

Dezember 2019

7. Jahrg.

84364

Seite 159–214

InTeR

Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht

4

Herausgegeben von

Jürgen Ensthaler
Stefan Müller
Dagmar Gesmann-
Nuissl

Herausgeberbeirat

Wilhelm-Albr. Achilles
Hans-Jürgen Ahrens
Udo di Fabio
Lars Funk
Thomas Klindt
Roman Reiss
Philipp Reusch
Franz Jürgen Säcker
Klaus Schülke
Christian Steinberger
Walther C. Zimmerli
Klaus J. Zink

Schriftleitung

Lehrstuhl für
Wirtschafts-,
Unternehmens- und
Technikrecht an der
Technischen
Universität Berlin

In Verbindung mit

VDI – Verein Deutscher Ingenieure e. V.

- Univ.-Prof. Dr. jur. Dr. Jürgen Ensthaler*
159 **Industrie 4.0 und die Erzeugung von hochflexiblen Kooperationsbeziehungen zwischen Unternehmen**
Elisa Wehling
160 **Der Einsatz von Cookies nach dem Kommissions-Entwurf der EU – E-Privacy-Verordnung – ein Fortschritt im Vergleich zur aktuellen Rechtslage?**
Viktoria Lehner, LL.M., Düsseldorf
166 **Regulierung der Datenkommunikation in intelligenten Energienetzen**
Eva Ametsbichler, München
169 **Rechtliche Fragestellungen beim Einsatz von „Smart-Home“-Technologie**
Friederike Wilde-Detmering, München
174 **Der Tracker im Trecker – Rechtliche Herausforderungen auf dem Weg zur Landwirtschaft 4.0**
Dr. Neven Josipovic
179 **Die anstehende Weiterentwicklung der UNECE-Regeln und ihre Bedeutung für das hoch- und vollautomatisierte Fahren**
Dennis Bernhardt, LL.M., Berlin
184 **Auf dem Holzweg? Die EU-Holzhandelsverordnung in der Praxis**
190 **Rezension**
Univ.-Prof. Dr. Dagmar Gesmann-Nuissl
190 **Rechtsprechungsreport „Innovations- und Technikrecht“**
213 **InTeRessantes**

gen Geld) der Vertrag wegen der Divergenz bei einer Nebenbestimmung scheitert.

3. a) Für Ausschreibungsverfahren, die auch Anbieter einbeziehen wollen, deren AGB konträr zu den eigenen sind, kommt nur ein interaktives Verfahren in Betracht.

Dieses Verfahren entspricht den realen (traditionell so geführten) Vertragsverhandlungen und kann verhindern, dass wegen nur geringer Divergenzen bei den Nebenbestimmungen und trotz voller Übereinstimmung bei den Hauptpflichten der Vertragsschluss scheitert.

b) Danach können eingehende Angebote auf der Grundlage bestimmter Abgleiche zwischen eigenen und fremden Nebenbestimmungen eingeordnet werden. Soweit der akzeptierte Teil von Bedeutung (Indiz für eine vollständige Einigung ist) ist, kann unter Erklärung dieser Tatsache all das benannt werden, was noch für einen Vertragsschluss erforderlich ist, also welche AGB (Nebenbestimmungen) nicht akzeptiert werden und die gewollten AGB werden benannt.

c) Dieser Interaktionsprozess kann beliebig verlängert werden. Es wird z. B. vom zuerst Anbietenden nur ein Teil der vom ursprünglich Auffordernden genannten AGB anerkannt und er verlangt seinerseits Anerkennung der übrigen von ihm gewollten AGB; dann liegt wieder ein neues

Angebot vor, auf das der zuerst Auffordernde die Annahme erklären oder aber nun endgültig ablehnen oder wiederum ein neues Angebot abgeben kann usw.

d) Geklärt ist bei diesen interaktiven Ausschreibungsverhandlungen allerdings nicht, zu welchen Reaktionen die Algorithmen in der Lage sind bzw., sein sollen: Was können diese verstehen und wie können sie reagieren?

Denkbar wäre, dass die ausschreibende, Angebote einholende Stelle ein Raster der Aufgabenbeschreibung beifügt, in dem die zahlreichen Nebenbestimmungen (Verzug, Unmöglichkeit, Lieferkosten, Regress usw.) vorgedacht und benannt werden und zwar mit denkbaren, in der Branche üblichen Modifikationen und der Adressat der Aufforderung angewiesen wird, die zuvörderst benannten AGB zu akzeptieren oder eine der Modifikationen zu wählen. Auf dieser Grundlage kann das Programm des Ausschreibenden die Modifikationen lesen und bei entsprechender Programmierung reagieren, durch Ablehnung oder ein neues Angebot oder auch Zustimmung.

*Univ.-Prof. Dr. jur. Dr. Jürgen Ensthaler**

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf Seite III.

Aufsätze

Elisa Wehling*

Der Einsatz von Cookies nach dem Kommissions-Entwurf der EU – E-Privacy-Verordnung – ein Fortschritt im Vergleich zur aktuellen Rechtslage?

