

Anmerkung von Nicholas Vollmer:

**4 Wochen** vor Wirksamwerden der DS-GVO nehmen die deutschen Aufsichtsbehörden endlich Stellung zu der Frage, ob das Telemediengesetz mit seinen Datenschutzbestimmungen noch anwendbar ist. Ergebnis: **Nein**.



Fazit: Cookies zum Tracking bedürfen einer expliziten Einwilligung.

**Positionsbestimmung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder – Düsseldorf, 26. April 2018**

---

**Zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen ab dem 25. Mai 2018**

Der Kommissionsentwurf<sup>1</sup> zur ePrivacy-Verordnung vom Januar 2017 sieht vor, dass diese Verordnung, welche die ePrivacy-Richtlinie<sup>2</sup> ersetzen soll, gemeinsam mit der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) ab dem 25. Mai 2018 in Kraft tritt und Geltung erlangt. Die ePrivacy-Verordnung soll die DSGVO im Hinblick auf die elektronische Kommunikation präzisieren und ergänzen.<sup>3</sup> Das Gesetzgebungsverfahren zur ePrivacy-Verordnung verzögert sich jedoch erheblich, so dass voraussichtlich nicht mehr mit einem Inkrafttreten im Jahr 2018 zu rechnen ist.<sup>4</sup>

Damit ergeben sich Fragen zur Anwendbarkeit nationalen Rechts neben der DSGVO. Der Gesetzgeber hat das Telemediengesetz (TMG) bisher nicht an die DSGVO angepasst, so dass die datenschutzrechtlichen Vorschriften des TMG (Abschnitt 4) voraussichtlich ab dem 25. Mai 2018 unverändert in Kraft sein werden.<sup>5</sup> **Für die Rechtsanwender stellt sich wegen des Anwendungsvorrangs der DSGVO daher die Frage, ob die datenschutzrechtlichen Regelungen des TMG weiterhin anwendbar sein werden.**

---

<sup>1</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation) v. 10.01.2017, COM/2017/010 final - 2017/03 (COD).

<sup>2</sup> Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. L 201 v. 31.07.2002, 37 und Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. L 337 v. 18.12.2009, 11.

<sup>3</sup> ErwGr. 5 der ePrivacy-Verordnung(E), s. Fn. 1.

<sup>4</sup> Insofern gilt nach dem 25. Mai 2018 die ePrivacy-Richtlinie weiter; S. dazu auch den Entwurf einer legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), worin im Gegensatz zum Kommissionsentwurf kein konkretes Datum zum Inkrafttreten mehr genannt ist.

<sup>5</sup> S. zum Anpassungsbedarf aufgrund der Geltungserlangung der DSGVO: Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) mit Verweis auf eine Äußerung der Bundesregierung im Rechtsetzungsverfahren zum 2. TMG-Änderungsgesetz, BT-Drs. 18/12356 v. 16.05.2017, S. 28.

Die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vertritt hierzu folgende Position:

1. Im Verhältnis zum nationalen Recht kommt ab dem 25. Mai 2018 die DSGVO für sämtliche automatisierte Verarbeitungen personenbezogener Daten vorrangig zur Anwendung, es sei denn nationale Vorschriften sind aufgrund einer Kollisionsregel, eines Umsetzungsauftrages oder einer Öffnungsklausel der DSGVO vorrangig anwendbar.
2. Die DSGVO enthält in Artikel 95 eine Kollisionsregel zum Verhältnis der DSGVO zur ePrivacy-Richtlinie, wonach natürlichen oder juristischen Personen in Bezug auf die Verarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Union durch die DSGVO keine zusätzlichen Pflichten auferlegt werden, soweit sie besonderen in der ePrivacy-Richtlinie festgelegten Pflichten unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen.
3. Die Vorschrift des Artikels 95 DSGVO findet keine Anwendung auf die Regelungen im 4. Abschnitt des TMG. Denn diese Vorschriften stellen vorrangig eine Umsetzung der durch die DSGVO aufgehobenen Datenschutzrichtlinie<sup>6</sup> dar und unterfallen – da sie auch nicht auf der Grundlage von Öffnungsklauseln in der DSGVO beibehalten werden dürfen – demgemäß dem Anwendungsvorrang der DSGVO. Hiervon betroffen sind damit auch etwaige unvollständige Umsetzungen der ePrivacy-Richtlinie in diesem Abschnitt, welche jedenfalls isoliert nicht mehr bestehen bleiben können.
4. Damit können die §§ 12, 13, 15 TMG bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Reichweitenmessung und des Einsatzes von Tracking-Mechanismen, die das Verhalten von betroffenen Personen im Internet nachvollziehbar machen, ab dem 25. Mai 2018 nicht mehr angewendet werden.

---

<sup>6</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 v. 23.11.95, 31.

