

# DATENSCHUTZ & E-GOVERNMENT

RA Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU) • Salzburg

## Erweiterte Informationspflichten im elektronischen Kommunikationsdatenschutz

» jusIT 2023/9

➤ Informationspflichten, erweiterte; Löschung; Nutzerverzeichnis, elektronisches; OTT-Dienste; Löschung in einer Verarbeitungskette; Recht auf Vergessenwerden; Einwilligung; Teilnehmerverzeichnis; Widerruf; Datenlöschung

§ GRC: Art 7, 8; EMRK: Art 8; RL 95/46/EG: Art 2 lit h; RL 2002/58/EG: Art 1, 2, 3, 6, 9 Abs 1, Art 15; VO (EU) 2016/679: Art 2 Abs 2 lit d, Art 4 Z 1, 2, Art 5 Abs 1, Art 6 Abs 1 lit c, Abs 3, Art 23, 79 Abs 1, Art 94, 95; DSGVO: § 1; TKG 2021: §§ 160 ff, §§ 165, 173

Im Oktober 2022 hat der Europäische Gerichtshof<sup>1</sup> wesentliche Fragen des Kommunikationsdatenschutzes nach der ePrivacy-RL<sup>2</sup> geklärt und erweiterte Informationspflichten festgehalten. Das Urteil manifestiert für den Online-Datenschutz erhöhte Compliance-Verpflichtungen, die mehr bedeuten, als nur Cookie-Banner richtig zu regeln. Die Geltung des Kommunikationsgeheimnisses wurde von klassischen Kommunikationsdiensten wie Telefonie oder SMS durch die Neufassung des Europäischen Kodex für die Elektronische Kommunikation (EECC-Richtlinie)<sup>3</sup> auf Over-The-Top-Kommunikationsdienste (OTT) wie E-Mail, Messenger, Voice-over-IP-Telefonie oder Videokonferenzsysteme erstreckt. Der folgende Beitrag soll das in der Praxis oftmals vernachlässigte Regime des elektronischen Kommunikationsdatenschutzes in den Fokus rücken, die Grundsatzentscheidung analysieren und ihre Auswirkungen in einer Checkliste mit einem praktischen Prüfungsschema zusammenfassen.

### 1. Einleitung

Die Datenverarbeitung findet heutzutage nahezu ausschließlich in elektronischer Form statt. Egal ob Unternehmen oder Private per Software, Betriebssystem oder Browser Daten auf Compu-

tern, Smartphones oder Tablets übermitteln, aggregieren oder schlicht abrufen, ohne Zugriffe des Anbieters einer Website oder eines App-Dienstes auf das Gerät, von dem aus das digitale Angebot aufgerufen wird, können die Teilnehmer nicht mit den Servern der Anbieter kommunizieren. Die elektronische Kommunikation zwischen Unternehmen, mit Verbrauchern oder im *Internet of Things* (IoT) ist allgegenwärtig und für viele selbstverständlich und unbemerkt.

Damit die elektronische Datenübertragung auch mit Recht funktioniert und die Empfänger die Inhalte als Bild, Text oder Ton vom Server des Anbieters auf die Endgeräte erhalten, greift nach Vorstellung des Unionsgesetzgebers das Kommunikationsgeheimnis schützend ein. Die DSGVO regelt diese Art der Datenverarbeitung lediglich subsidiär, denn vorrangig greifen die ePrivacy-RL und deren Umsetzungsvorschriften im 14. Abschnitt des TKG 2021<sup>4</sup> ein. Einen wesentlichen Impuls hat das an sich schon komplexe Verhältnis zwischen DSGVO, ePrivacy-RL, DSGVO und TKG 2021 durch die Neufassung des Europäischen Kodex für die Elektronische Kommunikation (EECC-Richtlinie) erfahren. Dieser neue Regulierungsrahmen hat die Richtlinien 2002/19/EG, 2002/20/EG, 2002/21/EG und 2002/22/EG ersetzt. Der EECC hat insb auch den Anwendungsbereich des Datenschutzes der elektronischen Kommunikation erheblich erweitert.<sup>5</sup>

### 2. Der Ausgangsfall

Ein belgischer Anbieter von Telekommunikationsdiensten, das Unternehmen Proximus, eine Aktiengesellschaft, bot auch Teilnehmerverzeichnisse und Telefonauskunftsdienste an. Diese

<sup>1</sup> EuGH 27. 10. 2022, C-129/21 (Proximus – Öffentliche elektronische Verzeichnisse), ECLI:EU:C:2022:833, jusIT 2022/95, 236 (Thiele).

<sup>2</sup> 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 (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl L 2002/201, 37.

<sup>3</sup> Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl L 2018/321, 36 in der konsolidierten Fassung ABl L 2019/334, 164.

<sup>4</sup> Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz (Telekommunikationsgesetz 2021 – TKG 2021) erlassen wird, BGBl I 190/2021, das mit 1. November 2021 in Kraft getreten ist. Änderung durch BGBl I 180/2022 (VfGH).

<sup>5</sup> Dazu näher gleich in Abschnitt 5.3. zur Rolle des Diensteanbieters.



(elektronisch geführten) Verzeichnisse enthielten die Namen, Adressen und Telefonnummern der Teilnehmer:innen auch verschiedener (anderer) Anbieter öffentlich zugänglicher Telefondienste. Einer dieser Teilnehmer, ein Kunde der belgischen Telenet AG, forderte Proximus auf, seine Kontaktdaten nicht (mehr) zu veröffentlichen.

