

- Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V. -

Stellungnahme

Positionspapier der Datenschutzkonferenz (DSK)

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

Berlin, 29. Juni 2018

Ansprechpartner: RA Sebastian Schulz, Leiter Rechtspolitik & Datenschutz, sebastian.schulz@bevh.org

Der Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V. (bevh) repräsentiert als die **Interessenvertretung der Online- und Versandhandelsbranche** Unternehmen aller Größen und Handelsformen (Online, Multichannel, Katalog, Plattformhändler und -betreiber, TV-Shopping). Mit seinen über 500 Mitgliedern repräsentiert der bevh **über 75% des gesamten Branchenumsatzes** auf dem deutschen Markt. Darüber hinaus sind dem Verband mehr als 130 Dienstleister aus dem Umfeld der E-Commerce-Branche angeschlossen. Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme zu o.g. Positionspapier.

1. Vorbemerkung

Dass das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht wie vorliegend ein Anhörungsverfahren durchführt, wird **ausdrücklich begrüßt**. Die durch die EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) aufgeworfenen Rechtsfragen sind zahlreich und haben in der betrieblichen Praxis in Teilen zu massiver Verunsicherung geführt. Orientierungshilfen der Aufsichtsbehörden können hier zu einem Mehr an Rechtssicherheit und zur Förderung des gegenseitigen Rechtsverständnisses führen. Auch wenn bekannt ist, dass gegen eine **Institutionalisierung des Austausches** in Teilen der DSK weiterhin Vorbehalte bestehen, wird hier erneut für eine engere Zusammenarbeit zwischen Datenschutzaufsicht und Daten verarbeitender Wirtschaft, gern auch bereits im Vorfeld zu fassender Entscheidungen, geworben. Der bevh steht für diesen Austausch jederzeit gern zur Verfügung.

2. Stellungnahme

Im Ausgangspunkt sind als Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Anbieter von Telemedien seit dem 25. Mai 2018 die allgemeinen in Art. 6 Abs. 1 DSGVO normierten Erlaubnistatbestände heranzuziehen. Die Tatbestände des Art. 6 Abs. 1 DSGVO sind in ihrer rechtlichen Bedeutung gleichrangig; kein Erlaubnistatbestand genießt per se den Vorrang gegenüber anderen. Schon vor diesem Hintergrund erscheint bezogen auf den Einsatz sog. Tracking-Technologien die in Ziffer 9 der Positionierung vorgenommene **holzschnittartige Absage**

der DSK an alle Erlaubnistatbestände außerhalb der Einwilligung als kritikwürdig. Bereits der Umstand, dass unter den sehr weitreichenden Begriff des Trackings unterschiedlichste Formen des Nutzens und der Auswertung von Cookies fallen, macht an dieser Stelle eine differenzierte Betrachtung notwendig. Über das Rekurren allein auf die Einwilligung begibt sich die DSK zudem in **Widerspruch zu der Rechtsauffassung der Art. 29-Datenschutzgruppe**, die auch nach Wirksamwerden der DSGVO als Rechtsauffassung des EDSA fortgilt: So wird etwa in WP 194 deutlich, dass mit Blick auf die Zulässigkeit des Setzens von Cookies sowie des Verarbeitens von darin gespeicherten Informationen die jeweilige Funktionalität des Cookies von entscheidender Bedeutung ist. Ein vorbehaltloses Einwilligungserfordernis kennt das Arbeitspapier nicht.

Ob die bislang für den spezifischen Bereich der Datenverarbeitung durch Anbieter von Telemedien geltenden Erlaubnistatbestände der **§§ 12, 13 und 15 TMG** keine Geltung mehr entfalten können, ist maßgeblich von der Frage abhängig, ob die dort geregelten Sachverhalte dem Regelungsgehalt der DSGVO widersprechen.¹ Nur soweit eine Bestimmung des nationalen Rechts dem Recht der Union entgegensteht, wird diese ohne weiteres unanwendbar.² Hingegen sind mit dem Anwendungsvorrang von EU-Verordnungen all jene Normen des mitgliedstaatlichen Rechts (weiterhin) vereinbar, die nicht im Widerspruch zu EU-Recht stehen bzw. die als Ausfüllung von durch den EU-Verordnung eröffneten expliziten bzw. impliziten Regelungsspielräumen anzusehen sind.³