Eine Partizipation am gesellschaftlichen Leben ist heutzutage ohne die Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel nicht mehr denkbar. Dabei werden eine Vielzahl elektronischer Kommunikationsdaten erzeugt, einerseits, um den Kommunikationsvorgang technisch zu ermöglichen. Andererseits haben eine Vielzahl von Stakeholdern ein Interesse an den Kommunikationsdaten, z. B. um wertvolle Erkenntnisse für die Marktforschung zu ziehen, neue Geschäftsmodelle zu entwickeln und Produkte (noch wirkungsvoller) gegenüber dem Nutzer eines Kommunikationsmittels bewerben zu können.

I. Einleitung

Vertraulichkeit der Kommunikation stellt sowohl ein Grundrecht aus der deutschen Verfassung¹ als auch ein

europäisches Grundrecht² dar und ist Voraussetzung für andere demokratische Rechte und Freiheiten wie etwa Meinungs-, Religions- und Versammlungsfreiheit.³

Im Januar 2017 hat die EU-Kommission daher einen 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) vorgelegt („ePrivacy-VO“).

* Mehr über die Autorin erfahren Sie auf Seite III.

1 Art. 10 GG.

2 Art. 7 der Charta der Europäischen Union, Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention.

3 Sippel, ePrivacy – aktuelle Entwicklungen aus einer parlamentarischen Perspektive, ITRB 2019, 115.

Im Folgenden werden die einschlägigen Regelungen zum Einsatz von Cookies durch Diensteanbieter nach der ePrivacy-VO und nach aktuell geltendem Recht dargestellt und beleuchtet, ob die dazu geplanten Regelungen in der ePrivacy-VO einen Fortschritt zur aktuellen Rechtslage darstellen.

II. Aktueller Stand der ePrivacy-VO

Die ePrivacy-VO sollte ursprünglich gemeinsam mit der bereits am 25.5.2018 wirksam gewordenen Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG („DSGVO“) wirksam werden⁴ und diese ergänzen: Während die DSGVO ausschließlich personenbezogene Daten schützt, soll die ePrivacy-VO die Vertraulichkeit elektronischer Kommunikation als Ganzes absichern, also auch Schutz der nicht personenbezogenen Daten bewirken. Zudem schützt die ePrivacy-VO im Unterschied zur DSGVO nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen.⁵

Wann jedoch mit dem Erlass der ePrivacy-VO zu rechnen ist, ist unklar. Das EU-Parlament hat zwar seine Position bereits im Herbst 2017 festgelegt, allerdings wird der Entwurf im Europäischen Rat als Vertretung der nationalen Fachminister seit über zwei Jahren ohne Erfolg diskutiert.⁶ Die Ergebnisse der letzten Sitzung des EU-Rates vom 9.9.2019 hierzu sind noch nicht bekannt. Die sog. Trilogverhandlungen zwischen Europäischem Parlament, Europäischem Rat und der Europäischen Kommission können erst dann beginnen, wenn sich sowohl EU-Parlament als auch die Mitgliedstaaten durch den EU-Rat positioniert haben.

Bisher ist eine zweijährige Umsetzungsfrist vorgesehen,⁷ sodass wohl vor 2022 nicht mehr mit einer Anwendung der ePrivacy-VO zu rechnen ist.

III. Regelungsinhalte der ePrivacy-VO

Die ePrivacy-VO ist in erster Linie Ausprägung des Fernmeldegeheimnisses aus Art. 7 der Charta der Europäischen Union und Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention. In der deutschen Verfassung ist das Fernmeldegeheimnis in Art. 10 GG verankert. Das Fernmeldegeheimnis adressiert die Anbieter des jeweiligen Kommunikationsdienstes („Diensteanbieter“) und schützt die individuelle Kommunikation über Fernmeldeeinrichtungen, wie bspw. Telefon, Fax, E-Mail und Voice over IP-Telefonie.

Zudem regelt die ePrivacy-VO den Einsatz von Cookies und Trackingmechanismen.

Darüber hinaus hält die ePrivacy-VO Regelungen zur Rufnummernanzeige und zu öffentlichen Verzeichnissen sowie Direktwerbung bzw. unerbetene Kommunikation bereit.⁸

IV. Der Einsatz von Cookies

Cookies sind Textdateien, mittels derer ein Webserver Informationen auf dem Endgerät des Nutzers ablegt. An-

hand dieser Informationen kann der Webserver den Rechner immer wieder identifizieren. Cookies erlauben eine komfortable Nutzung von Webseiten und Apps. So bleiben bspw. Waren beim Weitersurfen im Warenkorb, vom Nutzer getätigte Voreinstellungen bleiben bestehen und müssen nicht immer wieder neu eingegeben werden und der Nutzer bleibt bei einer verschlüsselten Verbindung angemeldet. Sie ermöglichen jedoch auch eine umfassende Analyse des Nutzerverhaltens, um bspw. individuelle Werbung anzeigen zu können oder Marktforschung zu betreiben.⁹

Im Folgenden wird unterschieden zwischen technisch notwendigen Cookies und (anderen) Tracking-Cookies.

Ohne die technisch notwendigen Cookies ist die Anwendung nicht funktionsfähig oder besonders nutzerunfreundlich, bspw. weil eine Webseite nicht angezeigt werden kann oder Eingaben in den einzelnen Schritten eines Bestellvorgangs nicht für den nächsten Bestellschritt gespeichert werden können (wie etwa Waren im Einkaufskorb, Bezahl-daten oder Lieferanschrift).