In Belgien wird die Unterscheidung zwischen Teilnehmern, die in einem Verzeichnis aufgeführt werden wollen, und solchen, die dies nicht wünschen, in der Praxis durch Zuweisung eines Codes bei der Registrierung jedes Teilnehmers umgesetzt, nämlich „NNNNN“ für die Teilnehmer, deren Kontaktdaten erscheinen dürfen, und „XXXXX“ für die Teilnehmer, deren Kontaktdaten vertraulich bleiben. Proximus kam dem Antrag des Teilnehmers nach und setzte seinen Status auf vertraulich. Kurze Zeit später erhielt aber Proximus eine routinemäßige Aktualisierung der Daten der Teilnehmer von Telenet. Diese Aktualisierung enthielt neue Daten des fraglichen Teilnehmers, die nicht als vertraulich ausgewiesen waren. Die Daten wurden von Proximus nach einem automatisierten Verfahren verarbeitet und dergestalt registriert, dass sie erneut in ihren Teilnehmerverzeichnissen verfügbar waren; sie waren auch über Google auffindbar.

Der Teilnehmer beschwerte sich daraufhin bei der Belgischen Datenschutzbehörde (GBA), die eine Geldbuße iHv € 20.000 gegen Proximus verhängte und das Unternehmen zum Ergreifen von Abhilfemaßnahmen verpflichtete. Proximus erhob dagegen Klage an den Appellationshof in Brüssel, der an der Schnittstelle zwischen der ePrivacy-RL und der DSGVO auslegungsbedürftige Fragen im Vorabentscheidungsweg klären sollte, insb ob beim Widerruf der Einwilligung auch im speziellen Kontext von elektronischen Telefonverzeichnissen sämtliche Vorschriften der DSGVO automatisch und uneingeschränkt zur Anwendung gelangen.

### 3. Die Entscheidung des Gerichts<sup>6</sup>

#### 3.1. Die Vorlagefragebeantwortung im Einzelnen

Die Vierte Kammer<sup>7</sup> beantwortet die ersten beiden Vorlagefragen zunächst – durchaus vorhersehbar – dahingehend, dass Art 12 Abs 2 ePrivacy-RL eine Einwilligung in die Aufnahme in Teilnehmerverzeichnisse verlangt. Diese Einwilligung ist aber nicht auf einen bestimmten Anbieter beschränkt, sodass nach ordnungsgemäßer Ersteinwilligung die Verzeichnisdaten deshalb an einen anderen Anbieter bekannt gegeben werden dürfen, sofern der Bearbeitungszweck nicht erweitert wird.<sup>8</sup> Die Ersteinwilligung

muss dabei den Anforderungen nach Art 4 Z 11 DSGVO genügen.<sup>9</sup> Verlangt ein Teilnehmer, seine Personendaten aus den Teilnehmerverzeichnissen zu entfernen, müssen die Anbieter dem sodann nachkommen. Dabei handelt es sich um eine Ausübung des „Rechts auf Löschung“ iSv Art 17 DSGVO.<sup>10</sup>

Die dritte Vorlagefrage zielt darauf ab, ob ein Verzeichnisanbieter im Fall der Löschung weitere Anbieter entsprechend informieren muss; dies vor dem Hintergrund der Weitergabekette, nämlich ob ein Anbieter in der Mitte, demgegenüber der Widerruf der Einwilligung erklärt wurde, auch die vor- und nachgelagerten Glieder der Verarbeitungskette informieren muss. Der EuGH bejaht diese Frage mit folgenden Überlegungen:

- Nach dem Widerruf der Einwilligung wäre die weitere Verarbeitung rechtswidrig iSd DSGVO wegen fehlender Rechtsgrundlage.<sup>11</sup>
- Der Verantwortliche muss die Rechtmäßigkeit seiner Verarbeitung nach Art 5 DSGVO (weiterhin) nachweisen können. Nach Art 24 DSGVO muss er zudem geeignete technische und organisatorische Maßnahmen umsetzen, um die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung und ihren Nachweis sicherzustellen.
- Konkreter sieht Art 19 DSGVO vor, dass der Verantwortliche allen Empfängern, denen personenbezogene Daten offengelegt wurden, jede Löschung mitteilt, wenn dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist.<sup>12</sup>

Daraus zieht die Vierte Kammer den Schluss, dass die Wirksamkeit des in Art 7 Abs 3 DSGVO verankerten Widerrufs es auch und gerade im elektronischen Bereich erfordert, den Verantwortlichen und jede Person, die ihm diese Daten übermittelt hat, sowie die Person, der er seinerseits die Daten übermittelt hat, zu verpflichten, über den Widerruf zu informieren.<sup>13</sup>

In Beantwortung der vierten Vorlagefrage hält der EuGH schließlich sogar fest, dass der Verantwortliche auch Suchmaschinenanbieter – die eigene Verantwortliche sind – über den Widerruf informieren muss.<sup>14</sup>

#### 3.2. Ausblick

Die wohlbegründeten Aussagen des EuGH<sup>15</sup> sind nicht auf Teilnehmerverzeichnisse begrenzt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Gerichtshof in anderen sukzessiven Verarbeitun-

<sup>6</sup> EuGH 27. 10. 2022, C-129/21 (Proximus – Öffentliche elektronische Verzeichnisse), ECLI:EU:C:2022:833, jusIT 2022/95, 236 (Thiele).

<sup>7</sup> EuGH 6. 10. 2020, C-511/18, C-512/18 und C-520/186 (La Quadrature du Net ua), ECLI:EU:C:2020:791, und EuGH 6. 10. 2020, C-623/17 (Privacy International), ECLI:EU:C:2020:790.

