



Gesellschaft für Datenschutz
und Datensicherheit e.V.

GDD-Praxishilfe ePrivacy I

Aktueller Stand & Veränderungen durch die DS-GVO



1. Bisherige Rechtslage

1.1 Die ePrivacy-Richtlinie (2002)	4
1.2 Die „Cookie-Richtlinie“ (2009)	4

2. Die ePrivacy-VO kommt

2.1 Ursprüngliche Planung der EU	4
2.2 Konstruktion der ePrivacy-VO als lex specialis	4
2.3 Regelungsinhalte der ePrivacy-VO	5
2.4 Zulässige Datenverarbeitung nach ePrivacy-VO	6

3. Übergang: Was gilt nach der DS-GVO und vor der ePrivacy-VO

3.1 Allgemeines Verhältnis zwischen DS-GVO und ePrivacy-RL in der Zwischenphase	6
3.2 Anwendungsvorrang für welche Spezialgesetze?	6
3.3 Regulierung von Cookies bis zur Anwendbarkeit der ePrivacy-VO	7

Aktueller Stand & Veränderungen durch die DS-GVO

Seit dem 25. Mai 2018 ist die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) anwendungspflichtig. Auf Grund der Wahl einer Verordnung als unionsrechtlicher Rechtsakt gilt diese in der gesamten Euro-päischen Union (EU) unmittelbar und genießt einen Vorrang vor dem nationalen Recht. Mit diesem Tag begann aber auch die zeitliche Lücke zwischen DS-GVO und der noch ausstehenden ePrivacy-VO, die nach ursprünglicher Planung zum gleichen Tag hin anwendbar sein sollte. Das bereichsspezifische Datenschutzrecht für elektrische Kommunikation ist bislang durch die ePrivacy-Richtlinie geregelt, die in Deutschland im TKG, TMG und UWG umgesetzt wurde. Um das Verhältnis zwischen der DS-GVO und der ePrivacy-Richtlinie klarzustellen, sollte die Richtlinie durch die ePrivacy-VO ersetzt werden. Keiner weiß momentan, wie die ePrivacy-VO am Ende genau aussehen wird. **Sicher ist nur: trotz Änderung des übergeordneten Datenschutzrechts durch die DS-GVO seit Mai diesen Jahres bleiben TKG und TMG unberührt.**

1. Bisherige Rechtslage

1.1 Die ePrivacy-Richtlinie (2002)

Die Richtlinie 2002/58/EG (ePrivacy-RL) regelt den Datenschutz bei der elektronischen Kommunikation und schafft Vertiefungen und Ergänzung gegenüber der EG-Datenschutzrichtlinie aus dem Jahr 1995, der Vorgängerbestimmung der DS-GVO. Ziel des Rechtsakts ist die vertrauliche Kommunikation zum Schutz Privatsphäre in diesem Bereich. Die ePrivacy-RL regelt insbesondere die klassischen Telekommunikationswege (Telefon oder SMS). Darüber hinaus verfolgt die Richtlinie den Erwägungsgründen nach auch die Regelung von Zusatzdiensten. Gleichwohl ist umstritten, ob die ePrivacy-RL auch im Internet verfügbare Dienste regelt. Der Sekundärrechtsakt differenziert nicht wie in Deutschland zwischen Telekommunikations- und Telemediendiensten.

1.2 Die „Cookie-Richtlinie“ (2009)

Mit der sog. „Cookie-RL“ (RL 2009/136/EG) möchte die EU die personenbezogenen Daten der Internetnutzer stärker schützen. Grundsätzlich unterscheidet die EU hierbei zwischen technisch notwendigen und nicht notwendigen Cookies. Die ePrivacy-RL wurde in der Konsequenz u.a. um Art. 5 Abs. 3 ergänzt und umfasst seitdem ausdrückliche Regelungen für die Verwendung von Informationen, insbesondere dem Einsatz von Cookies.