Für darüber hinaus gehende Zwecke eingesetzte Cookies werden im Folgenden kurz als Tracking-Cookies bezeichnet. Sie können also von Diensteanbietern und Dritten zu ganz verschiedenen (meist eigenen wirtschaftlichen) Zwecken genutzt werden, wie bspw. für die Anzeige von für den Nutzer aufgrund seines Surfverhaltens besonders relevanter Werbung oder die Analyse des Nutzerverhaltens zu Marktforschungszwecken.

Zwangsläufig werden beim Einsatz von Cookies personenbezogene Daten der Nutzer verarbeitet, für welche nach geltendem Recht eine Rechtsgrundlage benötigt wird. Nach dem aktuellen Entwurf der ePrivacy-VO werden zudem auch nicht personenbezogene Daten geschützt, welche im Rahmen der Dienstenutzung und Online-Kommunikation anfallen, weshalb künftig auch für die Verarbeitung solcher etwaiger nicht personenbezogener Daten eine Rechtsgrundlage benötigt wird.

1. Aktuelle Rechtslage

a) *Technisch notwendige Cookies*

Als Rechtsgrundlage für eine Datenverarbeitung im Zusammenhang mit dem Einsatz der technisch notwendigen Cookies durch den Diensteanbieter kommen § 15 Abs. 1 TMG, sowie Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a, b und f DSGVO in Betracht.

aa) *Anwendbarkeit des § 15 Abs. 1 TMG*

Fraglich ist jedoch, ob § 15 Abs. 1 TMG nach Wirksamwerden der DSGVO noch gilt. Nach wohl herrschender Meinung enthält die DSGVO gegenüber den §§ 11 ff. TMG die vorrangigen Regeln zum Datenschutz und verdrängt daher

⁴ Vgl. Kapitel VII der ePrivacy-VO.

⁵ Ziffer 2.1 der Verordnungsbegründung, Erwägungsgründe 3 und 8 der ePrivacy-VO, Art. 1 ePrivacy-VO.

⁶ Sippel, ePrivacy – aktuelle Entwicklungen aus einer parlamentarischen Perspektive, ITRB 2019, 115.

⁷ Laut Aussage der Bundesregierung in BT-Drs. 19/6709, S. 3.

⁸ Kapitel III der ePrivacy-VO: Rechte natürlicher und juristischer Personen in Bezug auf die Kontrolle über ihre elektronische Kommunikation.

⁹ <https://www.test.de/Internet-Cookies-die-wichtigsten-Fragen-4343964-0/> (zuletzt abgerufen am 1.10.2019).

die Datenschutzregeln des TMG.¹⁰ Teilweise wird dies jedoch auch anders gesehen.¹¹

Die Normen des TMG können dann noch anwendbar sein, wenn sie der Umsetzung der Richtlinie 2002/58/EG für die Elektronische Kommunikation („EK-DSRL“) dienen. Dies ergibt sich aus Art. 95 DSGVO, welcher das Verhältnis der DSGVO zu diesen Normen regelt. Gemäß Art. 95 DSGVO sollen den Diensteanbietern in öffentlichen Kommunikationsnetzen keine zusätzlichen Pflichten auferlegt werden, soweit sie besonderen Pflichten aus der EK-DSRL unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen. Gerade in Deutschland ist jedoch seit Jahren umstritten, ob die EK-DSRL überhaupt in Gänze umgesetzt wurde.¹²

Sowohl die Europäische Kommission als auch die deutsche Bundesregierung gehen offenbar davon aus, dass Art. 5 Abs. 3 EK-DSRL durch die Regelungen der §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 und 15 Abs. 1 TMG im deutschen Recht umgesetzt ist.¹³ Anderer Ansicht sind insbesondere die Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder. Nach ihrer Auffassung setzt das TMG die europarechtlichen Vorgaben nur unvollständig in deutsches Recht um.¹⁴

Art. 5 Abs. 3 EK-DSRL enthält folgende Regelung:

„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. über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine Einwilligung gegeben hat. Dies steht einer technischen Speicherung oder dem Zugang nicht entgegen, wenn der alleinige Zweck die Durchführung der Übertragung einer Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz ist oder wenn dies unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich gewünscht wurde, diesen Dienst zur Verfügung stellen kann.“¹⁵

Mit Blick auf die Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 EK-DSRL, der die Speicherung von und den Zugriff auf Informationen und damit auch personenbezogene Daten umfasst, dürfte daher zunächst keine absolute Klarheit bestehen, ob die von der Bundesregierung angeführten Vorschriften (§§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 und 15 Abs. 1 TMG) den Regelungen der DSGVO als Umsetzung der EK-DSRL vorgehen. Gefordert wird eine Einwilligung. Wie genau diese jedoch abgegeben werden kann, wird nicht weiter ausgeführt. Zudem lässt die Formulierung des Art. 5 Abs. 3 S. 2 EK-DSRL Interpretationsspielraum hinsichtlich der Nutzung technisch notwendiger Cookies offen. Im Folgenden wird daher sowohl die Rechtslage nach § 15 Abs. 1 TMG als auch nach DSGVO betrachtet, um schlussendlich Wege aufzuzeigen, wie Diensteanbieter derzeit mit der Situation umgehen können.

bb) Datenverarbeitung nach § 15 Abs. 1 TMG

§ 15 Abs. 1 TMG besagt, dass ein Diensteanbieter von Telemedien Daten eines Nutzers verarbeiten darf, soweit dies erforderlich ist, um die Inanspruchnahme von Telemedien zu ermöglichen und abzurechnen.

