

„Cookies“ richtig setzen: Anwendbarkeit des TMG?

A. Einleitung

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. Momentan gibt es zur ePrivacy-VO nur Entwürfe der Kommission und eine Entschließung des Europäischen Parlaments. 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 2018 bleiben TKG und TMG unberührt.

B. Regulierung von Cookies bis zur Anwendbarkeit der ePrivacy-VO

Es ist gegenwärtig unklar, wie Informationen auf Endgeräten 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.

I. Anwendbarkeit der datenschutzrechtlichen Vorschriften des TMG

Das Telemediengesetz (TMG) ist nach wie vor in all seinen Bestandteilen in Kraft. Eine Anpassung der datenschutzrechtlichen Vorschriften des TMG (4. Abschnitt; §§ 11 ff. TMG) an die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) wurde vom Gesetzgeber nicht vorgenommen.

Es stellt sich daher die Frage nach der Anwendbarkeit der Vorschriften des 4. Abschnitts des TMG seit der Geltungserlangung der DS-GVO. Art. 95 DS-GVO regelt das Verhältnis von DS-GVO und ePrivacy-RL. Hiernach werden natürlichen oder juristischen Personen in Bezug auf die Verarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Union durch die DS-GVO keine zusätzlichen Pflichten auferlegt, soweit sie besonderen in der ePrivacy-RL festgelegten Pflichten unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen. Diese Regelung findet Anwendung, 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.

Umsetzung der ePrivacy-RL durch das Telemediengesetz (TMG)			
Schwartzmann/Benedikt/Jacquemain ¹	DSK ²	Bundesregierung ³	Generalanwalt des EuGH ⁴
<p>Die §§ 11 ff. TMG stellen keinen formellen Umsetzungsakt der ePrivacy-RL dar. Insbesondere fehlt es hieran für Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL im deutschen Recht insgesamt. Die datenschutzrechtlichen Vorschriften des TMG entsprechen im Wesentlichen den Regelungen des Telemediendienststedatenschutzgesetzes (TDDSG), welches bereits am 1. Januar 1998 in Kraft trat und daher schon in zeitlicher Hinsicht keine Umsetzung der Richtlinie 2002/58/EG i. d. F. 2009/136/EG darstellen kann.</p> <p>Darüber hinaus sind die datenschutzrechtlichen Vorschriften des 4. Abschnitts des TMG vorrangig Umsetzungsakte der Datenschutzrichtlinie und regeln u.a. die Verarbeitung von Bestands- und Nutzungsdaten im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Telemedien. Der Anwendungsbereich der §§ 11 ff. TMG ist folglich erst eröffnet, wenn personenbezogene Daten verarbeitet werden. [...]</p>	<p>Ein formeller Umsetzungsakt der ePrivacy-Richtlinie 2002/58/EG in der Fassung der Änderung durch die Richtlinie 2009/136/EG²(ePrivacy-Richtlinie) ist im 4. Abschnitt des TMG nicht erfolgt.³ Insbesondere fehlt es an einem Umsetzungsakt für Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-RL im deutschen Recht insgesamt.⁴ Es stellt sich daher die Frage nach der Anwendbarkeit der Vorschriften des 4. Abschnitts des TMG seit der Geltungserlangung der DSGVO.</p>	<p>Das Bundeswirtschaftsministerium hat in der letzten Legislaturperiode einen Fragebogen der Europäischen Kommission zur Umsetzung in Deutschland beantwortet und dabei insbesondere auf die Bestimmungen des Telemediengesetzes hingewiesen. Es gibt keine Signale seitens der Europäischen Kommission, dass die dargestellte Rechtslage unzureichend sei.</p>	<p>Mit § 15 Abs. 3 TMG wird Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58 umgesetzt. Er gestattet einem Diensteanbieter, für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen zu erstellen, sofern der Nutzer dem nicht widerspricht und der Diensteanbieter den Nutzer auf sein Widerspruchsrecht im Einklang mit der Unterrichtungspflicht nach § 13 Abs. 1 TMG hingewiesen hat. (Rn. 21)</p> <p>Am besten lässt sich diese Frage vor dem Hintergrund des deutschen Rechts verstehen, mit dem Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58(54) umgesetzt wurde. Im deutschen Recht wird nämlich zwischen der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten und anderer Daten unterschieden. (Rn. 101)</p>

