



Die Werbewirtschaft

Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V.

Stellungnahme zur Leitlinie 2/2023 des European Data Protection Board (EDPB) on the Technical Scope of Art. 5(3) of ePrivacy Directive

Stand: 18. Januar 2024

Der ZAW

Der Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (ZAW) ist der Dachverband der Werbewirtschaft in Deutschland. Mit seinen 41 Mitgliedsorganisationen vertritt der ZAW die Interessen sämtlicher Branchen und Sektoren der Werbewirtschaft. Die Mitglieder des ZAW sind Organisationen und Unternehmen aus den Bereichen der werbenden Wirtschaft, der Medien | Werbeträger, der Kommunikations- und Mediaagenturen sowie der Markt- und Sozialforschung. Er repräsentiert die gesamte digitale Wertschöpfungskette der Online-Werbung von den Medien/Werbeträgern/Publishern über Agenturen und AdTech-Anbieter bis hin zu den werbenden Unternehmen.

A. Bedeutung der Leitlinie

Die Leitlinie formuliert ein neues, im Vergleich zur bisherigen Auslegung extensives Verständnis des Anwendungsbereichs von Art. 5 Abs. 3 S. 1 der Richtlinie 2002/98/EG¹ in der durch die Richtlinie 2009/136/EG geänderten Fassung² (Im Folgenden: „ePRL“).

Von einem *„Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind“* soll immer dann gesprochen werden, der Tatbestand als erfüllt angesehen werden können, wenn Informationen von einem Endgerät aus zu einem Empfänger außerhalb des Endgerätes gelangen. Die Leitlinie spricht dann von *„gaining of access to information“* (s. Rz. 26 ff, 33 Leitlinie; mit Beispielen unter Rz. 46 ff).

Bereits die Übertragung von Informationen als solche, sofern sie nur aus dem Endgerät heraus erfolgt, eröffnet damit den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 S. 1 ePRL. Unerheblich sei, wer die Informationen gespeichert und die Übertragung der Informationen initialisiert habe. Somit können auch rein technische und im Sinne des Internetprotokolls notwendige Übertragungen von Informationen als tatbestandsmäßig angesehen werden (s. Beispiele unter Rz. 46 ff Leitlinie).

¹ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation.

² Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz.

Mit Blick auf das alternative Tatbestandsmerkmal „*der Speicherung von Informationen auf dem Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers*“ stellt sich die Leitlinie auf dem Standpunkt, dass die Dauer der Speicherung unerheblich sei. Auch flüchtige und lediglich vorübergehende (technisch notwendige) Speichervorgänge (bspw. in RAM- und CPU) können demnach tatbestandlich im Sinne von Art. 5 Abs. 3 S. 1 ePRL sein (s. Rn. 37 Leitlinie).

Nach der Leitlinie werden eine Vielzahl von Informationsübertragungen dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und damit dem Informations- und Einwilligungserfordernis gemäß Art. 5 Abs. 3 S. 1 ePRL unterliegen. Sofern nicht die Ausnahmebestimmung des Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePRL erfüllt ist – hierzu macht die Leitlinie jedoch keinerlei Ausführungen – müssten die Anbieter (Webseitenbetreiber, App-Publisher) eine Vielzahl von Einwilligungsabfragen, die den komplexen Anforderungen der Datenschutzgrundverordnung (s. Art. 4 Nr. 11, Art. 7 Abs. 4 DS-GVO entsprechen, aufsetzen und die Nutzer müssten hierin jeweils einwilligen bevor die von der Leitlinie eingeführten Informationsübertragungen rechtmäßig stattfinden können. Auch hierzu, d.h. wie ein namhaft ausgeweitetes Einwilligungsmanagement aus Anbietersicht praktisch gelingt und welche Folgen stark erweiterte Einwilligungsabfragedialoge aus Nutzersicht haben, schweigt die Leitlinie.