Diese Daten werden im TMG als Nutzungsdaten bezeichnet und umfassen insbesondere Merkmale zur Identifikation des Nutzers, Angaben über Beginn und Ende sowie den Umfang der jeweiligen Nutzung und Angaben über die vom Nutzer in Anspruch genommenen Telemedien. Bei dieser Aufzählung handelt es sich nicht um eine abschließende Aufzählung. Zu den Nutzungsdaten zählen somit alle personenbezogenen Daten, welche notwendigerweise zur Nutzung des Dienstes durch den Diensteanbieter erhoben und verwendet werden müssen, wie z.B. die IP-Adresse oder – soweit im Einzelfall erforderlich – eindeutige Kennnummern oder der Standort. Für die Erbringung des Dienstes ist die Erhebung und Verwendung dieser Nutzungsdaten zulässig.¹⁶ Soweit für Abrechnungszwecke erforderlich, darf der Diensteanbieter solche Nutzungsdaten über die Inanspruchnahme verschiedener Telemedien auch zusammenführen. Telemedien sind in § 1 Abs. 1 S. 1 TMG teilweise negativ definiert, als alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 TKG sind, welche ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen. Auch nicht unter den Begriff Telemedien sollen telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG oder Rundfunk nach § 2 RStV fallen. Beispiele für Informations- und Kommunikationsdienste, die als Telemedien zu qualifizieren sind, finden sich in der Gesetzesbegründung.¹⁷ Dort nennt der Gesetzgeber als Telemediendienste exemplarisch Online-Angebote von Waren oder Dienstleistungen mit unmittelbarer Bestellmöglichkeit (z.B. das Angebot von Börsen-, Umwelt-, Verkehrs- und Wetterdaten, Newsgroups, Chatrooms, elektronische Presse, Fernseh-/Radiotext, Teleshopping), Video auf Abruf – es sei denn, es handelt sich nach Form und Inhalt um einen Fernsehdienst im Sinne der Richtlinie 89/552/EWG (Richtlinie Fernsehen ohne Grenzen)¹⁸ – ferner Online-Dienste, die

10 Piltz, in: Gola, DS-GVO Art. 95, Rn. 16 ff.; Positionsbestimmung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder vom 26.4.2018: Zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen ab dem 25.5.2018, https://www.ldi.nrw.de/main/menu_Datenschutz/submenu_Technik/Inhalt/TechnikundOrganisation/Inhalt/Zur-Anwendbarkeit-des-TMG-fuer-nicht-oeffentliche-Stellen-ab-dem-25-Mai-2018/Positionsbestimmung-TMG.pdf (zuletzt abgerufen am 4.5.2019).

11 So bspw. Spindler/Schmitz, Abschnitt 4. Datenschutz, Vorbemerkung: Überblick zum Datenschutz nach TMG und Ausblick auf DSGVO und ePrivacy-VO, Rn. 9.

12 Piltz, in: Gola (Fn. 10) Art. 95 Rn. 16.

13 <https://www.telemedicus.info/uploads/Dokumente/COCOM11-20QuestionnaireArt.53e-PrivacyDir.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.5.2019); vgl. hierzu kritisch Schneider: Die Stellungnahme der Bundesregierung zur Cookie-Richtlinie, Telemedicus v. 11.2.2014, www.telemedicus.info/article/2722-Die-Stellungnahme-der-Bundesregierung-zur-Cookie-Richtlinie.html (zuletzt abgerufen am 5.5.2019).

14 Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom März 2019, S. 2 ff.; Entscheidung der Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder v. 5.2.2015, Verfolgung des Nutzerverhaltens im Internet, https://www.datenschutz-bayern.de/dsbk-ent/DSK_88p-Cookies.html (zuletzt abgerufen am 5.5.2019).

15 Bezug genommen wird auf die von der DSGVO abgelöste Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr („Datenschutzrichtlinie“).

16 Spiecker gen. Döhm/Bretthauer, Dokumentation zum Datenschutz, G 2.5.9 Orientierungshilfe zu den Datenschutzanforderungen an App-Entwickler und App-Anbieter, Kapitel 4.1.1.2.1.

17 BT-Drs. 16/3078, S. 13.

18 Dieser unterliegt der Rundfunkregulierung.

Instrumente bereitstellen, um Daten zu suchen, abzufragen oder Zugang zu ihnen zu erhalten (z.B. Internet-Suchmaschinen) sowie Informationen über Waren- oder Dienstleistungsangebote mit elektronischer Post kommerziell zu verbreiten (z.B. Werbe-Mails).¹⁹ Insgesamt handelt es sich also um Dienste, bei denen heute regelmäßig Cookies benötigt werden, um bspw. die Webseite einwandfrei anzuzeigen oder bestimmte Dienste erbringen zu können. Diese technisch notwendigen Cookies dürfen mithin gemäß § 15 Abs. 1 TMG für die Zwecke der Dienstleistungserbringung genutzt werden, wenn man von einer Anwendbarkeit der Norm ausgeht.

