

Analyse des Positionspapiers der DSK vom 26. April 2018

1. Zentrale Aussagen des Positionspapiers¹

Die DSK hat im Wesentlichen vier Aussagen getroffen:

- a) Die Datenschutzbestimmungen des Telemediengesetzes (TMG) sollen bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit *„der Reichweitenmessung und des Einsatzes von Tracking-Mechanismen, die das Verhalten von betroffenen Personen im Internet nachvollziehbar machen, ab dem 25. Mai 2018 nicht mehr angewendet werden.“*

Als Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung personenbezogener Daten (pD) durch die Anbieter von Telemedien kommen nach der DSK unmittelbar die *„Artikel 6 Absatz 1, insbesondere Buchstaben a), b) und f) DSGVO in Betracht.“*

- b) Die Einwilligung des Betroffenen sei immer dann erforderlich, wenn Tracking-Mechanismen das *„Verhalten von betroffenen Personen im Internet nachvollziehbar machen und bei der Erstellung von Nutzerprofilen.“*

In diesem Fall bedürfe es einer informierten Einwilligung im Sinne der DS-GVO in Form einer *„Erklärung oder sonstigen eindeutig bestätigenden Handlung“*.

- c) *„Verarbeitungen, die unbedingt erforderlich sind, damit der Anbieter den von den betroffenen Personen angefragten Dienst zur Verfügung stellen kann“*, können nach dem Positionspapier *„ggf. auf Art. 6 Absatz 1 Buchstabe b) oder Buchstabe f) DSGVO gestützt werden.“*

- d) *„Ob und inwieweit weitere Verarbeitungstätigkeiten rechtmäßig sind“*, müsse wie mitgeteilt wird *„durch eine Interessenabwägung im Einzelfall auf Grundlage des Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f) DSGVO geprüft werden.“*

¹ Hervorhebungen vom ZAW

2. Executive Summary

a) Rechtliche Aussagen der DSK

Das Positionspapier ist im Hinblick auf die mitgeteilten Ergebnisse und Begründungen in weiten Teilen nicht überzeugend.

Unabhängig von der Frage, ob die Rechtslage in Deutschland ab dem 25. Mai 2018 unmittelbar aus der Anwendung der DS-GVO folgt oder, was methodisch richtig ist, die Bestimmungen des TMG weiterhin heranzuziehen und im Lichte der Grundverordnung auszulegen sind, gibt das Dokument der DSK weder vollständig noch verlässlich Auskunft über Datenverarbeitungserlaubnisse im Bereich Tracking ab dem genannten Datum.

- Die DSK postuliert für die einwilligungsbasierte Datenverarbeitung einen denkbar weiten Anwendungsbereich und stattet diesen, obschon dies normativ nicht zutreffend ist, mit Vorrang gegenüber den anderen Erlaubnisnormen der DS-GVO aus. Zwar ist dem Positionspapier darin zuzustimmen, dass die Einwilligung des Betroffenen die von der DSK genannten Verarbeitungstätigkeiten („*Tracking-Mechanismen, die das Verhalten von betroffenen Personen im Internet nachvollziehbar machen*“ und „*Nutzerprofile*“) rechtfertigen kann. Anders als in dem Dokument formuliert („*Es bedarf jedenfalls einer vorherigen Einwilligung...*“) ist die Einwilligung des Betroffenen nach der DS-GVO hierfür aber nicht zwingend erforderlich. Die genannten Datenverarbeitungszwecke können nach der DS-GVO auch durch andere Erlaubnistatbestände, insbesondere die Erlaubnis zur Verarbeitung im berechtigten Interesse des Diensteanbieters und zur Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen, legitimiert werden. Die DSK postuliert mit der starren Zuweisung zum Erlaubnistatbestand der Einwilligung an dieser Stelle ein Ergebnis, das die Rechtslage nach der DS-GVO nicht korrekt widerspiegelt.
- Die Datenverarbeitung im berechtigten Interesse des Diensteanbieters und zur Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen wird lediglich punktuell thematisiert. Das Bild, das das Positionspapier hierzu zeichnet, ist unvollständig. Die Vertragsdatenverarbeitung sowie die Verarbeitung aufgrund berechtigter Interessen rechtfertigen in der Tat den von der DSK genannten Verarbeitungszweck („*damit der Anbieter den von der betroffenen Person angefragten Dienst zur Verfügung stellen kann*“). Nahezu vollständig ausgeblendet wird aber, dass die genannten Erlaubnisnormen eine Vielzahl weiterer Verarbeitungszwecke und –maßnahmen