1 Vgl. *Schwartzmann/Benedikt/Jacquemain* PinG 2018, 150 (152).

2 DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, März 2019, 2.

3 Vgl. Telemedicus, EU-Kommission: Cookie-Richtlinie ist in Deutschland umgesetzt, 5.2.2014, abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/article/2716-EU-Kommission-Cookie-Richtlinie-ist-in-Deutschland-umgesetzt.html>; unter Verweis auf Kommissionsdokument v. 4.10.2011, COCOM11-20. Vgl. ferner EU-Kommission, „ePrivacy Directive: assessment of transposition, effectiveness and compatibility with proposed Data Protection Regulation“ (SMART 2013/0071), Final report, 2015, Ziff. 5.2, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news/eprivacy-directive-assessment-transposition-effectiveness-and-compatibility-proposed-data>.

4 GA *Szpunar*, Schlussanträge v. 21.3.2019, Rs. C-673/17 – Planet49.

Umsetzung der ePrivacy-RL durch das Telemediengesetz (TMG)			
<p>Wie beschrieben, sind die §§ 12 Abs. 2, 13 Abs. 2 TMG als datenschutzrechtliche Regeln zur Einwilligung im TMG wegen des Anwendungsvorrangs der DS-GVO nicht mehr anzuwenden.</p>			<p>Nach § 12 Abs. 1 TMG hängt die Zulässigkeit der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten durch einen Diensteanbieter u. a. davon ab, ob der Nutzer eingewilligt hat. (Rn. 102)</p> <p>Nach § 15 Abs. 3 TMG darf ein Diensteanbieter hingegen u. a. für Zwecke der Werbung und der Marktforschung Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen erstellen, sofern der Nutzer dem nicht widerspricht. Soweit keine personenbezogenen Daten betroffen sind, sind die Anforderungen nach deutschem Recht somit weniger strikt: keine Einwilligung, sondern nur fehlender Widerspruch. (Rn. 103)</p>

Option 1: TMG ist anwendbar

Was bedeutet dieser Widerspruch? § 15 Abs. 3 TMG sieht vor, dass man in die Erstellung von pseudonymen Nutzerprofilen durch Onlinedienste unter anderem zu Werbezwecken einwilligen kann, indem man dem als Nutzer nicht widerspricht („opt out“). Ob ePrivacy-RL in der Umsetzung des TMG „opt out“ bedeuten kann, muss in Sachen Planet49 der Europäische Gerichtshof entscheiden. Der Generalanwalt hält in Rn. 122 für eine wirksame Einwilligung jedenfalls ein „opt in“ für erforderlich. Überraschend ist aber, dass er den 4. Abschnitt des TMG als Umsetzung der Richtlinie 2002/58 begreift. Prüfmaßstab für das rechtmäßige Setzen ist demnach das TMG als Umsetzung der Richtlinie, was in § 15 Abs. 3 TMG ein „opt out“ beinhaltet.⁵ Folgt der EuGH dem, dann würde das bedeuten, dass die Kollisionsregel des Art. 95 DS-GVO Anwendung fände. Die DS-GVO würde dann zurücktreten, weil sie im Regelungsbereich der Richtlinie 2002/58 keine zusätzlichen Pflichten, wie das „opt-in“-Erfordernis auferlegen darf. Es bliebe also bei der Anwendbarkeit des 4. Abschnitts des TMG. Konsequenz: Cookies sind bis zu einer anders lautenden Entscheidung des EuGH oder der ePrivacy-VO per „opt-out-Einwilligung“ zulässig.⁶

⁵ GA Szpunar, Schlussanträge v. 21.3.2019, Rs. C-673/17 – Planet49, Rn. 101.

⁶ Schwartmann RDV 2019, 51.

Die schlüssige Auffassung der DSK und vieler anderer, wonach die Datenschutzvorschriften des TMG und damit § 15 Abs. 3 TMG durch die DS-GVO abgelöst sind, ist aus berufenem Munde qualifiziert bestritten. Rechtsanwender können sich aus gutem Grund fragen, ob ihre „Cookie-Praxis“ bis zur Klärung im Anwendungsfall nicht an den großzügigen Vorgaben des TMG auszurichten ist, oder ob sie im vorauseilenden Gehorsam die für den Generalanwalt grundsätzlich einschlägige DS-GVO beachten.