cc) Datenverarbeitung nach der DSGVO

Auch nach der DSGVO ist eine Verarbeitung dieser Daten grundsätzlich möglich. Denkbar ist bereits eine Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO, da „Vertrag“ i. S. d. DSGVO weit zu verstehen ist und nicht mit dem Begriff des Vertrages aus dem deutschen Recht korrespondiert, sondern vielmehr auch vertragsähnliche Verhältnisse erfasst. Es komme maßgeblich darauf an, dass die Datenverarbeitung durch den Betroffenen – also den Nutzer der Webseite – initiiert wurde.²⁰

Daneben kommt als Rechtsgrundlage Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO in Betracht. Dieser erlaubt eine Verarbeitung aufgrund überwiegender berechtigter Interessen des Diensteanbieters. Dazu ist eine Interessenabwägung durch den Diensteanbieter zunächst dokumentiert durchzuführen. In diese Interessenabwägung sind Umstände wie die Vorhersehbarkeit für den Betroffenen, die technische Notwendigkeit des Einsatzes der Cookies sowie die Eigeninitiative des Aufrufs der Webseite durch den Betroffenen zugunsten des Diensteanbieters einzustellen, sodass diese am Ende zu einem positiven Ergebnis für den Webseitenbetreiber ausfallen dürfte.

Klar ist jedenfalls, dass die Einholung einer Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DSGVO nicht für die Datenverarbeitung beim Einsatz der für das Funktionieren des Dienstes technisch erforderlichen Cookies notwendig ist.

Stehen einem Verantwortlichen mehrere Rechtsgrundlagen zur Verfügung, so ist er grundsätzlich in der Wahl frei. Zu beachten ist jedoch, dass die Einwilligung durch den Betroffenen jederzeit widerrufen werden kann. Der Verantwortliche kann dann, sobald er sich für die Einholung einer Einwilligung entschieden hat, nach erfolgtem Widerruf derselben nicht „hilfsweise“ auf die gesetzlichen Erlaubnistatbestände zurückgreifen.²¹ Aus diesem Grund sollte er sich entweder für Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO oder Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO entscheiden. Schließen Betroffene für die Nutzung des Dienstes einen Vertrag ab, bspw. Nutzungsbedingungen, so sollte ein Abstellen auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO unproblematisch möglich sein. In Zweifelsfällen sollten Diensteanbieter vorzugsweise eine Interessenabwägung durchführen.

dd) Fazit

Es besteht mithin für Diensteanbieter bereits beim Einsatz der technisch notwendigen Cookies eine gewisse Rechtsunsicherheit. Das damit einhergehende Risiko besteht vornehmlich darin, im Streitfall nach Ansicht eines Gerichts lediglich Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO als Rechtsgrundlage zur Verfügung zu haben, die dafür erforderliche Interessen-

abwägung jedoch nicht vorgenommen zu haben, weil der Diensteanbieter seine Datenverarbeitung stattdessen auf § 15 Abs. 1 TMG oder Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO gestützt hat. Dieser Verstoß kann grundsätzlich gemäß Art. 83 Abs. 5 DSGVO mit einem Bußgeld von bis zu 20 Mio. Euro oder 4 % des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes belegt werden. Geht der Diensteanbieter sicherheitshalber daher von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO als Rechtsgrundlage aus, so entsteht ihm jedenfalls ein deutlich erhöhter Dokumentationsaufwand aufgrund der durchzuführenden Interessenabwägung. Insgesamt kann das Risiko aber dadurch entsprechend klein gehalten werden.²²

b) Tracking-Cookies

Tracking zu bestimmten weiteren Zwecken war vor Inkrafttreten der DSGVO nach den Voraussetzungen des § 15 Abs. 3 TMG möglich. Dieser besagt, dass der Diensteanbieter zu Zwecken der Werbung, Marktforschung und bedarfsgerechten Werbung pseudonymisierte personenbezogene Daten verarbeiten darf. Dem Nutzer soll dabei ein Widerspruchsrecht zustehen, über welches er durch den Diensteanbieter zu informieren ist.

aa) Anwendbarkeit des § 15 Abs. 3 TMG

§ 15 Abs. 3 TMG wird nach ganz herrschender Meinung von der DSGVO verdrängt. Er wird in der oben bereits zitierten Stellungnahme der Bundesregierung nicht als Umsetzungsnorm für Art. 5 Abs. 3 EK-DSRL genannt. Soweit die jeweiligen TMG-Vorschriften gerade keine Umsetzung von Pflichten aus der EK-DSRL darstellen, ist Art. 95 DSGVO nicht einschlägig.²³

Auch seitens der Datenschutzkonferenz von Bund und Ländern wird eine Anwendung des § 15 Abs. 3 TMG abgelehnt. Vielmehr sollen allein die Vorgaben der DSGVO gelten.²⁴ Darüber hinaus hat der EuGH-Generalanwalt Maciej Szpunar in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Planet49 GmbH gegen den Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V diese Auffassung vertreten.²⁵

Im Folgenden wird daher von einer Unanwendbarkeit des § 15 Abs. 3 TMG ausgegangen. In Betracht kommt lediglich eine Datenverarbeitung nach den Vorgaben der DSGVO.

19 Martini, in: BeckOK InfoMedienR, TMG § 1 Rn. 7.

20 Albers/Veit, in: BeckOK DatenschutzR, DS-GVO Art. 6 Rn. 30.

21 Article 29 Working Party, Guidelines on consent under Regulation 2016/679 from 28.11.2017, As last Revised and Adopted on 10.4.2018, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051 (zuletzt abgerufen am 5.5.2019).