legitimieren. Der in dem Positionspapier enthaltene Satz, wonach eine Interessenabwägung „im Einzelfall“ auf Grundlage des Art. 6 (1) lit. f DS-GVO weitere Verarbeitungstätigkeiten rechtfertigen kann, ist in diesem Zusammenhang sicherlich zutreffend. Den berechtigten Erwartungen und Bedürfnissen der Praxis entspricht eine solche rein salvatorische Klausel aber keinesfalls. Die DSK ist an dieser Stelle indes nicht nur dem Einwand der Praxisferne ausgesetzt. Indem das Positionspapier einen weitreichenden Vorrang zugunsten der einwilligungsbasierten Datenverarbeitung konstruiert, wird der Anwendungsbereich der Datenverarbeitung aufgrund berechtigter Interessen verkürzt. Die DS-GVO kennt jedoch weder eine starre Zuordnung bestimmter Verarbeitungszwecke und -maßnahmen zur einwilligungsbasierten Datenverarbeitung noch deren Vorrangstellung gegenüber anderen Erlaubnistatbeständen.

b) Zur praktischen Einordnung des Positionspapiers: Hinweise für Unternehmen

Auch wenn abzuwarten bleibt, ob und inwiefern die jeweils zuständigen Aufsichtsbehörden ihre Aufsichtstätigkeiten tatsächlich an dem Positionspapier der DSK ausrichten – dieses ist mit keiner unmittelbaren rechtlichen Wirkung versehen – ist aus Unternehmenssicht das Folgende zu beachten:

- Rechtlich entscheidend ist die konkrete Zuordnung eines Sachverhalts zu einem Erlaubnistatbestand der DS-GVO, nicht aber die Eingruppierung unter ein Positionspapier der DSK, zumal wenn dieses, so wie hier, außerordentlich abstrakt, unvollständig und rechtlich fragwürdig formuliert ist.
- Hierbei sind insbesondere die betroffenen Daten, die bei der Verarbeitung eingesetzten Technologien, die getroffenen technisch-organisatorischen Maßnahmen, die verfolgten Zwecke, die zugrundeliegende Nutzungssituation und die Rechtsbeziehungen zwischen den Akteuren sowie die getroffenen Transparenzmaßnahmen umfassend und risikobezogen zu würdigen. Dies gilt in einem besonderen Maße für den Erlaubnistatbestand der Interessenabwägung nach Art. 6 (1) lit. f. DS-GVO.
- Eine umfassende Sachverhaltsermittlung und korrekte Subsumtion unter die DS-GVO, bei der der wertsetzenden Bedeutung der jeweils betroffenen Grundrechte konkret Rechnung zu tragen ist, ist weiterhin erforderlich. Rechtspolitisch motivierte Einlassungen der DSK, auch wenn sie nicht in der dafür vorgesehenen Form der Entschließung ergangen sind, ersetzen weder die korrekte Rechtsanwendung noch

schaffen sie neues Recht. Die DSK ist Interpret der DS-GVO, nicht Ersatzgesetzgeber.

3. Rechtliche Analyse des Positionspapiers

Sofern die in Cookies oder mittels anderer Verfahren erzeugten und hierbei verwendeten IDs und sonstigen Kennungen oder die erhobenen Informationen selbst pD im Sinne von § 4 (1) Nr. 1 DS-GVO sind, kann Tracking auf verschiedene Bestimmungen der DS-GVO gestützt werden.

a) Zum methodischen Vorgehen der DSK

Die in erteilte Absage an die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des TMG für die Beurteilung von Reichweitenmessungen und Tracking, darunter auch § 15 (3) TMG, wurde von vielen Beobachtern erwartet; sie entspricht im Vorfeld veröffentlichten Äußerungen der aufsichtsrechtlichen Seite.²

Das TMG wird dennoch in Deutschland über den 25. Mai 2018 hinaus weiterhin gelten. So wenig die Europäische Union die Kompetenz hat, deutsche Gesetze zu verändern oder außer Kraft zu setzen, so wenig kommt dies den Aufsichtsbehörden zu. Die Grundsätze zur Behandlungen einer solchen Normenkonstellationen sind geklärt und sie sind eindeutig: Bei korrekter Auslotung des Verhältnisses zwischen dem nationalen TMG und der DS-GVO kommt der Unionsverordnung in dem hier betroffenen Bereich Anwendungsvorrang zu. Sie hat aber, wie andere Unionsverordnungen auch, keinen Geltungsvorrang. Vorrangig ist damit zunächst die europarechtskonforme Auslegung des TMG. Die DSK verzichtet ohne Begründung hierauf. Ob ein Konflikt zwischen den jeweiligen Bestimmungen des TMG und der DS-GVO besteht und, sofern dieser nicht durch verordnungskonforme Auslegung des TMG aufgelöst werden kann, die jeweilige TMG-Bestimmung im konkreten Einzelfall nicht angewendet werden kann, ist damit weiterhin offen. Die Entscheidung hierüber obliegt den Gerichten, in letzter Konsequenz dem europäischen Gerichtshof.

