

Stellungnahme

Zur Positionsbestimmung der Datenschutzkonferenz vom 26. April 2018 zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen ab dem 25. Mai 2018

09. Mai 2018

Seite 1

Zusammenfassung

Die Bewertung der Rechtslage im Verhältnis Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) und Telemediengesetz (TMG) durch die Datenschutzkonferenz (DSK) in ihrem Positionspapier vom 26.4.2018 knapp einen Monat vor Anwendbarkeit der DS-GVO ist aus Sicht des Bitkom weder zutreffend noch hilfreich. Weder ist nachvollziehbar, weshalb die Anwendung noch geltender TMG-Vorschriften völlig ausgeschlossen sein soll, noch erscheint die Fokussierung auf die Einwilligung für jegliche Art von Webtracking und Erstellung von Nutzerprofilen rechtlich und tatsächlich geboten. Es drängt sich der Eindruck auf, dass durch die Position ein von der DSK politisch gewünschtes Ergebnis der noch diskutierten E-Privacy-Verordnung vorweg genommen werden soll. Für Unternehmen, die momentan alle Ressourcen in die Anpassung der Prozesse an die DS-GVO stecken und dabei ohnehin viel Rechtsunsicherheit ausgesetzt sind, ist das schlicht nicht nachvollziehbar und damit schädlich für die Akzeptanz des Datenschutzes generell. Dass noch nicht alle Rechtsakte aufeinander abgestimmt sind, sollte nicht der Schaden der Rechtsanwender sein.

Positionen

Drei Aspekte des Positionspapiers sind aus Sicht des Bitkom besonders kritisch:

1. Anwendbarkeit TMG

Der Gesetzgeber hat das deutsche TMG mit Blick auf die im Abstimmungsprozess befindliche E-Privacy-Verordnung, welche die E-Privacy-Richtlinie 2002/58/EG in Kürze ersetzen soll, bewusst noch nicht angepasst. Die Datenschutz-Grundverordnung stellt in Art. 95 klar, dass sie natürlichen oder juristischen Personen in Bezug auf die Verarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste keine zusätzlichen Pflichten auferlegt, soweit sie besonderen in der Richtlinie 2002/58/EG festgelegten Pflichten unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen.

Bundesverband
Informationswirtschaft,
Telekommunikation
und Neue Medien e.V.

Susanne Dehmel

Mitglied der Geschäftsleitung Recht & Sicherheit

T +49 30 27576-223
s.dehmel@bitkom.org

Albrechtstraße 10
10117 Berlin

Präsident
Achim Berg

Hauptgeschäftsführer
Dr. Bernhard Rohleder

Stellungnahme Position der DSK zu Webtracking

Seite 2|3

In Absatz Nr. 3 ihres Positionspapiers geht die DSK zwar offenbar davon aus, dass es Teilvorschriften im TMG gibt, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2002/58/EG fallen und damit deren Vorgaben umsetzen. Da ein Teil der Vorschriften nur dem Anwendungsbereich der Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG und damit nun dem Anwendungsbereich der DS-GVO unterfallen, erklärt sie jedoch pauschal alle Vorschriften für unanwendbar. Offenbar hält sie eine Umsetzung der Richtlinie durch diese für nicht gegeben. Nach Meinung der Bundesregierung, die auch von der Kommission schriftlich bestätigt wurde, ist dies jedoch nicht richtig. Die Vorschriften des 4. Abschnitts des TMG dienen eben auch der Umsetzung der E-Privacy-Richtlinie. Insbesondere § 15 Abs. 3 TMG, welcher „Cookies“ betrifft, wurde von der Bundesregierung immer als ausreichende Umsetzung der Richtlinie 2002/58/EG angesehen. Unabhängig davon, dass diese Rechtsmeinung umstritten ist, kann dieser Wille des Gesetzgebers nicht einfach ignoriert werden.