22 Von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO als Rechtsgrundlage geht auch die DSK aus, vgl. Positionsbestimmung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder vom 26.4.2018: Zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen ab dem 25.5.2018, https://www.ldi.nrw.de/mainmenu_Datenschutz/submenu_Technik/Inhalt/TechnikundOrganisation/Inhalt/Zur-Anwendbarkeit-des-TMG-fuer-nicht-oeffentliche-Stellen-ab-dem-25-Mai-2018/Positionsbestimmung-TMG.pdf (zuletzt abgerufen am 4.5.2019).

23 Piltz, in: Gola, (Fn. 10) Art. 95 Rn. 19; Keppeler, MMR 2015, 779, 781 ff.

24 Piltz, in: Gola, (Fn. 10) Art. 95 Rn. 18 f.; Positionsbestimmung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder vom 26.4.2018: Zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen ab dem 25.5.2018, https://www.ldi.nrw.de/mainmenu_Datenschutz/submenu_Technik/Inhalt/TechnikundOrganisation/Inhalt/Zur-Anwendbarkeit-des-TMG-fuer-nicht-oeffentliche-Stellen-ab-dem-25-Mai-2018/Positionsbestimmung-TMG.pdf (zuletzt abgerufen am 4.5.2019).

25 Schlussanträge zur Rechtssache C-673/17 vom 21.3.2019, Planet49 GmbH gegen Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., Rn. 109.

bb) Datenverarbeitung nach der DSGVO

Umstritten ist momentan, auf welche Rechtsgrundlage ein Diensteanbieter den Einsatz von Tracking-Cookies stützen kann. In Betracht kommt zum einen die Verarbeitung aufgrund überwiegender berechtigter Interessen des Diensteanbieters nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO und zum anderen aufgrund einer Einwilligung des Nutzers nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DSGVO. Ob eine Einwilligung einzuholen ist, hängt maßgeblich von der konkreten Verarbeitung respektive dem Ausgang der durchzuführenden Interessenabwägung ab.²⁶ Die Grenzen dürften hier fließend sein. In der Regel dürfte – bereits im Lichte der Regelungen der EK-DSRL – die Einholung einer Einwilligung notwendig sein. Insbesondere dann, wenn Daten an Dritte weitergegeben werden oder die Datenverarbeitung nahezu keinen Mehrwert für den Nutzer bringt, dürfte ein Abstellen auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO nicht mehr möglich sein.

cc) Fazit

Für den Einsatz von Tracking-Cookies ist ein Zurückgreifen auf § 15 Abs. 3 TMG nicht mehr ohne Eingehung eines großen Risikos möglich. Es ist überdies eher zweifelhaft, OB die Verarbeitung auf überwiegende berechnete Interessen des Diensteanbieters nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO gestützt werden kann. Der sicherste Weg dürfte hier also die Einholung einer Einwilligung sein, welche den Anforderungen des Art. 7 DSGVO genügt. Sie muss also insbesondere informiert und ausdrücklich erfolgen. Wie dies allerdings in der Praxis neben dem notwendigen Opt-In²⁷ technisch umgesetzt werden kann, ist unklar. Dies gilt insbesondere für die Übermittlung der Daten an Dritte (beim Einsatz von Third-Party-Cookies). Ein Abstellen auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO dürfte hier in der Regel aufgrund der schweren Vorhersehbarkeit für den Nutzer kaum möglich sein.

c) Zusammenfassung der aktuellen Rechtslage

Dem mit der bestehenden Rechtsunsicherheit einhergehenden Risiko beim Einsatz der technisch notwendigen Cookies wird ein Diensteanbieter derzeit nur mittels Durchführung und Dokumentation einer Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO entgegen können. Beim Einsatz von Tracking-Cookies ist anhand einer Interessenabwägung zu unterscheiden, ob Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO noch herangezogen werden kann oder vielmehr eine Einwilligung eingeholt werden muss. Im letzten Fall ist jedoch immer noch ungeklärt, wie diese unter Einhaltung der Anforderungen aus Art. 7 DSGVO technisch umgesetzt werden kann.

Der Einsatz von Cookies birgt momentan für Diensteanbieter also insgesamt Unsicherheit und Risiken, denen nur mit recht hohem (Dokumentations)Aufwand entgegengewirkt werden kann.

Gleichzeitig droht Nutzern zurzeit noch eine unrechtmäßige Verarbeitung ihrer Daten, da eine Vielzahl von Diensteanbietern die unklare Rechtslage ausnutzt und statt einer Einwilligung auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO oder gar § 15 Abs. 3 TMG abstellt. Für den Nutzer ist es dadurch erheblich aufwändiger, die Datenverarbeitung zu unterbinden (Opt-Out).

2. Voraussichtliche Rechtslage

Nach Wirksamwerden der ePrivacy-VO werden die §§ 11 ff. TMG schlussendlich sicher verdrängt. Maßgeblich für den Einsatz von Cookies wird Art. 8 ePrivacy-VO. Fraglich ist jedoch das Verhältnis der ePrivacy-VO zur DSGVO.

a) Verhältnis der ePrivacy-VO zur DSGVO

Da es sich bei den Daten, welche beim Einsatz von Cookies verarbeitet werden, nur teilweise um personenbezogene Daten handelt, ist fraglich, wie sich das Verhältnis zwischen DSGVO, welche die Verarbeitung personenbezogener Daten regelt, und ePrivacy-VO, welche den Schutz aller Kommunikationsdaten, ob personenbezogen oder nicht, regelt, darstellen wird. Insbesondere stellt sich die Frage, ob für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten neben der Rechtsgrundlage aus der ePrivacy-VO auch eine Rechtsgrundlage aus der DSGVO bestehen muss.