Das Fehlen einer Folgenabschätzung für die neue Interpretation der ePRL überrascht. Der ZAW meint, dass dies definitiv ein erheblicher Mangel der Leitlinie ist. Denn wenn das EDPB den Anwendungsbereich der Richtlinie in quantitativer und qualitativer Hinsicht so weit ausdehnt, dass jedwede elektronische Kommunikation von der speziellen Regelung des Art. 5 Abs. 3 ePRL erfasst werden kann, sollten die praktischen Konsequenzen, die rechtlich geschützten Interessen (der Anbieter), die Zielsetzungen der Richtlinie und (natürlich auch) der nationale Umsetzungsstand berücksichtigt werden.³

Das EDPB scheint indes auf dem Standpunkt zu stehen, dass die Leitlinie lediglich Unklarheiten beim technischen Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 ePRL beseitige und dabei den Rahmen zulässiger Gesetzesauslegung nicht überschreite, mithin nur das zu Tage gefördert werde, was ohnehin bereits gelte und dies angesichts neuerer technischer Entwicklungen geboten sei (vgl. Rz. 2 Leitlinie). Dies trifft jedoch nicht zu (nachfolgend unter C). Richtig ist: Art. 5 Abs. 3 S. 1 ePRL ist technikneutral formuliert. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für das hierin statuierte Verbot mit Erlaubnisvorbehalt sind aber nicht uferlos. Die Leitlinie überschreitet die Grenzen zulässiger

³ Die ePRL bedarf zu ihrer Wirksamkeit nationaler gesetzlicher Umsetzungsakte, sie hat, was unstreitig ist, keine unmittelbar horizontale Wirkung. Die Reichweite ihrer Umsetzungsangaben obliegt in letzter Instanz der Auslegung durch den EuGH, Art. 267 AEUV.

Auslegung und verfolgt dabei einen anderen Ansatz. Hierfür steht die unbelegte Narration, wonach Unklarheiten hinsichtlich des Anwendungsbereichs von Art. 5 Abs. 3 ePRL Anreize geschaffen hätten, alternative Lösungen für die Verfolgung von Internetnutzern zu implementieren, die dazu geführt hätten, die in der Bestimmung vorgesehenen rechtlichen Verpflichtungen zu „umgehen“ (s. Rz. 3 Leitlinie). Bei einer solchen Perspektive tritt die für die Aufsichtsbehörden entscheidende, nüchtern zu beantwortende Rechtsfrage, ob bestimmte endgerätebezogene Zugriffs- und Speichervorgänge von der ePRL erfasst sind und, wenn ja, ob das nationale Recht diese Vorgabe vollständig umsetzt, zugunsten eines quasi-gesetzgeberischen Gestaltungswillens zurück.

Der deutsche Gesetzgeber hat im Jahr 2021 festgelegt, dass Unternehmen und Personen, die im Geltungsbereich des deutschen Umsetzungsgesetzes („TTDSG“) eine Niederlassung haben oder Dienstleistungen erbringen oder daran mitwirken oder Waren auf dem Markt bereitstellen (§ 1 Abs. 3 TTDSG) für endgerätebezogene Zugriffe und Speichervorgänge die Vorgaben des § 25 TTDSG beachten müssen. Die Vorgaben der Richtlinie wurden hiermit in das nationale Recht umgesetzt. Die deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden haben Zugriffs- und Speichervorgänge, die die Leitlinie als nunmehr von der ePRL erfasst ansieht, ausdrücklich als nicht als tatbestandserfüllend eingestuft und betrachten dieses Ergebnis als mit der Richtlinie, deren Normtext hinsichtlich der Einwilligungsvoraussetzungen in § 25 TTDSG wortwörtlich übernommen wurde, in Einklang stehend.

„Ein Zugriff setzt eine gezielte und nicht durch die Endnutzer:innen veranlasste Übermittlung der Browser-Informationen voraus. Werden ausschließlich Informationen, wie Browser- oder Header-Informationen, verarbeitet, die zwangsläufig oder aufgrund von (Browser-) Einstellungen des Endgerätes beim Aufruf eines Telemediendienstes übermittelt werden, ist dies nicht als „Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind“, zu werten. Beispiele dafür sind:

- *die öffentliche IP-Adresse der Endeinrichtung,*
- *die Adresse der aufgerufenen Website (URL),*
- *der User-Agent-String mit Browser- und Betriebssystem-Version und*
- *die eingestellte Sprache.⁴*

Vor diesem Hintergrund von Umgehungen zu sprechen ist nicht nachvollziehbar. Wir bitten also um Streichung der Formulierung von Rz. 3. Zugleich sollten die nachfolgend aufgeführten

⁴ Vgl. [DSK_Telemedien](#) v. Dezember 2021, Rz. 21.