2. Pauschaler Ausschluss der Interessenabwägung im Einzelfall

In Abschnitt Nr. 9 des DSK Papiers wird postuliert, dass „jedenfalls beim Einsatz von Tracking-Mechanismen, die das Verhalten von betroffenen Personen im Internet nachvollziehbar machen und bei der Erstellung von Nutzerprofilen“ die vorherige informierte Einwilligung des Nutzers per Erklärung oder sonstige eindeutige bestätigende Handlung eingeholt werden muss. Diese generelle Aussage ist weder vom TMG noch von der DS-GVO gedeckt. Die DSK unterscheidet in Ziff. 9 ihres Positionspapiers nicht danach, ob ein Cookie einmalig oder dauerhaft ("persistent") verwendet wird, sondern behandelt sämtliche dort benannte Tracking-Mechanismen und Nutzerprofile unterschiedslos, was der Interessenlage nicht gerecht wird und unserer Ansicht nach im Rahmen einer Interessenabwägung zu berücksichtigen wäre. Sie setzt sich damit in Widerspruch zu den Aussagen der Art. 29-Gruppe in ihrem WP 194, Abschnitt 2.3. Auch der EuGH hat in seinem Urteil Breyer¹ dazu entschieden, dass eine mitgliedstaatliche Norm, die kategorisch und ganz allgemein die Verarbeitung von Nutzungsdaten ausschließt bzw. einem Einwilligungsvorbehalt unterstellt, ohne Raum für eine Abwägung der im konkreten Einzelfall einander gegenüberstehenden Rechte und Interessen zu lassen, europarechtswidrig ist. Dies gilt auch für eine entsprechende aufsichtsbehördliche Auslegung. Die DSK unterscheidet in Ziff. 9 ihres Positionspapiers ferner nicht danach, ob es sich um Nutzungsprofile unter Verwendung von Pseudonymen handelt und missachtet damit die gesetzgeberische Wertung in § 15 Abs. 3 TMG welche weiterhin gültig ist.

¹ [Urteil des EuGH in der Rechtssache C-582/14 Breyer vs. Bundesrepublik Deutschland, Rn 62](#)

Stellungnahme Position der DSK zu Webtracking

Seite 3|3

3. Rechtspolitisches Signal

Das Papier der DSK sendet ein verheerendes Signal an all jene Unternehmen, die sich ehrlich bemühen, die DS-GVO und sonstige Datenschutzregeln gewissenhaft umzusetzen und einzuhalten. In den vergangenen zwei Jahren haben die Unternehmen des Bitkom sich aktiv an der Auslegung, Bekanntmachung und Hilfe zur praktischen Umsetzung der Vorschriften beteiligt. Den Aufsichtsbehörden kommen nach der DS-GVO auch die Aufgabe der Sensibilisierung und Beratung von Verantwortlichen sowie die Förderung von CoC und Zertifizierungen zu. Dazu gehört nach unserem Verständnis ein intensiverer Dialog mit den Verantwortlichen. Ein solcher hat im Vorgriff zu diesem Papier wie auch im Falle der meisten anderen DSK-Papiere nicht stattgefunden. Stattdessen veröffentlicht die DSK vier Wochen vor der Anwendbarkeit der DS-GVO ein Papier, welches suggeriert, dass Unternehmen nun binnen kürzester Zeit ihre bisher rechtmäßigen Opt-out-Prozesse auf Opt-in-Prozedere umstellen müssen. Dass dies erfahrungsgemäß für viele Unternehmen in der verbleibenden Zeit kaum leistbar ist, sollte den Aufsichtsbehörden klar sein. Falls nicht, zeigt das nur die Dringlichkeit eines strukturierten umfassenden Dialogs mit Wirtschaft und Verbänden. Nur so können wir ein Mindestmaß an Rechtssicherheit für rechtstreue Unternehmen schaffen und gleichzeitig einer Vielzahl von vermeidbaren Datenschutzverstößen vorbeugen. Damit wäre sowohl dem Datenschutz als auch den Unternehmen geholfen.

Bitkom vertritt mehr als 2.500 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.700 Direktmitglieder. Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen 1.000 Mittelständler, mehr als 400 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.