Selbst wenn man dem Standpunkt der DSK unkritisch folgt, ab dem 25. Mai 2018 das TMG ignoriert und die DS-GVO unmittelbar angewendet sehen will, ist die Rechtslage bzw. das System der Datenverarbeitungserlaubnisse umfassender, differenzierter und in Bezug auf die Einzelbestimmungen weitreichender als in dem Positionspapier mitgeteilt, insbesondere im Hinblick auf die Datenverarbeitung aufgrund berechtigter Interessen. Die DSK gibt den Regelungsgehalt der in Betracht kommenden Erlaubnistatbestände der DS-GVO, wie im Folgenden näher begründet,

² Benedikt, DSB 04/2018, 82.

weder vollständig noch normativ belastbar wieder.

Zuzustimmen ist der DSK in diesem Punkt: Die bis zur Verbindlichkeit einer E-Privacy-Verordnung weiter bestehende E-Privacy-Richtlinie ist – anders als von einzelnen Aufsichtsstellen in früheren Äußerungen teilweise noch vertreten – für den Themenbereich „Tracking“ bei Telemedien (im nicht-öffentlichen Bereich) nicht unmittelbar anwendbar.

Das Positionspapier geht mit dieser zweifelsohne richtigen Einschätzung jedoch inkonsequent um und verweist, um das intendierte Einwilligungserfordernis zu begründen, auf ein *„europäisches Rechtsverständnis zu Artikel 5 Absatz 3 der ePrivacy Richtlinie“*. In Bezug auf die Verarbeitung pD durch Telemedien, ist die E-Privacy-Richtlinie jedoch weder eine Spezialregelung zur DS-GVO noch determiniert sie deren Auslegung.

b) Zur Auslegung der DS-GVO

Konkret in Betracht kommen die Erlaubnisse nach § 6 (1) lit. a, b oder f DS-GVO. Alle drei Erlaubnistatbestände stehen gleichberechtigt zur Verfügung. Es existiert kein Rangverhältnis. Ebenso wenig weist die DS-GVO einzelne Tracking-Maßnahmen dem einen oder anderen Erlaubnistatbestand statisch zu. Entscheidend für die Frage der Rechtmäßigkeit nach der DS-GVO ist, ob ein konkreter Trackingsachverhalt die jeweiligen Voraussetzungen der genannten Normen erfüllt oder nicht.

- (1) Die Ansicht der DSK, wonach es der vorherigen Einwilligung des Betroffenen immer dann bedarf, wenn Tracking-Mechanismen *„das Verhalten von Personen nachvollziehbar machen und bei der Erstellung von Nutzungsprofilen“*, wobei dies losgelöst vom eigentlichen Zweck der Datenverarbeitung, den technisch-organisatorischen Bedingungen und den getroffenen Transparenzmaßnahmen gelten soll, postuliert ein der DS-GVO nicht bekanntes starres Zuordnungs- und Vorrangverhältnis zugunsten von Art. 6 (1) lit. a DS-GVO. Eine normative Basis, abgeleitet aus dem Wortlaut, der Systematik und dem Zweck der Vorschrift oder aus den Materialien zur DS-GVO ist hierfür nicht ersichtlich. Wenn bestimmte Datenverarbeitungsszenarien lediglich durch die Einwilligung des Betroffenen oder unter anderen speziellen Voraussetzungen zulässig sein sollen, drückt die DS-GVO dies explizit aus, s. Art. 9 (2) DS-GVO.
- (2) Die in Art. 6 (1) lit f. DS-GVO verlangte umfassende Interessenabwägung, mithin die nach ihrem Wortlaut und im Verhältnis zu den anderen Erlaubnisnormen der

DS-GVO systematisch als Generalklausel ausgestaltete Erlaubnisnorm, wird in dem Positionspapier a priori verkürzt. Auch hierfür sind der DS-GVO keine normativ belastbaren Anhaltspunkte zu entnehmen.