<sup>8</sup> EuGH 5. 5. 2011, C-543/09 (Deutsche Telekom), ECLI:EU:C:2011:279, jusIT 2011/86, 179 (Feitel).

<sup>9</sup> Vgl ebenso zur Einwilligung nach Art 5 Abs 3 ePrivacy-RL EuGH 1. 10. 2019, C-673/17 (Planet49), ECLI:EU:C:2019:801, MR-Int 2019, 124 (Treitl) = VbR 2019/146, 227 (Feiler/Tercero) = ZfR 2019, 440 (Thiele) = ZTR 2020, 41 (Aichinger); dazu Dürager, Der EuGH zur Zulässigkeit des Setzens von Cookies – eine endlose Geschichte ..., jusIT 2019/89, 241; W. Schmitt, Cookies: Rechtskonforme Verwendung von Webanalyse-, Advertising- oder Trackingdiensten, VbR 2020/128, 208; vgl auch Höller, Zur (Un-)Wirksamkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, VbR 2021/5, 14.

<sup>10</sup> Vgl Rz 66 und 67 des Urteils.

<sup>11</sup> Sofern die Einwilligung der einzige Rechtfertigungstatbestand der Verarbeitung gewesen ist.

<sup>12</sup> Näher dazu Jahnelt, DSGVO Kommentar (2021) Art 19 Rz ff.

<sup>13</sup> Rz 85 des Urteils.

<sup>14</sup> Rz 96 des Urteils.

<sup>15</sup> Vgl die Leitsätze in jusIT 2022/95, 236.

gen grundsätzlich gleich entscheiden würde, dh, dass der Widerruf einer Einwilligung generell den vor- und nachgelagerten Gliedern mitzuteilen sei. Dies letztlich als Teil des Compliance-Systems, das der Verantwortliche insb aufgrund von Art 24 DSGVO betreiben muss. Gleichzeitig erweitert das vorliegende Urteil die Haftung des Verantwortlichen bzw der Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste insoweit erheblich, als sie auch für mögliche Datenschutzverstöße durch Dritte etwa im Rahmen sog „Verarbeitungsketten“, die auf Einwilligungen basieren, zu haften haben. Dies gilt auch außerhalb der gemeinsamen Verantwortlichkeit nach Art 26 DSGVO.<sup>16</sup> Die konkrete Compliance-Pflicht betrifft insb Unternehmen, welche die Verarbeitung personenbezogener Daten in erster Linie auf Einwilligungen der betroffenen Personen stützen. Hierzu zählen insb Onlinehändler und Werbeagenturen, aber auch andere Unternehmen sollten ihre Datenschutzstrukturen und vor allem ihr Einwilligungsmanagement überprüfen, um die vom EuGH aufgestellten Anforderungen zeitnah umzusetzen. Das vorliegende Urteil wird sich auch auf die Anforderungen an Einwilligungen im Rahmen des mit 2. Mai 2023 wirksamen *Digital Markets Act* (DMA)<sup>17</sup> auswirken.

## 4. Eigene Stellungnahme

### 4.1. Terminologisches

Wesentlich zum Verständnis der vorliegenden Entscheidung, aber auch grundsätzlich für die Diskussion um das „Recht auf Vergessenwerden im Internet“ seien einige begriffklärende Bemerkungen vorangestellt, bevor eine Einordnung der tragenden, bereits dargelegten Aussagen des EuGH in den Primär- und Sekundärrechtskontext vorgenommen wird.

Der Unionsgerichtshof<sup>18</sup> hat sich bereits mehrfach mit sog „Auslistungsfällen“<sup>19</sup> befasst, in denen Betroffene das „Recht auf Vergessenwerden“ gegenüber Suchmaschinen wie Google einforderten. Das „Recht auf Auslistung“ gewährt betroffenen Personen gegenüber Suchmaschinenbetreibern den Anspruch, dass Links zu Websites Dritter aus Ergebnislisten entfernt werden, die aufgrund einer Suche anhand des Namens der betroffenen Person angezeigt werden. Das „Recht auf Auslistung“ ergibt sich seit Wirksamwerden der DSGVO aus Art 17 Abs 1. Dazu ist klarstellend festzuhalten, dass es sich beim Auslistungsrecht nicht um das „Recht auf Vergessenwerden“ handelt, wie es Art 17 Abs 2 DSGVO verankert. Die Rechtspraxis verwendet

die beiden Begriffe nicht eindeutig bzw manchmal auch (unzutreffend) synonym. So gibt etwa die Überschrift einer BGH-Pressemittelung zu einer Vorlage an den EuGH zu Art 17 Abs 1 DSGVO<sup>20</sup> in der Klammer fälschlich das „Recht auf Vergessenwerden“ an.

Art 17 Abs 2 DSGVO enthält eine spezielle Informationspflicht des Verantwortlichen, der personenbezogene Daten zB auf einer Website öffentlich gemacht hat, zu deren Löschung er verpflichtet ist. Der Verantwortliche muss Dritte wie etwa Suchmaschinenbetreiber informieren, dass eine betroffene Person die Löschung aller Links zu diesen Daten oder von Kopien oder Replikationen verlangt hat.<sup>21</sup> Diese besondere Informationspflicht korrespondiert mit dem entsprechenden (Löschungs-)Recht des Betroffenen, dem unter Bedachtnahme auf ErwGr 66 auch der Terminus „Recht auf Vergessenwerden“ zugeordnet werden kann. Der Anspruch auf erweiterte Information der Dritten, den Art 17 Abs 2 DSGVO gewährt, kann nur gegen den Verantwortlichen geltend gemacht werden, gegen den ein Anspruch auf Löschung personenbezogener Daten besteht, die der Verantwortliche öffentlich gemacht hat. Das bedeutet, es handelt sich um eine Pflicht, die in der Praxis jeden Verantwortlichen treffen kann. Dagegen hat der Anspruch, den das sog „Recht auf Auslistung“ gewährt, die Entfernung der Links zum Gegenstand und muss von der betroffenen Person gegen Suchmaschinenbetreiber geltend gemacht werden.<sup>22</sup>

