

Zulässigkeit des Einsatzes von Tracking-Tools

**Gegenüberstellung der Positionen der
Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder (DSK) vom 26.04.2018
und
Heidelberger-Kommentar DS-GVO/BDSG und GDD vom 09.05.2018**

	DSK	Heidelberger Kommentar / GDD
Gemeinsame Standpunkte	<p style="text-align: center;">(1) Die ePrivacy-VO wird <i>lex specialis</i> zur DS-GVO.</p> <ul style="list-style-type: none"> • ePrivacy-VO präziser, soweit es um den Schutz personenbezogener Daten bei der elektronischen Kommunikation geht. (Rechtsgrundlagen zur Verarbeitung von Kommunikationsdaten).¹ • Ergänzender Charakter führt zu eigenständigem Regelungsgehalt. Wo ePrivacy-VO nicht konkretisiert, sondern ergänzt, ist sie kein <i>lex specialis</i> zur DS-GVO.² • Allgemeine Vorschriften DS-GVO bleiben dort anwendbar, wo in ePrivacy-VO auf abschließende spezialgesetzliche Regelung verzichtet wird. <p style="text-align: center;">(2) 4. Abschnitt TMG kommt ab 25. Mai 2018 neben der DS-GVO nicht mehr zur Anwendung.</p> <ul style="list-style-type: none"> • 4. Abschnitt TMG keine Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie. Kein Anwendungsvorrang als spezialgesetzliche Regelung für bei elektronischen Kommunikationsdienste auf Grundlage Art. 95 DS-GVO.³ <p style="text-align: center;">(3) Rechtsgrundlagen für Verarbeitung personenbezogener Daten beim Einsatz von Cookies folgen aus DS-GVO.</p> <p style="text-align: center;">(4) Technisch notwendige Verarbeitungen für Bereitstellung eines Dienstes sind nach Art. 6 Abs. 1 lit. b oder f DS-GVO zulässig.⁴</p>	
Unterschiedliche Position: Tracking-Mechanismen	Tracking- Mechanismen, die Verhalten von betroffenen Personen im Internet nachvollziehbar machen und bei der Erstellung von Nutzerprofilen eingesetzt werden, erfordern ausdrückliche Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO , selbst in pseudonymisierter Form. ⁵	Tracking-Mechanismen, die das Verhalten von betroffenen Personen im Internet nachvollziehbar machen und bei der Erstellung von Nutzerprofilen nach Interessenabwägung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO zulässig. ⁶
Begründung	<ul style="list-style-type: none"> • Argument: Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-RL fordert Opt-In. Verweise in ePrivacy-RL auf die Datenschutzrichtlinie nach Art. 94 Abs. 2 DS-GVO gelten als Verweise auf DS-GVO. Deshalb muss Einwilligung i.S.d. ePrivacy-RL ab dem 25.05.2018 den Anforderungen an Einwilligung nach DS-GVO genügen.⁷ • Einsatz von Tracking-Tools kann nicht über Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO gerechtfertigt. Zwar gemäß ErwG 47 Werbung und Direktmarketing berechtigtes Interesse des Verantwortlichen. Durch Online-Tracking aber Erstellung umfassender Nutzungsprofile. Beeinträchtigungen des Betroffenen erheblich und Interessenabwägung immer gegen Tracking-Einsatz.⁸ 	<ul style="list-style-type: none"> • (Direkt-)Werbung nach DS-GVO (ErwG 47) grundsätzlich berechtigtes Interesse (Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO). Nach Regelungsverständnis DS-GVO grundsätzlich nicht von einer Einwilligung abhängig.⁹ • Insbesondere bei pseudonymer Nutzung personenbezogener Daten Interessenabwägung (Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO).¹⁰ • Wenn Direktwerbung berechtigtes Interesse ist, muss auch das Tracking von Nutzerverhalten als weniger stark in das Persönlichkeitsrecht eingreifende Maßnahme grundsätzlich zulässig sein (so auch WP 217).¹¹ • Bei Zulässigkeit nach Zielen der Datenverarbeitung differenzieren:¹² <ul style="list-style-type: none"> - Bei sensiblen oder nicht pseudonymisierten Daten über umfassendes Werbenetzwerk: Beeinträchtigung erheblich. - Nutzungsprofile bei Online-Tracking nicht derart schwerwiegend, wenn kein Personenbezug. Pseudonymisierung trägt schutzwürdigen Interessen hinreichend Rechnung.¹³

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

² HK-DS-GVO *Schwartzmann/Klein* Art. 6 Abs. 1 lit. f Rn. 141.

³ Vgl. dazu die Positionsbestimmung der DSK vom 26. April 2018, S. 2 sowie HK-DS-GVO *Schwartzmann/Klein* Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO Rn. 141 und übereinstimmend die Pressemitteilung der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e. V. (GDD) vom 09. Mai 2018, abrufbar unter <https://www.gdd.de/aktuelles/startseite/zulaessigkeit-des-tracking-nach-der-ds-gvo>.

⁴ HK-DS-GVO *Schwartzmann/Klein* Art. 6 Abs. 1 lit. f Rn. 137 f. und 141 sowie die Pressemitteilung der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e. V. (GDD) vom 09. Mai 2018, abrufbar unter <https://www.gdd.de/aktuelles/startseite/zulaessigkeit-des-tracking-nach-der-ds-gvo>; Übereinstimmend Positionsbestimmung der DSK vom 26. April 2018, S. 3.

⁵ Positionsbestimmung der DSK vom 26. April 2018, S. 3 f.

⁶ HK-DS-GVO *Schwartzmann/Klein* Art. 6 Abs. 1 lit. f Rn. 137 ff. sowie auf dieser Basis auch Pressemitteilung der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e. V. (GDD) vom 09. Mai 2018, abrufbar unter <https://www.gdd.de/aktuelles/startseite/zulaessigkeit-des-tracking-nach-der-ds-gvo>.

⁷ Positionsbestimmung der DSK vom 26. April 2018, S. 4.

⁸ So die Referatsleiterin des BayLDA *Benedikt* DB Nr. 04/2018, S. 80 ff.

⁹ HK-DS-GVO *Schwartzmann/Klein* Art. 6 Abs. 1 lit. f Rn. 134 und 141 sowie Pressemitteilung der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e. V. (GDD) vom 09. Mai 2018, abrufbar unter <https://www.gdd.de/aktuelles/startseite/zulaessigkeit-des-tracking-nach-der-ds-gvo>.

¹⁰ HK-DS-GVO *Schwartzmann/Klein* Art. 6 Abs. 1 lit. f Rn. 139.

¹¹ HK-DS-GVO *Schwartzmann/Klein* Art. 6 Abs. 1 lit. f Rn. 141; Pressemitteilung der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e. V. (GDD) vom 09. Mai 2018, abrufbar unter <https://www.gdd.de/aktuelles/startseite/zulaessigkeit-des-tracking-nach-der-ds-gvo> sowie WP 217 der Art.29-Datenschutz-Gruppe zum Begriff des berechtigten Interesses, S. 31 ff.

¹² Vgl. dazu WP 217 der Art.29-Datenschutz-Gruppe zum Begriff des berechtigten Interesses, S. 31 ff.

¹³ HK-DS-GVO *Schwartzmann/Klein* Art. 6 Abs. 1 lit. f Rn. 137 ff. und 141 sowie Pressemitteilung der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e. V. (GDD) vom 09. Mai 2018, abrufbar unter <https://www.gdd.de/aktuelles/startseite/zulaessigkeit-des-tracking-nach-der-ds-gvo>.