Hingegen dürfte **Artikel 95 DSGVO** aufgrund seines engen Anwendungsbereiches⁴ für die hier zu entscheidenden Fälle nicht maßgeblich sein. Auf die streitige Frage, ob § 15 Abs. 3 TMG als Umsetzung der Richtlinie 2002/58/EG in der Fassung der Änderungsrichtlinie 2009/36/EG (E-Privacy-Richtlinie) oder – was zutreffend sein dürfte – als Umsetzung der Richtlinie 95/46/EG anzusehen ist, kommt es vorliegend nicht an. Selbst wenn, wie durch die DSK vertreten, die datenschutzrechtlichen Vorgaben des TMG und hier insb. **§ 15 Abs. 3 TMG** unter der DSGVO keine Anwendbarkeit mehr beanspruchen können, bedeutet dies nicht, dass damit auch der **Regelungsgehalt der Norm**, namentlich der Dreiklang aus (a) intendierter Zulässigkeit der Datenverarbeitung zu Werbezwecken, (b) der Verpflichtung zum Einsatz von Maßnahmen der Pseudonymisierung und (c) der Verpflichtung zum Vorhalten sowie zum Hinweis auf ein jederzeitiges Widerspruchsrecht, verloren geht.

a. Intendierte Zulässigkeit der Datenverarbeitung zu Werbezwecken

Gemäß **Erwägungsgrund 47 DSGVO** kann eine Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung „als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung“

¹ z.B. Roßnagel/Roßnagel, Europäische Datenschutz-Grundverordnung, Rn. 4.

² EugH, Urt. v. 9.3.1978 – 106/77 – Simmenthal II.

³ Roßnagel/Roßnagel, Fn. 1, Rn. 16-19.

⁴ Gemäß Art. 95 DSGVO sollen allein Verarbeitungen „in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen“ keinen zusätzlichen Pflichten unterliegen.

betrachtet werden. Im Rahmen der nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO vorzunehmenden Interessenabwägung kann also insbesondere der **Zweck der Direktwerbung als berechtigtes Interesse** gewertet werden.⁵ Der europäische Gesetzgeber erkennt durch die explizite Benennung des Zwecks der Direktwerbung die werbliche Datennutzung als besonders wichtigen Anwendungsfall eines berechtigten Interesses an und trägt damit der Tatsache Rechnung, dass die werbliche Betätigung nicht nur durch das nationale Verfassungsrecht, sondern auch durch das europäische Verfassungsrecht, namentlich die allgemeinen Rechtsgrundsätze der EU und die GRCh unter Einbeziehung der EMRK geschützt ist. Einschlägig ist nicht nur der Schutz der beruflichen Außerdarstellung (Art. 12 GG, Art. 15 GRCh) und der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRCh), sondern auch die Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, Art. 10 Abs. 1 EMRK, Art. 11 GRCh.⁶ Handelt es sich um Spendenwerbung dient diese zudem einem öffentlich anerkannten (Wohlfahrts-)Interesse. Sind werbliche Zwecke also das Ziel der Datenverarbeitung, gelten diese nach der DSGVO regelmäßig intendiert als berechtigtes Interesse, das mit den kollidierenden Interessen der betroffenen Person in Ausgleich zu bringen ist.

Auch unternimmt die DSGVO mit Blick auf die für Werbezwecke nutzbaren Datenarten und -kategorien **keine Einschränkungen** oder explizite Konkretisierungen. Insb. kennt die DSGVO nicht das bis zuletzt im BDSG a.F. verankerte sog. Listenprivileg. Nutzbar für Werbezwecke sind danach zunächst sämtliche denkbaren Datenarten, -kategorien und Selektionskriterien.

b. Pseudonymisierung

Erwägungsgrund 29 DSGVO verweist darauf, dass für die Anwendung der Pseudonymisierung Anreize geschaffen werden sollen und benennt beispielhaft in diesem Zusammenhang ausdrücklich die Möglichkeit von Pseudonymisierungsmaßnahmen zum Zwecke einer „allgemeinen Analyse“ bei „demselben Verantwortlichen“. Erforderlich ist hierfür, gemäß Art. 4 Nr. 5 DSGVO, dass „Informationen, mit denen die personenbezogenen Daten einer speziellen betroffenen Person zugeordnet werden können, gesondert aufbewahrt werden“. Die bislang geübte Praxis der Erstellung von Nutzungsprofilen bei Verwendung von Pseudonymen wird durch die DSGVO also ausdrücklich unterstützt.