- (3) Art. 21 (1) DS-GVO statuiert ein allgemeines, in Absatz 2 der Vorschrift ein speziell auf Direktwerbung bezogenes Widerspruchsrecht des Betroffenen. Das Widerspruchsrecht sichert die informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen ab, wenn die Datenverarbeitung auf Art. 6 (1) lit. f DS-GVO beruht. Es bezieht sich auch auf den Tatbestand des Profiling, Art. 21 (2) DS-GVO. Der Begriff des Profiling ist in der DS-GVO legal definiert, Art. 4 Nr. 4 DS-GVO. Er umfasst u.a. jede Art automatisierter Datenverarbeitung, die darin besteht pD zu verarbeiten, um persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, zu analysieren oder vorherzusagen. Hierunter fallen u.a. Daten mit Bezug zu persönlichen Vorlieben, Interessen, Verhalten und Aufenthaltsort. Die Definitionslage, der Wortlaut der Widerspruchsregelung und der systematische Zusammenhang zur Regelung des Art. 6 (1) lit. f. DS-GVO weisen aus, dass die DS-GVO auch die Erstellung von Nutzungsprofilen nicht allein aufgrund der Einwilligung erlaubt. Die DSK übersieht in ihrem Positionspapier diesen Zusammenhang und gelangt damit auch nicht zu der entscheidenden Schlussfolgerung: Gerade weil das Widerspruchsrecht des Betroffenen nach der DS-GVO auch Profiling umfasst, steht die Interessenabwägung für Tracking-Maßnahmen als normativ intendiert gleichberechtigter Erlaubnistatbestand zur Verfügung. Die DSK weicht hiervon ab, setzt eigene Regeln an die Stelle der DS-GVO, überschreitet dabei aber auch die Grenzen korrekter Gesetzesauslegung.
- (4) Auch mit Blick auf die Regelung in Art. 22 DS-GVO ist die von der DSK vorgenommene Aufteilung nicht haltbar. Betroffene haben hiernach das Recht, keiner auf eine ausschließlich automatisierte Verarbeitung beruhenden Entscheidung, einschließlich Profiling, unterworfen zu sein. Entsprechende Verarbeitungen können nach dem Katalog in Absatz 2 der Regelung gerechtfertigt werden, die Verarbeitung nach Art. 6 (1) lit. f DS-GVO zählt indes nicht hierzu. Unter die Bestimmung fällt jedoch nicht jede Entscheidung oder Profilbildung, sondern lediglich eine Einzelfallentscheidung, „die dem Betroffenen gegenüber rechtliche Wirkung“ im Sinne individuell belastender Rechtsfolgen entfaltet oder wenn sie die betroffene Person „in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt“. Bei letzterem handelt es sich um eine gleichberechtigte qualifizierte Voraussetzung, nicht um einen Auffangtatbestand, der geringere Voraussetzungen erfordert. Die Einwilligung nach Art. 22 (2) DS-GVO verlangt konsequenterweise daher auch die „ausdrückliche Einwilligung“, mithin einen besonders qualifizierten

Erklärungstatbestand, vergleichbar der Einwilligung bei sensiblen Daten.

Das Positionspapier der DSK ignoriert diese Zusammenhänge und statuiert undifferenziert die Erfordernis einer Einwilligung für jedwede, auch nicht qualifizierte Formen der Profilbildung. Zutreffend nach der DS-GVO ist im Hinblick auf Reichweitenmessungen oder zielgruppenspezifische Online-Werbeschaltungen erneut das folgende Auslegungsergebnis: Solche Maßnahmen können, weil sie keine einzelfallbezogenen nachteiligen Rechtsfolgen oder in ähnlicher Weise erhebliche (negative) Beeinträchtigungen nach sich ziehen, auf Art. 6 (1) lit. f DS-GVO gestützt werden.