### 4.2. Grundrechteverhältnis

Die DSGVO fußt ganz wesentlich auf Art 8 GRC und Art 16 AEUV,<sup>23</sup> wonach jede Person das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten hat. Die ePrivacy-RL beruht demgegenüber ganz wesentlich auf Art 7 GRC, wonach jede Person das Recht auf Achtung ihrer Kommunikation hat.<sup>24</sup> Damit geht der Schutz der ePrivacy-RL über denjenigen für personenbezogene Daten hinaus und beansprucht insgesamt einen weiteren Regelungsbereich.<sup>25</sup>

Aus grundrechtlicher Perspektive lässt sich daher festhalten, dass der Anwendungsbereich und das Schutzziel von DSGVO und ePrivacy-RL, die lediglich eine Vorläuferin der ePrivacy-Verordnung sein soll,<sup>26</sup> unterschiedlich sind. Die ePrivacy-RL ist damit keineswegs überflüssig.

In der praktischen Anwendung kommt es allerdings nicht zu einem Grundrechtskonflikt, sondern zu einer „Konkordanz zwischen den beiden Grundrechten“, die es fallkonkret aufzulösen

<sup>16</sup> Vgl zur Reichweite der gemeinschaftlichen Verarbeitung nach Art 26 DSGVO im elektronischen Bereich jüngst *Thiele*, Datenschutzverletzungen durch Google® Webfonts – ein Praxisfall, in *Jahnel* (Hrsg), Jahrbuch Datenschutz 2022 (2022), 154 (165 ff) mwN.

<sup>17</sup> Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte – DMA), ABl L 2022/265, 1.

<sup>18</sup> EuGH 3. 5. 2014, C-131/12 (Google Spain und Google), ECLI:EU:C:2014:317; EuGH 24. 9. 2019, C-136/17 (GC ua – Auslistung sensibler Daten), ECLI:EU:C:2019:773.

<sup>19</sup> Vgl näher *Thiele/Wagner*, DSG Praxiskommentar<sup>2</sup> (2022) § 9 Rz 104 ff.

<sup>20</sup> Abrufbar unter <bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020095.html> (5. 1. 2023).

<sup>21</sup> Vgl statt vieler *Jahnel*, DSGVO Kommentar (2021) Art 17 Rz 55 ff: „erweiterte Informationspflicht“.

<sup>22</sup> *Thiele/Wagner*, DSG<sup>2</sup> § 9 Rz 109.

<sup>23</sup> Statt vieler *Jahnel*, DSGVO Art 1 Rz 10, und ErwGr 1 DSGVO.

<sup>24</sup> EuGH 20. 9. 2022, C-793/19 (SpaceNet), ECLI:EU:C:2022:702, und EuGH 20. 9. 2022, C-339/20 (VD und SR), ECLI:EU:C:2022:703.

<sup>25</sup> Zutr *Klabunde/Selmayr* in *Ehmann/Selmayr*, DSGVO<sup>2</sup> (2018) Art 95 Rz 4; näher zum Anwendungsbereich der §§ 160 ff TKG 2021 gleich in Abschnitt 4.3. und 5.2.

<sup>26</sup> *Klabunde/Selmayr* in *Ehmann/Selmayr*, DSGVO<sup>2</sup> Art 95 Rz 22.



gibt.<sup>27</sup> Art 7 und 8 GRC liegen keine entgegenstehenden Interessen zugrunde, sondern handelt es sich letztlich um zwei Seiten derselben Medaille, nämlich des Privatsphärenschutzes. Festzuhalten ist jedoch, dass keine vollständige Deckungsgleichheit zwischen beiden Grundrechten besteht, was sich auf das in Art 95 DSGVO geregelte Verhältnis beider Regelwerke, der DSGVO und der ePrivacy-RL, einschließlich ihrer mitgliedstaatlichen Ausführungsbestimmungen auswirkt.

#### 4.3. Gleich und doch anders – Art 95 DSGVO

Nach der ursprünglichen Intention des Unionsgesetzgebers hätte parallel zur DSGVO im Bereich der elektronischen Kommunikation die ePrivacy-VO in Kraft treten sollen.<sup>28</sup>

Die ePrivacy-RL detailliert die DSGVO. Art 95 DSGVO regelt das Verhältnis zwischen der DSGVO und dem auf der ePrivacy-RL basierenden elektronischen Kommunikationsdatenschutz des TKG 2021. Die Vorschrift versucht, den dienstorientierten Ansatz der ePrivacy-RL mit dem datenorientierten Ansatz der DSGVO in Einklang zu bringen. Demzufolge soll die DSGVO nur insoweit (den Kommunikationsdiensteanbietern) keine zusätzlichen Pflichten auferlegen, als die elektronischen Verarbeitungen „besonderen in der Richtlinie 2002/58/EG festgelegten Pflichten unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen“. Demzufolge ist die ePrivacy-RL gegenüber der DSGVO grundsätzlich als *lex specialis* für die elektronische Kommunikation vorrangig.<sup>29</sup> ErwGr 173 der DSGVO geht davon aus, dass die identische Zielsetzung im Einzelfall zu ermitteln ist. Aufgrund des im Wesentlichen gleichen Regelungsgedankens der relevanten gemeinsamen Teilmenge beider Normen – dem Schutz der Privatsphäre – kann idR ein Gleichlauf vermutet werden.<sup>30</sup>

