerne zu einem weiterführenden Diskurs über die aufgeworfenen Fragestellungen der Positionsbestimmung an.

gez. Dr. Jens Eckhardt
Vorstand

gez. Dr. Kai-Uwe Loser
Vorstand