Hinweise diesbezüglich findet man zum einen in Ziffer 1.2 der Verordnungsbegründung. Dort heißt es, dass die ePrivacy-VO Lex specialis zur DSGVO darstelle und diese im Hinblick auf elektronische Kommunikationsdaten, die als personenbezogene Daten einzustufen sind, präzisieren und ergänzen soll. Dieser Gedanke manifestiert sich in Art. 1 Abs. 3 ePrivacy-VO, welcher besagt, dass die Bestimmungen der ePrivacy-VO die DSGVO durch die Festlegung besonderer Vorschriften präzisieren und ergänzen. Diese Formulierungen bringen jedoch kaum weiter, da Ergänzen nicht zwangsläufig auch Ersetzen bedeutet.

Wegen Art. 27 Abs. 2 ePrivacy-VO wird Art. 95 DSGVO auch auf die ePrivacy-VO entsprechend Anwendung finden. Die DSGVO soll also Diensteanbietern keine weiteren Verpflichtungen auferlegen, wenn diese bereits Verpflichtungen nach der ePrivacy-VO unterliegen, welche dasselbe Ziel verfolgen. Vor der Anwendung von Regelungen aus der ePrivacy-VO hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten ist also immer zunächst zu prüfen, ob die entsprechende Regelung – vorliegend Art. 8 ePrivacyVO – dasselbe Ziel verfolgt wie die Pflichten der DSGVO, denen der Diensteanbieter ansonsten unterliegen würde – vorliegend aus Art. 6 DSGVO.²⁸

Die Regelungen des Art. 6 DSGVO verfolgen den Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts der Betroffenen. Art. 8 ePrivacy-VO hingegen schützt die Kommunikation im Ganzen. Vor diesem Hintergrund ergeben sich zwar Schnittmengen, es kann aber nicht mit Sicherheit von einer gleichen Zielverfolgung ausgegangen werden.

Im Ergebnis ist also zunächst abzuwarten, wie sich der europäische Gesetzgeber, die Aufsichtsbehörden und Gerichte positionieren werden, bis man hier Klarheit bezüglich der Anwendung der Verordnungen erhält. Zunächst werden Diensteanbieter neben den Regelungen der ePrivacy-VO auch eine Rechtsgrundlage nach Art. 6 DSGVO benötigen, um den sichersten Weg zu gehen.

²⁶ Keppeler, MMR 2015, 779, 783.

²⁷ EuGH, U. v. 01.10.2019 – C-673/17.

²⁸ So auch der Deutsche Anwaltsverein in seiner Stellungnahme durch die Ausschüsse Informationsrecht und Gefahrenabwehrrecht, in welcher eine Anpassung des Wortlauts des Art. 95 DSGVO vorgeschlagen wird, Stellungnahme Nr. 29/2017 vom März 2017, S. 8; https://www.computerundrecht.de/DAV-SN_29-17.pdf (zuletzt abgerufen am 5.5.2019).

b) *Technisch notwendige Cookies*

Die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit technisch notwendigen Cookies wird nach Art. 8 Abs. 1 lit. a und c, Abs. 2 lit. a ePrivacy-VO auch ohne Einwilligung zulässig sein. Somit ist eine Nutzung der Verarbeitungs- und Speicherfunktion von Endeinrichtungen der Endnutzer und jede Erhebung von Informationen aus Endeinrichtungen der Endnutzer zulässig, soweit sie zum Zweck der Durchführung eines elektronischen Kommunikationsvorgangs über ein elektronisches Kommunikationsnetz oder für die Bereitstellung eines vom Endnutzer gewünschten Dienstes der Informationsgesellschaft nötig ist. Ferner ist die Erhebung von Informationen, die von Endeinrichtungen ausgesendet werden, um sich mit anderen Geräten oder Netzanlagen zu verbinden, nur dann zulässig, wenn sie ausschließlich zum Zweck der Herstellung einer Verbindung und für die dazu erforderliche Dauer erfolgt.

Hinsichtlich der Verarbeitung der personenbezogenen Daten wird hier je nach Verarbeitungszweck im Einzelfall Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO oder Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO heranzuziehen sein. Im letzten Fall entsteht dem Diensteanbieter mithin nach wie vor Dokumentationsaufwand in Form der Interessenabwägung.

c) *Tracking-Cookies*

Die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit Tracking-Cookies wird nach Art. 8 Abs. 1 lit. d ePrivacy-VO nur für die Messung des Webpublikums durch den Diensteanbieter auch ohne Einwilligung zulässig sein. Im Übrigen wird eine Einwilligung gemäß Art. 8 Abs. 1 lit. b ePrivacy-VO verlangt. Bei vom Diensteanbieter selbst eingesetzten Tracking-Cookies ist also je nach dem Zweck zu unterscheiden, ob eine Einwilligung notwendig ist. Der Einsatz von Third-Party-Cookies ist unabhängig vom Zweck der Verarbeitung ausschließlich mit Einwilligung des Nutzers möglich, da Art. 8 Abs. 1 lit. d ePrivacy-VO eine Ausnahme nur für die Messung des Webpublikums durch den Betreiber des vom Endnutzer gewünschten Dienstes vorsieht.