Die Kollisionsregel, genauer gesagt die Vorrangregel, des Art 95 DSGVO betrifft ausschließlich das Verhältnis der datenschutzrechtlichen Pflichten aus der Datenschutzgrundverordnung zu den Vorgaben der ePrivacy-RL. Zu den erklärten Zielen der ePrivacy-RL gehören ausweislich ihres ErwGr 2 die uneingeschränkte Gewährleistung der in den Art 7 und 8 GRC niedergelegten Rechte. Dabei ist der Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation in Abgrenzung zu Art 11 GRC als Schutz der Individualkommunikation zu verstehen und entwicklungs offen gestaltet.<sup>31</sup> Geschützt wird neben den Gütern des Art 8 GRC auch das Vertrauen der Nutzer:innen in die Wahrung der Vertraulichkeit ihrer elektronischen Kommunikation. Diesem modernen

Kommunikationsschutz dient insb Art 5 Abs 1 ePrivacy-RL, der ausdrücklich die Vertraulichkeit der übertragenen Nachrichten und Verkehrsdaten (Meta- und Protokolldaten) gewährleistet.<sup>32</sup> Denn die online zu Zeiten und Orten der Wahl der Nutzer jederzeit zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienste rufen erhöhte Risiken für den Schutz auch der personenbezogenen Daten hervor. Die Auslegung von Art 7 GRC muss daher letztlich auch bei der Bestimmung des Anwendungsbereiches der ePrivacy-RL berücksichtigt werden.

Im Verhältnis zwischen ePrivacy-RL und DSGVO entscheidet nicht die *Lex-posterior*-Regel, sondern das durch Art 95 determinierte Prinzip der Spezialität, also die *Lex-specialis*-Regel. Positiv formuliert findet die DSGVO dort Anwendung, wo die jeweilige elektronische Datenverarbeitung nicht den in der ePrivacy-RL bestimmten Pflichten unterliegt, die dasselbe Ziel verfolgen.<sup>33</sup> Dies bedeutet zunächst im Grundsatz, dass die Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste keine ergänzenden oder weiterführenden Anforderungen im Hinblick auf ihre Datenverarbeitung erfüllen müssen als jene, die sich aus der ePrivacy-RL (oder dem EEC) entnehmen lassen. Der uneingeschränkte Vorrang des kommunikationsrechtlichen Sonderregimes gilt immer dort, wo die Vorgaben der ePrivacy-RL auch dasselbe Ziel wie die DSGVO verfolgen. Es muss sich also um Pflichten handeln, die dasselbe Ziel verfolgen.<sup>34</sup> „Dasselbe“ ist im Sinne von „das Gleiche“, aber nicht von „identisch“ zu verstehen. Vielmehr ist es unerheblich, ob sich der Schutzzweck aus der DSGVO oder aus der ePrivacy-RL entnehmen lässt, oder eben umgekehrt.

Der Spielraum ist zwar gering<sup>35</sup> und etwa dort denkbar, wo der Schutz personenbezogener Daten eine bloß untergeordnete Rolle spielt, wie zB bei der Regulierung der Rufnummernunterdrückung nach Art 10 ePrivacy-RL oder den Vorgaben zur Datensicherheit nach Art 4 ePrivacy-RL. Trotz einer in den Randbereichen bestehenden Dichotomie der Zwecke ist von einem Vorrang der Regelungen der ePrivacy-RL auszugehen, da eine Verfolgung weiterer Ziele insoweit unschädlich ist.<sup>36</sup>

Schließlich ist für das Verhältnis zwischen DSGVO und ePrivacy-RL noch der Aspekt der Verweisung zu berücksichtigen. Zum einen kann dort, wo ausdrücklich (noch) auf die DS-RL 95/46/EG verwiesen wird bzw derselbe unionsautonome Begriff gebraucht wird (zB Einwilligung), nunmehr auf die DSGVO zurückgegriffen werden.<sup>37</sup> Zum anderen kann die ePrivacy-RL dort keinen Vorrang beanspruchen, wo sie selbst Rückausnahmen enthält bzw auf nicht mehr geltende Bestimmungen der DS-RL verweist, die keine Entsprechung in der DSGVO gefunden haben.

<sup>27</sup> Kiparski/Sassenberg, DSGVO und TK-Datenschutz – Ein komplexes europarechtliches Geflecht, CR 2018, 324 (325).

<sup>28</sup> Vgl den Vorschlag der EK für eine VO über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der RL 2002/58/EG – Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation, COM (2017) 10, 2017/0003 (COD); nunmehr idF 6087/21 vom 10. 2. 2021.

<sup>29</sup> Škorjanc, M2M-Kommunikation: welches Datenschutzregime ist anwendbar? ipCompetence Vol 20, 26 (29).

<sup>30</sup> Vgl Kiparski/Sassenberg, CR 2018, 324 (325); diesen folgend Škorjanc, ipCompetence Vol 20, 26 (29).

<sup>31</sup> Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht (2019) DSGVO Art 95 Rz 12.

<sup>32</sup> EuGH C-203/15, C-698/15 (Tele2 Sverige ua) Rz 84, ECLI:EU:C:2016:970.

<sup>33</sup> Zutr Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht DSGVO Art 95 Rz 16.

<sup>34</sup> Im englischen Original „[...] in relation to matters, for which they are subject to specific obligations with the same objective set out in directive 2002/58/EC“.

