

# **ERGEBNISSE DES RECHTSGUTACHTENS**

**ÜBER DIE**

## **„RECHTLICHEN RAHMENBEDINGUNGEN DER AUSGESTALTUNG SEKTORSPEZIFISCHER ZULÄSSIGKEITSTATBESTÄNDE UND INSBESONDERE DER EINWILLIGUNG IN DER ePRIVACY-VO“**

ERSTELLT VON

**UNIV.-PROF. DR. IUR. JÜRGEN KÜHLING, LL.M.**

REGENSBURG

IM AUFTRAG FOLGENDER VERBÄNDE:

**BUNDESVERBAND DEUTSCHER ZEITUNGSVERLEGER E.V. (BDZV)**  
**BUNDESVERBAND DIGITALE WIRTSCHAFT. E.V. (BVDW)**  
**DEUTSCHER DIALOGMARKETING VERBAND E.V. (DDV)**  
**GESAMTVERBAND DER KOMMUNIKATIONSAGENTUREN E.V. (GWA) /**  
**ORGANISATION DER MEDIAAGENTUREN E.V. (OMG)**  
**HANDELSVERBAND DEUTSCHLAND E.V. (HDE)**  
**MARKENVERBAND E.V. / ORGANISATION WERBUNG TREIBENDE IM MARKENVERBAND (OWM)**  
**VERBAND DEUTSCHER AUSKUNFTS- UND VERZEICHNIS MEDIEN E.V. (VDAV)**  
**VERBAND PRIVATER MEDIEN E.V. (VAUNET)**  
**VERBAND DEUTSCHER ZEITSCHRIFTENVERLEGER E.V. (VDZ)**  
**ZENTRALVERBAND DER DEUTSCHEN WERBEWIRTSCHAFT E.V. (ZAW)**

REGENSBURG, DEN 16. OKTOBER 2019

## A. Ergebnisse

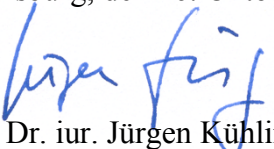
1. Der Grundsatz „*Lex specialis derogat legi generali*“ greift auch bei der Auslegung und Anwendung des EU-Sekundärrechts. Wenn danach für den besonderen Bereich der elektronischen Kommunikationsdienste in der ePrivacy-VO speziellere Regelungen in der Form geschaffen werden, dass diese für den spezifischen Anwendungsbereich strengere, weniger strenge oder schlicht abweichende Bestimmungen schaffen, gehen diese den vergleichbaren Bestimmungen in der DS-GVO vor.
2. Es gibt insoweit keine Besonderheiten in Bezug auf die DS-GVO. Vielmehr bestätigen die Regelungen in Art. 95 und 98 DS-GVO diesen Ansatz einer freien Spezialregelung in der noch geltenden ePrivacy-Richtlinie und der künftigen ePrivacy-VO.
3. Jene Regelungsfreiheit entspricht im Übrigen auch demokratietheoretischen Überlegungen.
4. Insbesondere gibt es keine Restriktion dogmatischer oder rechtssystematischer Art, dass für Spezialbereiche lediglich strengere (d.h. datenschutzfreundlichere) Bestimmungen geschaffen werden dürfen. Insofern greift auch keine Sperrwirkung („*effet cliquet*“) der DS-GVO. In der Konsequenz kann eine ePrivacy-VO strengere, weniger strenge und schlicht abweichende Regelungen gegenüber der DS-GVO in Bezug auf elektronische Kommunikationsdienste normieren, sofern dies im Einklang mit den rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Vorgaben der Grundrechtecharta der EU (GrCH) steht.
5. Rechtspolitisch sind eine große Bandbreite an Ausgestaltungen denkbar. Sie reichen von einem gänzlichen Verzicht auf sektorspezifische Vorgaben bis hin zu einer Ausgestaltung eigenständiger Zulässigkeitstatbestände. Letzteres kann etwa in Form der Regelung von spezifischen Sonderfällen im Bereich der Erbringung elektronischer Kommunikationsdienste ggfls. einschließlich eines (spezifizierten) berechtigten Interesses sowie einer (ggfls. modifizierten) Einwilligung erfolgen.
6. Jegliche Ausgestaltung muss die verschiedenen, teilweise widerstreitenden Interessen an einer Datenverarbeitung auf der einen Seite und einem Verzicht darauf zum Schutz der Privatsphäre auf der anderen Seite zum Ausgleich bringen. Dabei muss es insbesondere auch darum gehen, dass die von den Konsumenten gewünschten Dienste unter Berücksichtigung eines angemessenen Datenschutzes der betroffenen Personen auskömmlich finanziert werden können, damit sie diesen auch weiterhin als Konsumenten zur Verfügung gestellt werden können. Ferner sollte die Regulierung wettbewerbsneutral ausfallen, d.h. den verschiedenen gleichermaßen geschützten Geschäftsmodellen bei der Werbefinanzierung vergleichbare Verwirklichungschancen einräumen.
7. Die bisherige Rechtsprechung des EuGH lässt dem Unionsgesetzgeber – insbesondere mit Blick auf die Datenverarbeitung durch Unternehmen – grundsätzlich einen weiten Spielraum im Datenschutzrecht hinsichtlich der Frage, ob dieser bereichsspezifische Regelungen treffen möchte oder nicht. Das gilt sowohl allgemein als auch konkret in Bezug auf die Regulierung von elektronischen Kommunikationsdiensten.