Option 2: TMG nicht anwendbar

Es gibt zahlreiche Positionen, die folgenden Schluss zulassen: Die ePrivacy-Richtlinie ist in Deutschland nicht im TMG umgesetzt worden und weder eine richtlinienkonforme Auslegung noch eine unmittelbare Wirkung – insbesondere des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL – kommen in Betracht. Somit resultieren hieraus für Telemediendiensteanbieter in Deutschland keine bereichsspezifischen Pflichten im Sinne des Art. 95 DSGVO. Obwohl die DS-GVO keine Sondervorschriften für Telemediendienste beinhaltet, sind die datenschutzrechtlichen Vorschriften des TMG seit dem 25. Mai 2018 aufgrund des Anwendungsvorranges gem. Art. 288 Abs. 2 AEUV auch nicht mehr neben der DS-GVO anwendbar.⁷ Wie vorstehend beschrieben treten die datenschutzrechtlichen Regeln 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 aufgrund der Wahl des unionsrechtlichen Rechtsakts nach Art. 288 AEUV als Verordnung unmittelbar. Die Rechtmäßigkeit für das Setzen von „Cookies“ regelt demnach Art. 6 DS-GVO. Ob sich die Rechtmäßigkeit nunmehr aber nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO (berechtigtes Interesse)⁸ oder nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO⁹ bestimmt, führt zum nächsten Meinungsschritt.¹⁰

⁷ Vgl. HK-DS-GVO-Schwartzmann/Klein Art. 6 Abs. 1 lit. f, Rn. 141.

⁸ Dafür HK-DS-GVO Schwartzmann/Klein Art. 6 Abs. 1 lit. f, Rn. 139 ff.; ebenso Schwartzmann/Jacquemain, in: Schwartzmann/Benedikt/Jacquemain PinG 2018, 150 (152 f., 155).

⁹ So Benedikt, in: Schwartzmann/Benedikt/Jacquemain PinG 2018, 150 (154 f.); ebenfalls in diese Richtung tendierend: DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, März 2019, 8 ff., 21.

¹⁰ Dazu ausführlich: Schwartzmann/Benedikt/Jacquemain PinG 2018, 150 sowie GDD, GDD-Praxishilfe ePrivacy I - Aktueller Stand & Veränderungen durch die DS-GVO, Version 1.0, Stand: August 2018, abrufbar unter: <https://www.gdd.de/gdd-arbeitshilfen/praxishilfen-ds-gvo/praxishilfen-ds-gvo>.

Seminartipp zum Arbeitspapier

Arbeitsgemeinschaft (ARGE) betrieblicher Datenschutz

Die Praxisprobleme für betriebliche Datenschutzbeauftragte nehmen ständig zu. Die Lösung ist ein professioneller Informationsinput.

In der Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Datenschutz werden Fragestellungen und eingebrachte Probleme der Teilnehmer aus der Praxis diskutiert. Ziel ist es, praktische Lösungsansätze zu entwickeln und einen aktiven Erfahrungsaustausch zwischen Teilnehmern und ARGE-Leitung zu ermöglichen.

Nutzen auch Sie die ARGE betrieblicher Datenschutz für einen regelmäßigen und praxisorientierten Informations- und Erfahrungsaustausch und profitieren Sie von dem Expertenwissen der ARGE-Leiter Sascha Kremer und RA Stefan Sander.



Weitere Infos finden Sie [hier](#).



DataAgenda

ist das Informationsportal zum Datenschutzrecht und fokussiert sich auf die inhaltlichen Entwicklungen in diesem Feld. Das DataAgenda-Experten-Team bietet Videos, News, Whitepaper und Seminartipps rund um den Datenschutz.



Datakontext

ist einer der führenden Fachinformationsdienstleister in den Bereichen Datenschutz und IT-Sicherheit und bietet Kompetenz aus einer Hand: Fachbücher, Fachzeitschriften und Seminare, Zertifizierung und Beratung.

Autoren

Prof. Dr. Rolf Schwartmann

Vorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V. (GDD), Leiter der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht (TH Köln) und Mitglied der Datenethikkommission.



Dr. Tobias Jacquemain, LL.M.

Wissenschaftlicher Referent bei der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V. (GDD), Bonn