<sup>35</sup> Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht DSGVO Art 95 Rz 17.

<sup>36</sup> Zutr Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht DSGVO Art 95 Rz 17 aE.

<sup>37</sup> EuGH C-673/17 (Planet 49), ECLI:EU:C:2019:801; EuGH C-40/17 (Fashion ID), ECLI:EU:C:2019:629; EuGH C-129/21 (Proximus), ECLI:EU:C:2022:833.

#### 4.4. Bisherige Spruchpraxis der Datenschutzbehörden

Ungeachtet der jeweils anwendbaren Datenschutz- (DSG 2000, DSG) oder Telekommunikationsregime (TKG 1997, TKG 2003 und TKG 2021) ist die Spruchpraxis der Datenschutzbehörden stets von einem Verhältnis der Spezialität zugunsten des im TKG geregelten Datenschutzes ausgegangen.

Auch nach Inkrafttreten der DSGVO ist etwa die Zulässigkeit der Zusendung von elektronischer Post zu Werbezwecken nach der Bestimmung des § 107 Abs 1 TKG (nunmehr § 174 TKG 2021), die Art 13 Abs 1 der ePrivacy-RL umsetzt, zu beurteilen.<sup>38</sup> Durch einen Verstoß gegen das Telekommunikationsgesetz kann gleichzeitig eine Verletzung des Rechts auf Geheimhaltung nach § 1 Abs 1 DSG vorliegen, die im Verfahren vor der DSB nach §§ 24 ff DSG geltend gemacht werden kann.<sup>39</sup> So gehen etwa spezialgesetzliche Bestimmungen des TKG, welche die Auskunftserteilung zu Verkehrsdaten iSv § 160 Abs 3 Z 6 TKG 2021 einschränken, dem allgemeinen Recht auf Auskunft des betroffenen Endgerätenutzers nach Art 15 DSGVO vor.<sup>40</sup> Darüber hinaus bestehen nach Ansicht der Datenschutzbehörden auch Bestimmungen der DSGVO, die dem Diensteanbieter im Überschneidungsbereich mit der ePrivacy-RL gem Art 95 DSGVO keine zusätzlichen Pflichten auferlegen dürfen.<sup>41</sup>

#### 4.5. Aktueller Umsetzungsstand

Aus österreichischer Perspektive lässt sich derzeit festhalten, dass die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des TKG 2021 im Umfang, in dem sie der ePrivacy-RL entsprechen, auf die „*Verarbeitung von personenbezogenen Daten oder der nicht öffentlich zugänglichen Daten einer juristischen Person in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlicher Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen*“<sup>42</sup> anzuwenden sind. Im Einzelnen ergibt sich folgende Zusammenschau der Umsetzung im österreichischen Datenschutz für den elektronischen Bereich (14. Abschnitt des TKG 2021):

TKG 2021	Umsetzungs-/Anpassungsgrundlage
§ 161 (Kommunikationsgeheimnis)	Art 5 Abs 1 ePrivacy-RL
§ 165 (Datenschutz – Allgemeines)	Art 5 ePrivacy-RL
§ 166 (Stammdaten)	Art 23 DSGVO
§ 167 (Verkehrsdaten)	Art 6, 7 ePrivacy-RL
§ 168 (Inhaltsdaten)	ErwGr 22 ePrivacy-RL
§ 169 (Andere Standortdaten)	Art 9 ePrivacy-RL
§ 173 (Nutzerverzeichnis)	Art 12 ePrivacy-RL
§ 174 (Unerbetene Nachrichten)	Art 13 ePrivacy-RL

<sup>38</sup> DSB 7. 3. 2019, DSB-D130.033/003-DSB/2019.

<sup>39</sup> Vgl Thiele/Wagner, DSG § 24 Rz 28 ff mwN.

<sup>40</sup> DSB 15. 10. 2021, 2021-0.382.645 (nrk), ZIIR 2022, 56.

<sup>41</sup> DSB 7. 7. 2021, 2021-0.330.691 (nrk), ZIIR 2022, 66; dazu Blocher, Dein Handy, aber nicht deine Daten? ZIIR 2022, 6.

<sup>42</sup> Vgl § 160 Abs 1 TKG 2021.

Die ePrivacy-RL schützt sowohl die Vertraulichkeit der Kommunikation (Kommunikationsgeheimnis, Verkehrsdaten) als auch die Informationen auf Endgeräten, unabhängig vom Personenbezug. Die DSGVO tritt in diesem Fall zurück, obwohl eine Verarbeitung personenbezogener Daten durchaus erfolgt und deren Anwendbarkeit grundsätzlich gegeben wäre. Nach Art 95 DSGVO sind sowohl die ePrivacy-RL als auch die in ihrer Umsetzung ergangenen Vorschriften des TKG 2021 gegenüber der DSGVO vorrangig. Zu beachten ist, dass außerhalb dieses Anwendungsvorrangs einzelne Bestimmungen des TKG 2021 aufgrund des EECG, aber auch der Öffnungsklausel des Art 23 DSGVO zur Anwendung gelangen.

### 5. Praktische Konsequenzen für den elektronischen Datenschutz

#### 5.1. Elektronische Verarbeitung

Erfasst wird die Verarbeitung (einschließlich der ausdrücklich genannten Übermittlung) von personenbezogenen Daten und nicht öffentlich zugänglichen Daten sowie der in § 165 Abs 1 TKG 2021 genannten vier Datenkategorien in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlicher Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen. Zur elektronischen Verarbeitung wird an Art 4 Z 2 DSGVO anzuknüpfen sein, ohne die Sonderregel für strukturierte Dateisysteme oder die manuelle Verarbeitung.