8. Dabei lässt sich der Architektur der Grundrechtecharta und auch der Rechtsprechung des EuGH gerade *nicht* entnehmen, dass elektronische Kommunikationsdaten grundrechtlich über Art. 7 GrCh *per se* strenger geschützt sind als sonstige Kommunikationsdaten über Art. 8 GrCh. Der Gerichtshof wendet beide Grundrechte nebeneinander an und begreift sie weitgehend parallel. Vielmehr kommt es auf die konkret betroffenen Daten (Wie sensibel sind diese?) und auf die Tiefe des Eingriffs an (Geht es etwa um eine Vorratsdatenspeicherung?).
9. Die – nur teilweise – widerstreitenden grundrechtlichen Anforderungen eines angemessenen Datenschutzes gemäß Art. 7 und 8 GrCh einerseits und insbesondere der unternehmerischen Freiheit aus Art. 16 GrCh andererseits, die einen „Free flow of data“ zu begründen vermögen, verlangen eine angemessene Interessenbalance und ausgewogene Zulässigkeitstatbestände.
10. Geht es um die (Teil-)Finanzierung von Medienprodukten über Datenverarbeitungsprozesse greift zusätzlich die Medienfreiheit aus Art. 11 Abs. 2 GrCh. Diese schützt davor, dass legislative Maßnahmen die Finanzierungsbedingungen der Medien gefährden. Insofern geht es vor allem darum, dass die geschaffenen Regelungen gleichermaßen auch faktisch eine Finanzierbarkeit der Mediendienste ermöglichen. Da Online-Mediendienste existenziell auf die Werbeeinnahmen angewiesen sind, die je nach Ausgestaltung der Verarbeitungsregeln in der ePrivacy-VO stark beeinträchtigt werden können, darf dieser Finanzierungskanal nicht gefährdet werden. Andernfalls läge ein massiver Eingriff in die Medienfreiheit nach Art. 11 Abs. 2 GrCh vor, der sich nicht mit etwaigen datenschutzrechtlichen Interessen rechtfertigen ließe und auch nicht im Einklang stünde mit einem angemessenen Verständnis der informationellen Selbstbestimmung.
11. Die Sicherung der Finanzierungsbedingungen von Medienangeboten auch über – personalisierte – Werbung und die dazu erforderliche Datenverarbeitung sind daher in einem angemessenen Maß ebenso zu gewährleisten wie etwaige eigentumsrechtliche Einschränkungen gemäß Art. 17 GrCh hinzunehmen sind, sofern es um die Ermöglichung der Datenverarbeitung in den Endgeräten des Nutzers geht. Damit ist grundrechtlich keineswegs vorgezeichnet, dass insoweit nur eine Einwilligung als Zulässigkeitstatbestand in Betracht kommt bzw. wie dieser konkret ausgestaltet sein soll. Entscheidend ist allein, dass eine angemessene Balance gefunden wird zwischen den betroffenen Interessen. Das schließt einzelne Ausgestaltungen, die eine Grundrechtsposition ohne hinreichend gewichtige Gründe allzu sehr zurückdrängen (etwa die Medienfreiheit in Form der Finanzierungserfordernisse von Mediendiensten), als nicht grundrechtskonform aus.
12. Im Übrigen muss das Regelwerk in seiner Gesamtheit dem aufgezeigten Interessenausgleich gerecht werden: Je enger also Zulässigkeitstatbestände gefasst werden, desto größer ist die Bedeutung der Einwilligung, ebenso wie umgekehrt gilt, je strenger die Anforderungen an die Einwilligung, desto wichtiger sind die übrigen Zulässigkeitstatbestände. Dabei ist dafür zu sorgen, dass die Anforderungen an die Zulässigkeitstatbestände einschließlich einer Einwilligung rechtlich wie auch faktisch und technisch erfüllbar sind. Das gilt insbesondere für die Möglichkeiten der Erteilung einer Einwilligung und hier für die Frage, ob der Zugang zu einem werbefinanzierten Angebot von der Erteilung einer