5. Eine unmittelbare Anwendung der ePrivacy-Richtlinie für die unter Ziffer 4 genannten Verarbeitungsvorgänge kommt nicht in Betracht (keine horizontale unmittelbare Wirkung von Richtlinien).
6. Als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Diensteanbieter von Telemedien kommt folglich nur Artikel 6 Absatz 1, insbesondere Buchstaben a), b) und f) DSGVO in Betracht. Darüber hinaus sind die allgemeinen Grundsätze aus Artikel 5 Absatz 1 DSGVO, sowie die besonderen Vorgaben z. B. aus Artikel 25 Absatz 2 DSGVO einzuhalten. ... datenschutzfreundliche Technikgestaltung und Voreinstellungen gemäß Pflicht [GVO\_025]
7. Verarbeitungen, **die unbedingt erforderlich sind**, damit der Anbieter den von den betroffenen Personen angefragten Dienst zur Verfügung stellen kann, können ggf. auf Art. 6 Absatz 1 Buchstabe b) oder Buchstabe f) DSGVO gestützt werden.<sup>7</sup>  
... also ggf. Vertrag oder berechtigtes Interesse
8. Ob und inwieweit weitere Verarbeitungstätigkeiten rechtmäßig sind, muss durch eine **Interessenabwägung** im Einzelfall auf Grundlage des Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f) DSGVO geprüft werden.
9. **Es bedarf jedenfalls einer vorherigen Einwilligung beim Einsatz von Tracking-Mechanismen, die das Verhalten von betroffenen Personen im Internet nachvollziehbar machen und bei der Erstellung von Nutzerprofilen. Das bedeutet, dass eine informierte Einwilligung i. S. d. DSGVO<sup>8</sup>, in Form einer Erklärung oder sonstigen eindeutig bestätigenden Handlung vor der Datenverarbeitung eingeholt werden muss, d. h. z. B. bevor Cookies platziert werden bzw. auf dem Endgerät des Nutzers gespeicherte Informationen gesammelt werden.**

!!!

Hier ist sie: Die Maximalforderung, dass JEDES Cookie einer eindeutigen Einwilligung bedarf. Dazu dürften informative Cookie-Banner nicht ausreichen. Sie ermöglichen lediglich ein "Opt-Out".

Insbesondere der § 15 Abs. 3 TMG ist somit obsolet: "Der Diensteanbieter darf für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen erstellen, sofern der Nutzer dem nicht widerspricht. Der Diensteanbieter hat den Nutzer auf sein Widerspruchsrecht im Rahmen der Unterrichtung nach § 13 Abs. 1 hinzuweisen. [...]"

<sup>7</sup> S. zur Frage der Erforderlichkeit und zum dafür maßgeblichen Merkmal der Funktion *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, WP 194 - Stellungnahme 04/2012 zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht v. 07.06.2012, die in der englischen Version noch deutlicher herausstellt, dass es darauf ankommt, ob eine Verarbeitung für die „Auslieferung“ [delivery] des explizit nachgefragten Dienstes erforderlich ist, S. 3.

<sup>8</sup> S. zur Einwilligung *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, WP 259 - Guidelines on Consent under Regulation 2016/679 v. 28.11.2017.

Diese Auffassung steht im Einklang mit dem europäischen Rechtsverständnis zu Artikel 5 Absatz 3 der ePrivacy-Richtlinie.<sup>9</sup> Im überwiegenden Teil der EU-Mitgliedsstaaten wurde die ePrivacy-Richtlinie vollständig in nationales Recht umgesetzt<sup>10</sup> oder die Aufsichtsbehörden fordern schon heute ein „Opt-in“ entsprechend Artikel 5 Absatz 3 der Richtlinie. Da die Verweise in der ePrivacy-Richtlinie auf die Datenschutzrichtlinie gemäß Artikel 94 Absatz 2 DSGVO als Verweise auf die DSGVO gelten, **muss eine Einwilligung i. S. d. ePrivacy-Richtlinie europaweit ab dem 25.05.2018 den Anforderungen an eine Einwilligung nach der DSGVO genügen. Um in Zukunft einen einheitlichen Vollzug europäischen Datenschutzrechts zu gewährleisten, muss sichergestellt werden, dass auch Verantwortliche in Deutschland diese datenschutzrechtlichen Anforderungen umsetzen.**

Dieses Papier wird unter Berücksichtigung der Entwicklungen auf europäischer Ebene fortgeschrieben.

---

<sup>9</sup> *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, WP 194 - Stellungnahme 04/2012 zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht v. 07.06.2012.

<sup>10</sup> *European Commission, Directorate-General of Communications Networks, Content & Technology*, ePrivacy Directive: assessment of transposition, effectiveness and compatibility with proposed Data Protection Regulation v. 31.01.2015, Contract number: 30-CE-0629642/00-85, SMART 2013/0071, doi: 10.2759/411362.