Damit wird die Vertraulichkeit der Kommunikation im Hinblick auf den Schutz von Inhalts- und Verkehrsdaten erfasst. Dieser folgt dem Zweckbindungsgrundsatz bzw der sonstigen gesonderten Zustimmung bzw Einwilligung. Insoweit gibt es einen strukturellen Gleichlauf zur DSGVO.

Die Besonderheiten der Online-Kommunikation liegen nunmehr darin, dass Adressat des elektronischen Datenschutzregimes jeder Teilnehmer, einschließlich des Websitebetreibers, sein kann. Erfasst werden auch die Verarbeitung oder Speicherung auf fremden Endgeräten (Stichwort: „*Cookies*“); sogar die unerbetene Kommunikation ist eigens geregelt.

#### 5.2. Kommunikationsgeschützte Daten

Zu den kommunikationsgeschützten Daten zählen insb die „*Inhalts- und Verkehrsdaten*“ sowie die in § 165 Abs 1 TKG 2021 genannten weiteren zwei Kategorien (Standortdaten sowie Stammdaten), also insgesamt vier Datenkategorien. Die Zugangsdaten bilden dabei lediglich eine Unterkategorie der Verkehrsdaten gem § 160 Abs 3 Z 7 TKG 2021. Eine Unterscheidung in besonders kategorisierte Daten und einfach geschützte Daten, wie sie etwa von Art 9 DSGVO vorgenommen wird, besteht im elektronischen kommunikationsrechtlichen Datenschutz nicht.

#### 5.3. Rollenverteilung

Der elektronische Kommunikationsdatenschutz lässt die „*klassische Trias*“ der DSGVO für die Rollenverteilung in Betroffene –



Verantwortliche – Auftragsverarbeiter keinesfalls deutlich hervortreten. Dies führt mitunter zu Verwirrungen, da die spezifischen Regelungen des TKG 2021 zum Datenschutz in der elektronischen Kommunikation auch dann anwendbar sind und der DSGVO vorgehen, wenn dadurch eine Verarbeitung personenbezogener Daten miterfasst ist.

Auf der Betroffenenseite finden sich neben natürlichen Personen als Teilnehmer der geschützten vertraulichen Kommunikation auch juristische Personen.

Als *Verantwortliche*, ohne diesen Begriff zu verwenden, sind Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft ebenso zu nennen wie Betreiber öffentlicher Kommunikationsdienste. Dreh- und Angelpunkt bildet dabei die Auslegung des Begriffes der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste bzw der öffentlichen Kommunikationsnetze. Insoweit ist in grundrechtskonformer Auslegung der Begriff des Kommunikationsdienstes auch auf OTT-Kommunikationsdienste auszudehnen.<sup>43</sup>

Art 2 Z 1 EECC definiert „elektronische Kommunikationsnetze“ als „Übertragungssysteme, ungeachtet dessen, ob sie auf einer permanenten Infrastruktur oder zentralen Verwaltungskapazität basieren und gegebenenfalls Vermittlungs- und Leitwegeeinrichtungen, sowie anderweitige Ressourcen – einschließlich der nicht aktiven Netzbestandteile – die die Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische oder andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen, einschließlich Satellitennetze, feste (leitungs- und paketvermittelt, einschließlich Internet) und mobile Netze, Stromleitungssysteme, soweit sie zur Signalübertragung genutzt werden, Netze für Hör- und Fernsehfunk, sowie Kabelfernsehnetze, unabhängig von der Art der übertragenen Information“.

Ein Kommunikationsnetz ist nach Art 2 Z 8 EECC „öffentlich“, wenn es „ganz oder überwiegend der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste dient, die die Übertragung von Informationen zwischen Netzabschlusspunkten ermöglichen“. Dieser weite Anwendungsbereich nimmt also letztlich Kommunikation in einem geschlossenen Unternehmensnetzwerk aus, das lediglich zum beruflichen Austausch der im Unternehmen beschäftigten Mitarbeiter dient. In diesen geschlossenen Benutzergruppen kommt das TKG 2021 daher nicht zum Zug; gleichermaßen ist daher nach Art 95 DSGVO ein Rückgriff auf die Datenschutzgrundverordnung möglich.

Obwohl sich die Rollenverteilung zum Teil umdreht, dh, der Betroffene wird Verantwortlicher, der Verantwortliche wird Auftragsverarbeiter oder der Auftragsverarbeiter wird unter bestimmten Umständen zum Verantwortlichen, spielt dies im kommunikationsgeschützten Datenverkehr letztlich keine Rolle,

da keine (zusätzlichen) Verpflichtungen der DSGVO im Einzelnen auferlegt werden dürfen. Genau hier wird letztlich die ePrivacy-VO ansetzen (müssen).

#### 5.4. Rechtmäßigkeit der Verarbeitung (Prüfungsschema)

Die Rechtmäßigkeitsgründe im Kommunikationsdatenschutz finden sich (im Wesentlichen) in § 165 TKG 2021. Demzufolge dürfen die kommunikationsgeschützten Daten

- für Zwecke der Besorgung eines Kommunikationsdienstes ermittelt oder verarbeitet werden (Abs 1);
- übermittelt werden, soweit das für die Erbringung jenes Kommunikationsdienstes, für den diese Daten ermittelt oder verarbeitet worden sind, erforderlich ist (Abs 2 Satz 1);
- im Übrigen nur aufgrund einer jederzeit widerrufbaren Einwilligung der Betroffenen verarbeitet werden (Abs 2 Satz 2).