Einwilligung abhängig gemacht werden kann. Werden die vorgesehenen Regelungen dabei so anspruchsvoll formuliert, dass sie nur schwer erfüllbar sind, müssen die übrigen Zulässigkeitstatbestände so formuliert werden, dass sie die Datenverarbeitung im erforderlichen Umfang ermöglichen und so für einen sinnvollen Interessenausgleich sorgen.

13. Dies steht in keiner Weise einer Ausgestaltung der Einwilligung (oder eines Zulässigkeitstatbestands) entgegen, die gerade zum Schutz der informationellen Selbstbestimmung auch Modelle einer datenfinanzierten Dienstleistung ermöglicht („Leistung gegen Daten“ statt oder neben einer „Leistung gegen Zahlung“ bzw. gemischten Modellen).
14. Die bislang vorgelegten Regelungsvorschläge genügen diesem Anforderungsprogramm nicht. Sie verdrängen einwilligungsbasierte werbefinanzierte Dienstleistungen im Medienbereich jenseits der großen Internetplattformen. Insgesamt bedingen sie erhebliche Eingriffe in die unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GrCh und über die gefährdeten Finanzierungsmöglichkeiten insbesondere von nicht Log-In-basierten Geschäftsmodellen auch in die Medienfreiheit aus Art. 11 Abs. 2 GrCh, die nicht durch hinreichende Gründe des Datenschutzes gerechtfertigt sind.
15. Zur Wahrung der Freiwilligkeit ist allerdings darauf zu achten, dass marktmächtige Unternehmen nicht auf der Basis eines „take it or leave it“ eine letztlich nicht „freiwillige“ Entscheidung vom Nutzer fordern können, da es kein vergleichbares alternatives Dienstangebot und damit keine Ausweichmöglichkeit gibt. Hier könnten in der Konsequenz marktmächtige Unternehmen verschiedene Entgeltmodelle anbieten müssen.
16. Die Datenschutzgrundrechte verlangen es hingegen keineswegs, dass ein datenfinanzierter Dienst in derselben Ausgestaltung und insbesondere kostenlos angeboten werden muss, wenn der Nutzer eine Finanzierung mit seinen Daten ablehnt. Dies entspricht schon nicht einem angemessenen Verständnis eines auf Selbstbestimmung ausgerichteten Datenschutzgrundrechts. Erst recht wäre dies nicht mit dem Ziel einer angemessenen Ausbalancierung mit Blick auf die unternehmerischen Interessen an der Finanzierung und damit auch dem Verbraucherinteresse an der weiteren Bereitstellung von Diensten in Einklang zu bringen. Die Möglichkeit, einen Bedingungs Zusammenhang zwischen Datenverarbeitung und Dienstleistung herzustellen, ist daher außerhalb der unter der vorangegangenen Ergebnisnummer dargelegten besonderen Konstellation marktbeherrschender bzw. marktstarker Unternehmen gesetzgeberisch zu achten.
17. Dieses Ergebnis und insbesondere ein grundsätzlich der DS-GVO entsprechendes, dort aber noch nicht hinreichend klar bestimmtes Kopplungsverbot bzw. Entkopplungsgebot gilt für jegliche Ausgestaltung eines etwaigen Zugangs von Diensteanbietern zu Daten auf den Endgeräten gemäß eines geplanten Art. 8 ePrivacy-VO sowie für alle Regelungen der Einwilligung in der ePrivacy-VO.

Regensburg, den 16. Oktober 2019

  
Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M.