Hinsichtlich der Verarbeitung der personenbezogenen Daten wird man hier für den Ausnahmefall der Messung des Webpublikums noch auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO abstellen können, wobei wiederum eine Interessenabwägung durchzuführen und zu dokumentieren ist. Alle weiteren Verarbeitungen bedürfen voraussichtlich einer Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DSGVO. Jedenfalls wird man diese mit der Einwilligung nach Art. 8 Abs. 1 lit. b ePrivacy-VO bereits eingeholt haben, da für die Einwilligung nach der ePrivacy-VO gemäß Art. 9 ePrivacy-VO die Begriffsbestimmungen und Voraussetzungen der DSGVO Anwendung finden. Wie diese Einwilligung konkret auf elektronischem Wege eingeholt werden kann, lässt auch die ePrivacy-VO offen.

d) *Verpflichtung der Browser- und App-Anbieter*

Neu nach der ePrivacy-VO ist zudem, dass Browser- und App-Anbieter konkret formulierten Anforderungen unterliegen werden, wie ihre Produkte hinsichtlich der Privatsphäre-Einstellungen zu gestalten sind, vgl. Art. 10 ePrivacy-VO. Der Nutzer muss, bevor er die Installation der Software fortsetzen kann, seine Einwilligung zu einer bestimmten Privatsphäre-Einstellung abgeben. Dies stellt einen Ausfluss der Grundsätze Privacy by Design bzw. Privacy by Default dar, welche zwar auch bereits nach aktueller

Rechtslage in der DSGVO verankert sind. Gleichwohl werden hier Browser- und App-Anbieter aber ausdrücklich verpflichtet, und zwar unabhängig davon, ob sie beabsichtigen, selbst die Daten als datenschutzrechtlich Verantwortliche zu verarbeiten oder nicht.

V. Fazit

Sollte die ePrivacy-VO in der Fassung der EU-Kommission beschlossen werden, werden sich einige Probleme lösen, welche sich derzeit aufgrund des vorgelagerten Wirksamwerdens der DSGVO ergeben. So werden die §§ 11 ff. TMG sicher nicht mehr anwendbar sein. Es stellen sich jedoch neue Fragen in Bezug darauf, ob neben der ePrivacy-VO auch Rechtsgrundlagen der DSGVO notwendig sind. Diensteanbieter, welche den sichersten Weg wählen wollen, werden daher auch weiterhin Datenverarbeitungen zusätzlich zu den Rechtsgrundlagen der ePrivacy-VO, nach denen keine Einwilligung notwendig ist, auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO stützen und somit hohen Dokumentationsaufwand haben. Eine erhöhte Rechtsunsicherheit ergibt sich außerdem im Hinblick auf die Form der einzuholenden (elektronischen) Einwilligung, damit diese den Wirksamkeitsanforderungen genügt. Klargestellt ist mittlerweile lediglich die Notwendigkeit eines Opt-In.

Browser- und App-Anbieter haben die Grundsätze von Privacy by Design und Privacy by Default ausdrücklich umzusetzen, unabhängig davon, ob sie beabsichtigen, personenbezogene Daten zu verarbeiten oder nicht. Hierzu sieht die Verordnung eine eigene „Umsetzungsfrist“ vor, in welcher die Updates der Software durchgeführt werden müssen. Dies dürfte aber für die Anbieter mit keinem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden sein.

Für die betroffenen Nutzer dürfte die ePrivacy-VO vorwiegend Vorteile mit sich bringen, da mit einer erhöhten Transparenz der Verarbeitungen durch Cookies und durch das zumeist bestehende Erfordernis der Einwilligung mit einer erhöhten Selbstbestimmungsmöglichkeit für die Nutzer zu rechnen ist. Insbesondere durch die Regelungen zu privatsphäre-freundlichen Voreinstellungen werden die Nutzer entlastet und können in Ruhe entscheiden, ob sie einer Datenverarbeitung zustimmen wollen oder nicht, wohingegen nach der derzeitigen Opt-Out-Lösung Nutzer überwiegend nur deshalb „zustimmen“, um ungestört weitersurfen zu können.

Die geplanten Regelungen werden zwar auch zur Folge haben, dass den Diensteanbietern sowie Browser- und App-Anbietern weniger Datenmengen zur Verfügung stehen werden, welche sie zu ihren Zwecken verwerten können. Allerdings sollten hier die wirtschaftlichen Interessen der Stakeholder hinter den Grundrechten und Freiheiten der Nutzer zurücktreten. Möglicherweise werden sich aus diesem Umstand sogar neue Geschäftsmodelle entwickeln, nach welchen sowohl den Interessen der „Datenverwerter“ als auch der Nutzer gleichermaßen Rechnung getragen wird.

Insgesamt kann die ePrivacy-VO daher in Bezug auf Datenverarbeitungen im Zusammenhang mit Cookies insbesondere für die Nutzer als Fortschritt zur aktuellen Rechtslage bezeichnet werden, wenngleich nach wie vor Verbesserungsbedarf besteht.