2. Die ePrivacy-VO kommt

2.1 Ursprüngliche Planung der EU

Nach ursprünglicher Planung der EU sollte die ePrivacy-VO gleichzeitig mit der DS-GVO zur Anwendung kommen. Der Überarbeitungsbedarf beider Vorläuferrechtsakte war evident. So soll die DS-GVO als allgemein geltendes Datenschutzrecht auch zukünftig von spezialgesetzlichen Vorschriften für den Bereich elektronischer Kommunikation ergänzt werden. Momentan gibt es zur ePrivacy-VO nur Entwürfe der Kommission und eine Entschließung des Europäischen Parlaments. Mit der noch ausstehenden Positionierung des Rats ist realistischere Weise nicht vor Herbst 2018 zu rechnen. Daran schließt sodann der Trilog an, der die ePrivacy-VO final beschließen wird. Verhandlungsgegenstand wird u.a. auch wieder eine mögliche Übergangsfrist sein, deren Länge zurzeit niemand kennt. **Vor Anfang 2020 wird die ePrivacy-VO in der Konsequenz aller Voraussicht nach keine Geltung entfalten.**

2.2 Konstruktion der ePrivacy-VO als *lex specialis*

Die ePrivacy-RL stellt das telekommunikationsrechtliche Sonderregime gegenüber dem allgemeinen unionsrechtlichen Datenschutzrecht dar, was bislang von der EG-Datenschutzrichtlinie aus dem Jahr 1995 ausging und zukünftig unmittelbar von der DS-GVO verkörpert wird. Gleichermaßen soll die ePrivacy-VO Sondervorschriften für Dienste der elektronischen Kommunikation enthalten und in dieser Hinsicht die DS-GVO ergänzen. In dieser

Funktionsweise ist die ePrivacy-VO als *lex specialis* ggü. der DS-GVO zu qualifizieren, in Analogie zum derzeitigen Verhältnis des TKG oder TMG zum BDSG. Das bereichsspezifische Recht geht dem allgemeinen Datenschutzrecht vor.

Nicht außer Acht zu lassen, ist der eigenständige Regelungsgehalt der ePrivacy-VO, der rein ergänzenden und keinen konkretisierenden Charakter im Verhältnis zur DS-GVO besitzt. In dieser Regelungsgestalt stellt die ePrivacy-VO keine *lex specialis* zur DS-GVO dar.

Im Ergebnis wird das Zusammenspiel von ePrivacy-VO und DS-GVO eine komplexe Angelegenheit. Zur verschiedenen Regelungsweise tritt nämlich noch hinzu, dass auch der Anwendungsbereich beider Sekundärrechtsakte divergiert. Die ePrivacy-VO schützt anders als die DS-GVO natürliche und juristische Personen. Dagegen hat die DS-GVO ausschließlich den Schutz personenbezogener Daten von natürlichen Personen zum Regelungsgegenstand. Die ePrivacy-VO kann deswegen immer nur dann *lex specialis* zur DS-GVO darstellen, wenn nicht nur eine Kongruenz des Regelungs-, sondern auch des Anwendungsbereichs gegeben ist. Anders herum bedarf es dort einer regelungstechnischen Ausfüllung durch allgemeines Datenschutzrecht, wo das bereichsspezifische Recht den entsprechenden Regelungsbereich nicht abschließend zu regeln vermag. Für juristische Personen lässt sich aber nicht so leicht auf die Grundverordnung als ergänzendes Recht zurückgreifen. Zulässig wird ein solches Gebaren nur dort sein, wo eine ausdrückliche Verweisung der ePrivacy-VO vorzufinden ist. Die Konstruktion der ePrivacy-VO erscheint deswegen in keiner Hinsicht konsistent.

2.3 Regelungsinhalte der ePrivacy-VO

Regelungsgegenstand der ePrivacy-VO ist der gesamte Bereich der elektronischen Kommunikation. Zum Schutz der Privatsphäre von Bürgerinnen und Bürgern wird die Vertraulichkeit der elektronischen Kommunikation und die Verarbeitung von elektronischen Kommunikationsdaten von ihr gesetzlich ausgestaltet. Das Recht will damit den sämtlichen bestehenden Kommunikationswegen Regeln geben. Aus diesem Grund werden wohl noch mehr Unternehmen als bei der DS-GVO betroffen sein, weil jedes Unternehmen an der Kommunikation auf elektronischem Weg Teil hat. Im Besonderen wird die gesamte Online-Branche mit den regulatorischen Anforderungen konfrontiert sein. Die ePrivacy-VO gilt wie bisher für klassische Kommunikationsdienste, aber zukünftig auch für „Over-the-top“ (OTT)-Dienste. Darunter fallen alle internetbasierten Kommunikationsdienste wie zum Beispiel die Branchenriesen whatsapp oder Facebook-Messenger. Prominent diskutiert werden immer wieder die Vorgaben zum Setzen von Cookies. **Die geplante Regulierung hat insbesondere Auswirkungen auf Reichweitenanalyse und den Einsatz von Tracking-Tools z.B. für Werbezwecke, da mithilfe solcher Cookies und anderen Tracking-Verfahren das Nutzerverhalten im Internet erfasst werden kann.** Weitere spezifische Anwendungsbereiche der ePrivacy-VO sind u.a. das Offline-Tracking, die Reichweitenmessung oder die machine-to-machine (M2M)-Kommunikation, wie z.B. bei vernetzten Autos.