c. Widerspruchsrecht

Gemäß Art. 21 Abs. 2 DSGVO ist bei Datenverarbeitungen zu Werbezwecken auf gesetzlicher Grundlage stets ein **spezifisches Widerspruchsrecht** zu gewähren. Das Recht zum Widerspruch gegen eine werbliche Datenverarbeitung kann jederzeit ausgeübt werden und ist nicht an das Vorliegen weiterer Voraussetzungen geknüpft. Ausdrücklich erstreckt sich das Widerspruchsrecht auch auf das Profiling, soweit es mit solcher Direktwerbung in Verbindung steht. Legt ein

⁵ Vgl. auch *Albrecht*, CR 2016, 88 (92); zum Ganzen auch *Drewes*, CR 2016, 721f.

⁶ Vgl. Köhler/Bornkamm/Köhler, UWG Einl. Rn. 145; Sachs/Tettinger, Grundgesetz, Art. 12 Rn. 54 ff.

Betroffener Widerspruch ein, wird danach auch eine etwa vorgenommene cookiebasierte Profilbildung unzulässig.

d. Gesamtschau und Fazit

Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, dass auch im Falle der Unanwendbarkeit von § 15 Abs. 3 TMG der darin verankerte Regelungsgehalt bei dann alleiniger Anwendung der DSGVO erhalten bleibt. Der „**Dreiklang**“ der Norm (Werbung, Pseudonymisierung, Widerspruchsrecht) findet sich unmittelbar in der DSGVO wieder. Anders als bei direkter Anwendung des § 15 Abs. 3 TMG ist nach Maßgabe des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zudem eine Abwägung mit den etwa widerstreitenden Interessen der betroffenen Person erforderlich. Das Schutzniveau wird bei Anwendung der DSGVO im Vergleich zu § 15 Abs. 3 TMG also sogar insgesamt erhöht. Die undifferenzierte, allein auf die Rechtsgrundlage der Einwilligung abstellende Position der DSK ist damit weder rechtlich zwingend noch im Sinne eines hohen Betroffenen schutzes erforderlich. Die durch die DSK vorgenommene Auslegung der DSGVO „im Lichte“ der E-Privacy-Richtlinie ist systemfremd und lässt den Umstand außer Acht, dass für die hier relevanten Sachverhalte der Zulässigkeit der Datenverarbeitung die Vorgaben dieser Richtlinie nichts hergeben.

Vorzugswürdig erscheint nach allem eine differenzierte Betrachtung:

Analyse- und Werbetechniken im Internet sind auf Grundlage der allg. Interessenabwägungsklausel des Art. 6 Abs.1 lit. f DSGVO im Grundsatz möglich, wenn sich diese gemäß Erwägungsgrund 47 als allgemein erwartbar darstellen und die betroffene Person transparent über deren Einsatz informiert wird. **Trackingmaßnahmen** sollten dabei regelmäßig als erwartbar angesehen werden können. Zusätzlich ist in die Abwägungsentscheidung einzubeziehen, dass der Eingriff als tendenziell gering einzustufen ist, da im Rahmen des Trackings allein das Surfverhalten analysiert wird. Kommt sog. IP-Masking zum Einsatz, fehlt es bei so anonymisierten Daten ohnehin am Personenbezug.

Bei auf Trackingtechnologien aufbauenden Maßnahmen, etwa der **Auslieferung nutzungsbasierter Online-Werbung**, wird man einzelfallorientiert und unter Einbeziehung aller Umstände, insb. unter Betrachtung der genutzten Datenarten, des Belästigungspotentials, der Eingriffstiefe, der Ausgestaltung des Informations- und Widerspruchsmanagements sowie der technisch-organisatorischen Behandlung von Online-IDs und IP-Adressen abzuwägen haben. Im Rahmen der Abwägung wird zu berücksichtigen sein, dass die betroffene Person infolge der Anzeige von für sie relevanter Werbung stets ein Interesse an solchen Formen interessenorientierter Werbung haben wird.