Gesichtspunkte, die den technischen Anwendungsbereich der ePRL nach ihrem Wortlaut, Systematik und Zweck rechtlich determinieren berücksichtigt und im Lichte der Betroffenheit sensibler Grundrechtspositionen in Rechnung gestellt werden.

B. Praktische Konsequenzen

1. Inflation von Einwilligungsbannern und consent fatigue

Wie zuvor skizziert – und durch die benannten Anwendungsfälle in den Rz. 40 ff der Leitlinie belegt – sollen künftig auch protokollbasierte Kommunikationsanweisungen, bei denen Endgeräte Informationen übertragen, von Art. 5 Abs. 3 ePRL erfasst und unter Einwilligungsvorbehalt gestellt werden.

Die entsprechenden Vorgänge finden bei jeder Nutzung digitaler Angebote (Webseiten und Apps), vor jedem Aufruf, permanent statt. Sie würden – ohne dass hierfür begrenzende Kriterien ersichtlich sind⁵ - ebenso unter Einwilligungsvorbehalt gestellt wie datenbasierte Werbung, bei der nämlich technische Informationsübertragungen, die bislang nicht einwilligungspflichtig sind, ebenfalls erst nach Erteilung hierauf bezogener spezifischer Einwilligungen durchführbar wären.

Sowohl die Refinanzierung von Internetangeboten durch Werbung als auch (!) die Zurverfügungstellung von Inhalten selbst wären hierdurch deutlich verkompliziert und gehemmt. Denn wenn bereits jeder Aufruf einer Webseite oder eines Video- oder Audiobeitrags als „*gaining access*“ – so die im Vergleich zum Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 ePRL verkürzte Formulierung der Leitlinie - eingestuft werden kann, weil hierbei IP-Adressen durch den http-Header Request notwendigerweise automatisiert vom Endgerät versendet werden, entsteht eine Flut von einwilligungspflichtigen Sachverhalten. Sowohl IP-Adresse als auch der User-Agent, um nur zwei Beispiele von vielen zu nennen, sind jedoch Informationen, die der Browser beim Aufruf einer Website automatisch sendet, ohne dass der Anbieter des Dienstes darauf Einfluss nehmen kann.⁶ Die extensive Erweiterung des Anwendungsbereiches von Art. 5 Abs. 3 S. 1 ePRL würde nach dem

⁵ Dass die Leitlinie Ergebnisse regelmäßig im Konjunktiv („may“) formuliert, ändert hieran nichts, ist aber mit Blick auf die Rechtssicherheit keine gute Entwicklung.

⁶ Bei genauerer Betrachtung fällt auf, dass die Sachverhaltskonstellationen und technischen Unterscheide zwischen den verschiedenen Arten von IP-Adressen und -Netzwerken in der Leitlinie unvollständig erfasst sind. Dadurch kommt es zu undifferenzierten Aussagen, die selbst auf Basis des extensiven Verständnisses der Leitlinie von den rechtlichen Tatbestandsmerkmalen der ePRL nicht überzeugen können, weil sie von einem Sachverhalt ausgehen, der schon rein technisch betrachtet nicht gegeben ist.

Verständnis des ZAW deshalb auch die Auslieferung nicht personalisierter Werbung betreffen, denn auch hierfür sind die von der Leitlinie erfassten Informationsübertragungen erforderlich.

Auch die Folgen des extensiven Verständnisses des „*Speicherns von Informationer*“ wären eklatant. Wenn bereits die Nutzung von Verarbeitungsfunktionen via CPU-Cache oder gar RAM von Endgeräten ausreichen würde, um den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 ePRL zu erfüllen (vgl. Leitlinie Rz. 37) würden alle kurzfristigen flüchtigen Datenspeicherungen, die gerade in einem Endgerät abgearbeitet werden, von Art. 5 Abs. 3 S. 1 ePRL erfasst – obschon diese Daten ständig und kurzfristig durch andere Daten ersetzt werden. Blicke es dabei wäre die Nutzung von Endgeräten und damit die Inanspruchnahme des Internets kaum mehr denkbar.