2.4 Zulässige Datenverarbeitung nach ePrivacy-VO

Die Verarbeitung von Kommunikationsdaten wird den Entwürfen nach im Wesentlichen nur zulässig sein, wenn es zur Dienstleistung oder aus Sicherheitsgründen erforderlich ist. Wie üblich im Datenschutzrecht kann die rechtmäßige Datenverarbeitung auch aufgrund einer Einwilligung des Nutzers erfolgen. Nach den Entwürfen zur ePrivacy-VO ist eine Verarbeitung von Kommunikationsdaten aufgrund berechtigter Interessen des Verantwortlichen nicht möglich und macht einen Rückgriff auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO damit unmöglich. Im Ergebnis erscheint die Verarbeitung der Kommunikation stark eingeschränkt.

3. Übergang: Was gilt nach der DS-GVO und vor der ePrivacy-VO?

3.1 Allgemeines Verhältnis zwischen DS-GVO und ePrivacy-RL in der Zwischenphase

Seit dem 25. Mai 2018 regelt die DS-GVO grundsätzlich alle Verarbeitungen personenbezogener Daten aus allen Bereichen. Auf Grund des unmittelbar anwendbaren Rechtsakts ist die DS-GVO auch gegenüber allen Umsetzungsnormen der ePrivacy-RL im TKG vorrangig anzuwenden. Gleichwohl spricht die Grundverordnung selbst in ErwG. 173 davon, den ePrivacy-Rechtsakt anzupassen, um das Verhält-

nis zwischen dem bereichsspezifischen Recht und der DS-GVO klarzustellen. Bis dies ist erreicht ist, soll nach Art. 95 DS-GVO die Grundverordnung im Anwendungsbereich ePrivacy-RL keine Anwendung finden, sofern Spezialregelungen existieren.

3.2 Anwendungsvorrang für welche Spezialgesetze?

Dieser Anwendungsvorrang von Spezialrecht gilt nur grundsätzlich, nicht aber pauschal. Die bereichsspezifischen Datenschutzregeln müssen dafür in den Anwendungsbereich des Art. 95 DS-GVO fallen. Dieser ist nur dann eröffnet, wenn die Datenverarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste erfolgt und es sich bei der nationalen Regelung um einen formellen Umsetzungsakt der ePrivacy-RL handelt. Im Kollisionsfall gehen nationale bereichsspezifische Datenschutzregeln nur dann vor, wenn sie – neben anderen zu erfüllenden Kriterien – eine Umsetzung der ePrivacy-RL verkörpern. Obwohl die DS-GVO keine Sondervorschriften für Telemediendienste beinhaltet, gilt sie gegenüber den Datenschutzvorschriften im TMG vorrangig, da Letztere nicht von der ePrivacy-RL ausgehen. Telemediendienste, die wie E-Mail-Dienste nicht überwiegend Signale übertragen, sondern überwiegend Inhalte (Homepage-Betreiber, Facebook, Youtube, WhatsApp), unterfallen der ePrivacy-RL nicht. Vielmehr stellen diese Vorschriften in der Regel eine Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie dar.