- (5) Die DS-GVO beruht auf einem risikobasiertem Regelungskonzept, der Beschluss der DSK spiegelt dies nicht wider. Gerade in dieser Hinsicht ist die von der DSK vorgenommene „jedenfalls-Zuweisung“ der aufgeführten Tracking-Mechanismen zum Tatbestand des Art. 6 (1) lit. a DS-GVO nicht überzeugend. Die risikobasierte Betrachtungsweise ist insbesondere im Hinblick auf die Eingriffstiefe der Datenverarbeitung zu beachten. Die Verarbeitung pD in pseudonymisierter Form wird von der DS-GVO dabei als risikomindernder und damit abwägungsrelevanter Faktor anerkannt. Wie in den Erwägungsgründen formuliert, will die DS-GVO diese Form der Verarbeitung pD fördern (ErwG 28, 29). Weder dem Wortlaut des legal definierten Verarbeitungsvorgangs der Pseudonymisierung (Art. 4 Nr. 5 DS-GVO) noch Art. 6 (1) lit. f DS-GVO und auch nicht anderen zentralen Normen des Gesetzes (Art. 6 (4) DS-GVO) ist zu entnehmen, dass die Verarbeitung zum Zweck der Profilbildung zwingend einer vorherigen Einwilligung, so wie von der DSK postuliert, bedarf. Zutreffend ist erneut das Gegenteil: Die pseudonyme Datenverarbeitung ist bei der nach Art. 6 (1) lit. f DS-GVO erforderlichen Interessenabwägung in Ansatz zu bringen, und zwar auch, wenn es um die von der DSK genannten Tracking-Maßnahmen geht. Bei der gebotenen grundrechtskonformen Auslegung der DS-GVO (s. Art. 1 (2) DS-GVO, ErwG 4) ist die Relevanz technisch-organisatorischer Maßnahmen wie der Pseudonymisierung unteilbar. Die DSK bleibt damit hinter den normativen Anforderungen zurück, die der DS-GVO zugrunde-, aber auch voraus liegen. Angesichts der in dieser Hinsicht bestehenden Unvollständigkeit des Positionspapiers, sind die allgemein getroffenen Aussagen zugunsten der einwilligungsbasierten Datenverarbeitung weder verlässlich noch im Sinne eines modernen Datenschutzrechts hilfreich.
- (6) Die Interpretation der DS-GVO durch die DSK leitet sich ersichtlich von älteren Publikationen der Art. 29 Arbeitsgruppe zur Auslegung von Art. 5 (3) E-Privacy-Richtlinie ab. Das hierin vertretene restriktive Auslegungsverständnis der E-Privacy-

Richtlinie wird unbesehen übernommen und für die Datenverarbeitung zwecks Zurverfügungstellung eines angeforderten Internetdienstes in die DS-GVO hineingelesen.³

Das Regel-Ausnahmeverhältnis von Art. 5 (3) E-Privacy-Richtlinie entspricht jedoch nicht der Systematik des Katalogs der Erlaubnistatbestände in Art. 6 (1) DS-GVO. Insbesondere ist Art. 6 (1) lit. f DS-GVO nicht auf die Verarbeitung von pD im Sinne von Konnektivitätsdaten begrenzt, deren Verarbeitung erforderlich ist, um ein vom Betroffenen angefragtes Telemedienangebot zur Verfügung zu stellen. Der Wortlaut und die Systematik der DS-GVO können indes nicht durch eine richtlinienorientierte Auslegung der DS-GVO relativiert werden. Aus Art. 95 DS-GVO, der das Verhältnis zwischen der E-Privacy-Richtlinie und der DS-GVO regelt, folgt nicht anderes. Diese Kollisionsregel statuiert den Vorrang der E-Privacy-Richtlinie nur für Datenverarbeitungen, die „in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen“ erfolgen, wozu Telemedienangebote unstreitig gerade nicht gehören. Das Positionspapier der DSK zitiert diese Regelung, übergeht aber ihren Wortlaut und statuiert damit ein Prinzip, das der DS-GVO nicht entnommen werden kann. Richtigerweise ist vom Vorrang der Regelungen der DS-GVO, dem im Vergleich zur E-Privacy-Richtlinie historisch jüngeren Gesetz, auszugehen. Die DS-GVO und mit ihr der Erlaubnistatbestand des Art. 6 (1) lit. f DS-GVO sind, soweit es um die Verarbeitung pD geht, autonom und nicht „durch die Brille der E-Privacy-Richtlinie“ auszulegen.

Hieraus folgt: Die Verarbeitung pD ist zu dem vom Verantwortlichen festgelegten Zweck immer dann erlaubt, wenn sie zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist und das gegenläufige Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Datenverarbeitung das Verarbeitungsinteresse nicht überwiegt. Die DS-GVO selbst zählt in den Erwägungsgründen eine Vielzahl von Zwecken auf, die als intendiert berechtigtes Interesse im Sinne von Art. 6 (1) lit. f DS-GVO anerkannt sind⁴ und im Rahmen der Interessenabwägung auch zur Datenverarbeitung nicht nur für statistische Zwecke berechtigen. Dabei sind

³ Positionspapier, S. 3, Fn. 7.