2. Einwilligungsabfragen und die Erteilung von Einwilligungen sind nach dem Konzept der Leitlinie nicht möglich

Die ePRL ist im Hinblick auf die Implementierung von Einwilligungsabfragen nicht auf die extensiven Änderungen des Anwendungsbereichs von Art. 5 Abs. 3 S. 1 ePRL durch die Leitlinie eingestellt. Die Leitlinie gibt hierauf keine Antwort. Im Ergebnis führt dies zu unüberwindbaren Hürden für eine datenschutzkonforme Verbreitung Internetangeboten und deren Refinanzierung durch Werbung.

Webseitenbetreiber und App-Publisher müssten, wie zuvor ausgeführt, eine enorme Vielzahl zusätzlicher Einwilligungen, die den komplexen Anforderungen der DS-GVO entsprechen, einholen. Die entsprechenden Einwilligungsabfragen müssten **vor** der Übermittlung bzw. Speicherung der Informationen im Sinne der Leitlinie erfolgen. Einwilligungen durch die Nutzer müssten vor diesem Zeitpunkt erteilt werden. Dies ist jedoch nicht möglich, da die Einwilligung samt den dazugehörigen Informationen vor dem Aufbau des die Kommunikation erst ermöglichenden Informationsaustausches (HTTP Header Request) abgefragt und erteilt werden müsste.

C. Die Grenzen zulässiger Auslegung der ePRL werden überschritten

Die von der Leitlinie vertretene extensive Auslegung von Art. 5 Abs. 3 S. 1 ePRL begegnet in mehrfacher Hinsicht durchschlagenden rechtlichen Bedenken.

1. Sie ist mit dem **Wortlaut** von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 ePRL nicht vereinbar. Die Leitlinie setzt sich hiermit auch nicht hinreichend auseinander. Stattdessen werden Tatbestandsmerkmale unvollständig herangezogen (Beispiel: „*gespeicherte Informationer*“ (Rz. 6 Leitlinie) statt dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 ePRL folgend „*bereits gespeicherte Informationer*“ Rz. 26 ff) oder

nahezu uferlos interpretiert (Rz. 36 Leitlinie). Die Auseinandersetzung mit dem Normtext ist verwirrend und sollte grundsätzlich überarbeitet werden.

Abs. 3 S. 1 ePRL formuliert den Tatbestand des Zugriffs als *„Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind“* (EN: *„gaining of access to information already stored ...“*). Nach dem allgemeinen Sprachverständnis setzt der Zugriff eine aktive Handlung, eine zugreifende Person, voraus. Hätte der Europäische Gesetzgeber auch den passiven, hinsichtlich der Mittel und Zwecke durch den Webseitenbetreiber oder App-Publisher nicht beeinflussbaren Empfang von Informationen in den Anwendungsbereich einbeziehen wollen, hätte er dies durch eine Vielzahl anderer Formulierungen, wie etwa *„Erhalt“* (EN: *„receipt of“*) oder *„Übermittlung“* (EN: *„delivery of“*) von Informationen, ausdrücken können. Dies hat er aber nicht getan, obschon die von der Leitlinie nunmehr einbezogenen Technologien wie CPUs, RAM, IP-Adressen, Tracking-URLs) bereits eingeführt waren.

2. Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Vorschrift überschreitet ihren **Zweck**. Die Leitlinie verweist auf ErwG 24 der ePRL, um den Zweck der Regelung aufzuzeigen. ErwG 24 lautet:

“Terminal equipment of users of electronic communications networks and any information stored on such equipment are part of the private sphere of the users requiring protection under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. So called spyware, web bugs, hidden identifiers and other similar devices can enter the user’s terminal without their knowledge in order to gain access to information, to store hidden information or to trace the activities of the user and may seriously intrude upon the privacy of these users. The use of such devices should be allowed only for legitimate purposes, with the knowledge of the users concerned.”