3.3 Regulierung von Cookies bis zur Anwendbarkeit der ePrivacy-VO

Unternehmer müssen gegenwärtig schon vor der ePrivacy-VO fürchten, dass Informationen auf Endgeräten nicht mehr rechtmäßig gespeichert werden können oder darauf zugegriffen werden kann. Nach überwiegender Auffassung erfordert das Setzen technisch notwendiger Cookies zumindest keine Einwilligung des Nutzers. Gleichwohl ist nach den Datenschutzbestimmungen gem. Art. 12 und 13 DS-GVO umfassend über die Datenverarbeitung zu informieren. Dies gilt nur, soweit am Beispiel für Cookies der Inhalt ein personenbezogenes Datum ist. Für die weitergehende Nutzung von Cookies auf Internetseiten, wie etwa zur Reichweitenmessung oder Profilerstellung, ist die anwendbare Rechtsgrundlage nicht ganz offenkundig. Wie vorstehend beschrieben treten die datenschutzrechtlichen Regeln zur Einwilligung im TMG hinter den Anwendungsvorrang der DS-GVO zurück. Erst mit der Anwendbarkeit ePrivacy-VO wird die DS-GVO wieder von der lex specialis abgelöst, doch bis dahin gilt sie auf Grund der Wahl des unionsrechtlichen Rechtsakts nach Art. 288 AEUV als Verordnung unmittelbar. Folglich kommen als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Diensteanbieter von Telemedien die Legitimationstatbestände des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO in Betracht: die Einwilligung (lit. a), der Vertrag (lit. b) sowie das berechtigte Interesse (lit. f) in Betracht. Der Meinung der DSK nach kann das Tracking von Nutzern wie z.B. durch Analyse-Tools wie Google Analytics oder durch Werbetracker nur noch durch eine explizite Einwilligung des Nutzers gem. Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO legitimiert werden, auch wenn es le-

diglich in pseudonymisierter Form erfolgt. Werbung, damit auch Direktwerbung, stellt jedoch nach nach ErwG. 47 S. 7 DS-GVO ein berechtigtes Interesse im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO dar, das dem Regelungsverständnis der DS-GVO nach jedenfalls grundsätzlich nicht von einer Einwilligung abhängig ist.

Wenn die Direktwerbung ein berechtigtes Interesse des werbenden Unternehmens sein kann, muss in der Konsequenz auch das pseudonymisierte Tracking von Nutzerverhalten als weniger stark in das Persönlichkeitsrecht eingreifende Maßnahme grundsätzlich zulässig sein. Die Anzeige etwaiger zielgerichteter Werbung im Internet ist in der Regel transparent für die betroffene Person. Insofern bestehen gerade bei pseudonymer Nutzung der personenbezogenen Daten der betroffenen Person für die Zwecke des Online-Marketings und der Online-Werbung keine Bedenken, im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO die Abwägung zu Gunsten des Verantwortlichen zuzulassen. Diese Wertung des Verordnungsgebers knüpft an die vorherige Datenschutzregelung der EU an. WP 214 der Art. 29-Gruppe bezog sich noch auf die EG-Datenschutzrichtlinie und brachte zum Ausdruck, bei der Interessenabwägung auf die Intensität des Eingriffs durch Werbung abzustellen. Danach dürften Cookies im Rahmen der Werbung, die keine sensiblen Daten betreffen und nicht auf Personenbezug schließen lassen (wie sie vor der DS-GVO auch nach § 15 Abs. 3 TMG gestattet waren), ein berechtigtes Interesse der im Internet agierenden Unternehmer darstellen. Gegen diese Auffassung spricht aus Sicht der Aufsicht dem Vernehmen nach die Wertung des Art. 5 Abs. 3 RL 2002/58/EG. Hier ist unionsweit eine Opt-in-Einwilligung vorgesehen, die sich auch auf Cookies erstreckt und die im Zuge der noch viel diskutieren

Entwurfss Fassungen zur ePrivacy-Verordnung für den Bereich der „Online-Ebene“ vorgesehen sind. Aus diesem Grund soll das Einwilligungserfordernis der ePrivacy-Richtlinie nach Ansicht der Aufsicht schon mit Anwendbarkeit der DS-GVO die Auslegung der Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f mit der Folge bestimmen, dass jede Form von Cookies auch datenschutzrechtlich ein Einwilligungserfordernis voraussetzt. Diese Auffassung verkennt jedoch, dass der Anwendungsbereich der DS-GVO klar von dem der ePrivacy-RL abzugrenzen ist und in ErwG 173 der DS-GVO eine Anpassung der Richtlinie zur Herstellung der Kohärenz mit der Datenschutzrichtlinie verlangt ist. Weil die datenschutzrechtliche Wertung im Sinne der DS-GVO für Cookies im Rahmen der Interessenabwägung gerade keine Einwilligung erfordert, überspannt die letztgenannte Position den Willen des Ordnungsgebers, der bis zur Anwendbarkeit der ePrivacyVO nach Art. 95 DS-GVO und ErwG 173 der DS-GVO als *lex specialis* Vorrang vor der ePrivacyRL zuspricht.