⁴ Kundenbeziehungen (ErwG 47), die Verarbeitung innerhalb einer Unternehmensgruppe für interne Verwaltungszwecke, einschließlich der Verarbeitung von Daten von Kunden (ErwG 48), die Gewährung der Netz- und Informationssicherheit, die Sicherstellung der Integrität eines Dienstes sowie Verarbeitungen zur Vermeidung von Eingriffen und schließlich auch die Verarbeitung zum Zwecke der Direktwerbung (ErwG 47).

Transparenzmaßnahmen des Verantwortlichen und ihre Bedeutung für das Merkmal der vernünftigen Erwartungshaltung des Betroffenen (ErwG 47) ebenso Rechnung zu tragen wie den getroffenen technisch-organisatorischen Vorkehrungen, zum Beispiel in Gestalt der pseudonymen Datenverarbeitung.

- (7) Die Verarbeitung pD zwecks Erfüllung eines Vertrags gemäß § 6 (1) lit. b DS-GVO wird von der DSK erwähnt. Die Auseinandersetzung hiermit ist jedoch weder angemessen noch rechtlich überzeugend. Das Positionspapier erwägt für die Vertragsdatenverarbeitung im Sinne der DS-GVO lediglich einen einzigen Anwendungsfall (*„... können ggf. auf Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b ... gestützt werden“*), nämlich: *„Verarbeitungen, die unbedingt erforderlich sind, damit der Anbieter den von den betroffenen Personen angefragten Dienst zur Verfügung stellen kann“*.

Selbstverständlich können Tracking-Maßnahmen jedoch in einem weitergehenden Ausmaß als von der DSK formuliert Gegenstand vertraglicher Leistungsbeziehungen sein und damit auch die entsprechende Datenverarbeitung als dann im Sinne der DS-GVO zur Vertragserfüllung erforderliche Datenverarbeitung legitimieren, etwa bei der werblichen Refinanzierung eines entgeltlosen Telemedienangebots. Alles andere liefe auf einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die grundrechtlich geschützte Angebotsfreiheit des Anbieters und die Vertragsgestaltungsfreiheit hinaus. Die in dem Positionspapier auch hier vertretene einschränkende Auslegung von Art. 6 (1) lit. b DS-GVO, bei dem die Datenverarbeitung auf den Zweck der Auslieferung des Dienstes in technischer Hinsicht begrenzt wird, scheint ebenfalls von der E-Privacy-Richtlinie inspiriert zu sein. Mit der DS-GVO ist ein solches Verständnis jedoch nicht vereinbar. Das Merkmal der „Erforderlichkeit“ in Art. 6 (1) lit. b DS-GVO kennt diese Begrenzung schlicht nicht. Die DS-GVO erkennt die Festlegung der Vertragsinhalte und Modalitäten durch den Anbieter an. Die unter Rückgriff auf die E-Privacy-Richtlinie vorgenommene korrigierende Auslegung der DS-GVO ist, wie zuvor für Art. 6 (1) lit. f DS-GVO ausgeführt, nicht statthaft.

- (8) Die Einwilligung nach der DS-GVO – ausgedrückt durch die Legaldefinition in § 4 Nr. 11 DS-GVO und näher erläutert in ErwG 32 – umfasst „unmissverständliche Willensbekunden in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung“. Das Positionspapier der DSK nimmt hierauf Bezug. Entgegen einzelner, die DS-GVO unzutreffend interpretierender Vorabveröffentlichungen aus dem Kreis der Aufsichtsbehörden⁵ enthält der

⁵ Benedikt, DSB 04/2018, 81 f.

Beschluss keine Einwände gegenüber Verhaltensweisen mit denen im jeweiligen Kontext eindeutig ein Einverständnis zum Ausdruck gebracht wird. Die Aufsichtsbehörden gehen an dieser Stelle offenbar davon aus, dass die Einwilligung nach der DS-GVO auch implizit, d.h. durch entsprechende eindeutige Nutzerhandlungen erteilt werden kann, zum Beispiel durch die aktive Nutzung einer Webseite, wenn der User zuvor unmissverständlich darüber aufgeklärt wurde, dass nämliche Nutzung sein Einverständnis in eine Datenverarbeitung im Sinne von Art. 6 (1) lit. a DS-GVO bedeutet. Dies ist zu begrüßen.

ZAW, Berlin, 2. Mai 2018