Art. 5 Abs. 3 ePRL soll hiernach vor dem *„Eindringler“* (*„to enter“*) in ein Endgerät und damit in die Privatsphäre des Nutzers schützen.⁷ Schutzgegenstand dabei die Integrität des Endgerätes, nicht aber seine Abschottung, weshalb es einer aktiven Zugriffshandlung durch einen hierfür Verantwortlichen, der über die Mittel und den Zweck Zugriffs bestimmt,

⁷ Ebenso ErwG 66 der Überarbeitungsrichtlinie (Fn.2): *„unwarranted intrusion into the private sphere (such as spyware or viruses). [...]“*

kommen muss. Die ePRL geht in ihrem Anwendungsbereich zwar über die DS-GVO hinaus, da sie neben dem Grundrecht auf Datenschutz aus Art. 8 GRCh auch die Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 7 GRCh schützen will und deshalb auch Informationen als solche erfasst. Dieser Schutzzweck kann aber nicht ohne weiteres so ausgedehnt werden, dass andere Grundfreiheiten – insbesondere die der Anbieter⁸ – hierhinter vollständig zurücktreten. Dies wäre aber Konsequenz der Leitlinie, weil der hiernach extensive ausgedehnte Einwilligungsvorbehalt praktisch nicht zu erfüllen ist. Ein solcher absoluter Schutz der Endgeräts dürfte außerhalb des Schutzbereichs des Grundrechts liegen, weshalb bei grundrechtskonformer Auslegung protokollbasierte Informationsübertragungen und -speicherungen vom Einwilligungserfordernis ausgenommen sein müssen.

3. Die von der Leitlinie vertretende Ausdehnung unterliegt unter **systematischen Gesichtspunkten** Einwänden. des Anwendungsbereichs erfasst, wie eingangs geschildert, Informationen zur Etablierung von Kommunikation und deren Zwischenspeicherung und damit auch ohne weiteres auch Verkehrsdaten erfasst. Solche Daten werden jedoch von Art. 5 Abs. 1 und 2 ePRL erfasst und abschließend reguliert. Die zusätzlichen Anforderungen nach Art. 5 Abs. 3 ePRL passen nicht zum abgeschichteten Regulierungsansatz der Richtlinie.
4. Gegen die Konsequenz der Leitlinie, Einwilligungen für Informationsverarbeitungsvorgänge einholen, die auf Grund technischer Kommunikationsstandards, erfolgen sprechen auch die folgenden Überlegungen: Die **Zuweisung von Verantwortlichkeit** im Sinne der DSGVO (Art. 4 Nr. 7 DS.GVO) – uns damit auch die Einwilligungspflichtigkeit - kann nicht überzeugend begründet werden, wenn die Festlegung des Mittels und des Zwecks der Verarbeitung nicht beim Angebotsbetreiber liegen und von ihm nicht beeinflussbar sind. Die Einwilligungspflichtigkeit wäre dann eine Fiktion. Dies gilt nicht nur für Informationen, die als personenbezogene Daten einzustufen sind. Art. 5 Abs. 3 ePRL verwendet den Begriff der Verarbeitung und betrachtet somit auch die Speicherung von Informationen und den Zugriff auf bereits gespeicherte Informationen als Verarbeitung im Sinne der DSGVO. Folglich ist auch hier eine Verantwortlichkeit im Sinne der DS-GVO erforderlich – an der es für die Fälle, die die Leitlinie erfasst, aber regelmäßig fehlen wird.

⁸ Neben der unternehmerischen Freiheit aus Art. 16 GRCh bzw. Art. 12 GG sind bei Handlungen, die der Verbreitung von Medieninhalten und deren Finanzierung dienen auch die Medienfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG bzw. nach Art. 11 Abs. 2 GRCh einschlägig.

Schließlich passt auch die Regelung des Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePRL nicht zu dem extensiven Verständnis der Leitlinie. Die Frage, welche Informationsübermittlungen als noch „*unbedingt erforderlich*“ für die Inanspruchnahme des Dienstes i. S. der Ausnahmeregelung sind, müsste auf Basis der Leitlinie nicht nur permanent gestellt, sondern wohl auch konzeptionell neu beantwortet werden. Die Leitlinie führt hierzu nichts aus und nimmt damit in Kauf, dass behördliche Bewertungen die freie Verbreitung von Medieninhalten und Meinungen und ihre Refinanzierung nachhaltig gefährden können.

Kontakt: *Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft*
Am Weidendamm 1a, 10117 Berlin
zaw@zaw.de