Entscheidend für die Zulässigkeit nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO ist letztlich, welche Ziele bei der Datenverarbeitung verfolgt werden, damit die Interessenabwägung zur Zulässigkeit führt. Sofern Daten in Verbindung mit Personendaten von Nutzern gebracht werden oder Daten über ein umfassendes Werbenetzwerk hinweg erhoben werden, lässt sich die Beeinträchtigung des Betroffenen als erheblich qualifizieren, da hiermit die Gefahr einer Profilbildung einhergeht. Selbiges lässt sich auch auf Grund der höheren Schutzbedürftigkeit für die an Kinder gerichtete Werbung feststellen. Zumindest die an Kinder gerichteten Online-Dienste können nicht mit einem Tracking-Cookie versehen werden, da hier die schutzwürdigen Interessen des Minderjäh-

rigen denen des Geschäftstreibenden überwiegen werden. Die beim Online-Tracking webseiten- und sogar geräteübergreifend erstellten Nutzungsprofile sind hingegen grundsätzlich nicht derart schwerwiegend, dass sie „die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen“ und eine Rechtmäßigkeit i.S.d. Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO ausschließt. Gerade im Bereich des Online-Marketings, einschließlich Re-Targeting oder Real Time Bidding, besteht beim durchschnittlichen Anwender grundsätzlich ein entsprechendes Bewusstsein dafür, dass seine personenbezogenen Daten bei der Nutzung von Webseiten und Online-Diensten – auch zur Finanzierung dieser zumeist kostenlosen Angebote – mitunter werblich genutzt werden. Durch die Pseudonymisierung wird den schutzwürdigen Interessen der Nutzer Rechnung getragen. Eine maßgebliche Veränderung schafft die DS-GVO dahingehend, dass die Verarbeitungstätigkeit einschließlich der Übermittlung an Dritte im Rahmen der Informationspflichten transparent darzustellen ist. Jedenfalls muss der betroffenen Person klar sein, dass bestimmte Daten pseudonymisiert durch den Verantwortlichen und einer entsprechenden Zahl von Dienstleistern genutzt werden. Die zuvor aufgeführten Überlegungen zum Direktmarketing und zur Profilbildung führen dazu, dass – soweit nicht die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation betroffen ist – Online-Marketing und Online-Werbung auch im Rahmen der DS-GVO ohne Einwilligung des Betroffenen möglich bleibt. Danach dürften Cookies im Rahmen der Werbung, die keine sensiblen Daten betreffen und nicht auf Personenbezug schließen lassen, ein berechtigtes Interesse der Unternehmen darstellen.

Bis der zu dieser Rechtsfrage angerufene EuGH hierzu Klarheit schafft, kann Rechtssicherheit nur dann gegeben sein, wenn der strengen Auffassung der Aufsicht Rechnung getragen wird und ab dem 25.05.2018 Einwilligungen für das Setzen von Cookies eingeholt werden. Die eine Datenverarbeitung erlaubende Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO bestimmt sich zukünftig unmittelbar nach Art. 7 DS-GVO. Diese ist neben vielen weiteren Kriterien vor allem in informierter Weise und freiwillig vom Nutzer zu erteilen und im Sinne der von der DS-GVO ausgehenden Rechenschaftspflicht vom Verantwortlichen zu dokumentieren. Dennoch muss sich eine praxisnahe Rechtsanwendung an dem Regelungsverständnis der DS-GVO orientieren, die den Einsatz von Tracking-Tools stringent aus einer Interessenabwägung begründet. Solange eine Direktwerbung durch Tracking pseudonymisiert erfolgt und keinen unmittelbaren Rückschluss auf sensible Daten zulässt, ist sie als berechtigtes Interesse im Rahmen einer Interessenabwägung nach der DS-GVO zulässig. Gerade die Rechtsunsicherheiten, die aus dem sich verzögernden Gesetzgebungsverfahren der ePrivacy-VO sowie den derzeitigen im TMG geltenden Regelungen folgen, sollten nicht vorschnell zu strenge Maßstäbe zu Lasten der Anbieter und Nutzer nach sich ziehen, sondern den Weg für praxisnahe und rechtssichere Lösungen aufzeigen.



Gesellschaft für Datenschutz
und Datensicherheit e.V.

Satz: C. Wengenroth, GDD-Geschäftsstelle, Bonn

Herausgeber:

Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD e.V.)

Heinrich-Böll-Ring 10

53119 Bonn

Tel.: +49 2 28 96 96 75-00

Fax: +49 2 28 96 96 75-25

www.gdd.de

info@gdd.de

Stand:

Version 1.0 (August 2018)