Der Zugriff (Speicherung/Verarbeitung) auf fremden Endgeräten ist nach § 165 Abs 3 TKG 2021 nur dann gerechtfertigt, wenn er entweder

- zur Kommunikationsdienste-Erbringung unbedingt erforderlich ist (Abs 3 Satz 2 2. Alternative) oder
- der alleinige Zweck die Durchführung der Übertragung einer Nachricht über ein Kommunikationsnetz ist (Abs 3 Satz 2 1. Alternative) oder
- eine informierte Einwilligung des Nutzers vorliegt (Satz 1).

Schließlich besteht eine Sonderregelung für die Eigenwerbung im Online-Marketing nach § 174 Abs 4 TKG 2021, die als besonderer Fall einer kompatiblen Weiterverwendung iSv Art 6 Abs 4 DSGVO angesehen werden kann. Den von einem Teil der Lehre<sup>44</sup> geäußerten Bedenken, durch den Einschub „oder der nicht öffentlich zugänglichen Daten einer juristischen Person“ in § 160 Abs 1 TKG 2021 sei der elektronische Datenschutz des 14. Abschnitts des TKG 2021 nicht mehr auf veröffentlichte Daten<sup>45</sup> juristischer Personen anzuwenden, ist das unionsrechtliche Verständnis entgegenzuhalten, wie es im vorliegenden Urteil für „öffentliche Teilnehmerverzeichnisse“ kaum deutlicher zu Tage treten könnte.<sup>46</sup>

## 6. Checkliste zur Anwendung des elektronischen Kommunikationsdatenschutzes

Abschließend soll eine ergänzungsbedürftige, eine individuelle anwaltliche Beratung keinesfalls ersetzende Checkliste eine erste Klärung von Anwendung und Reichweite des elektronischen Kommunikationsdatenschutzes bewirken:

<sup>43</sup> Zutr *Simitis/Hornung/Spiecker*, Datenschutzrecht DSGVO Art 95 Rz 12. Nach Ansicht des Landesbeauftragten für Datenschutz in NRW gehören dazu auch Videokonferenzdienste, LDI NRW, 27. Datenschutzbericht, abrufbar unter <ldi.nrw.de/system/files/media/document/file/27\_datenschutzbericht\_2022\_ldi\_nrw.pdf> (12. 1. 2023).

<sup>44</sup> *Knyrim/Ehmair-Breitwieser*, Eine bisher unbemerkte Änderung: § 160 Abs 1 TKG, *Dako* 2022, 109.

<sup>45</sup> ZB in öffentlichen Registern oder Online-Verzeichnissen.

<sup>46</sup> Im Ergebnis halten *Knyrim/Ehmair-Breitwieser*, *Dako* 2022, 109 (110), zu Recht am „umfassenden Schutz“ auch für juristische Personen durch die ePrivacy-RL fest.

Checkliste: Wenn 1 und 2, dann 3; ergänzend 4

Ablauf	Prüffrage	Normen
1a	Liegt eine <b>elektronische Verarbeitungstätigkeit</b> vor?	Art 1 Abs 1 ePrivacy-RL iVm Art 4 Z 1 DSGVO
UND		
1b	Liegt ein <b>elektronischer Kommunikationsdienst</b> vor?	Art 2 EECC Art 2 lit g und Art 3 ePrivacy-RL
	<b>Rollenverteilung</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Diensteanbieter</li> <li>▪ Teilnehmer/Nutzer</li> <li>▪ sonstiger Beteiligter</li> </ul>	
UND		
2	Werden <b>kommunikationsgeschützte Daten</b> verarbeitet, nämlich <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Stammdaten</li> <li>▪ Verkehrsdaten</li> <li>▪ Standortdaten</li> <li>▪ Inhaltsdaten</li> </ul>	Art 2 lit b-e und lit h ePrivacy-RL
DANN		
3	<b>Rechtmäßigkeitsprüfung</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ TKG-Datenschutz</li> <li>▪ unerwünschte Kommunikation <ul style="list-style-type: none"> <li>– Einwilligung</li> <li>– Zweckähnlichkeitsausnahme</li> </ul> </li> <li>▪ Data Breach</li> <li>▪ Grundrecht auf Datenschutz</li> </ul>	Art 5 ePrivacy-RL/§ 165 TKG 2021  § 174 TKG 2021  § 174 Abs 4 TKG 2021 VO (EU) 611/2013 § 1 DSGVO
ERGÄNZEND		
4	<b>Subsidiär</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Betroffenenrechte</li> <li>▪ internationaler Datentransfer</li> </ul>	DSGVO

## 7. Zusammenfassung

„Proximus“ bedeutet (räumlich wie zeitlich) *der Nächstfolgende, der Nächste* oder schlicht *ganz nahe*.<sup>47</sup> Der EuGH nutzt den vorliegenden Fall eines gleichnamigen Anbieters von Online-Teilnehmerverzeichnissen in Belgien zur Klärung wesentlicher Fragen des Verhältnisses zwischen der DSGVO und der ePrivacy-RL. Gleichzeitig etabliert der Gerichtshof erhöhte Compliance-Verpflichtungen in Form von erweiterten Informationspflichten bei Löschung in einer elektronischen Verarbei-

tungskette. Damit gewinnt das ohnehin schärfste Betroffenenrecht noch weiter an Durchschlagskraft zugunsten der betroffenen Teilnehmer:innen.

<sup>47</sup> PONS, Online-Wörterbuch Latein, abrufbar unter <de.pons.com/%C3%BCbersetzung/latein-deutsch/proximus> (5. 1. 2023).



### Der Autor:

RA Hon.-Prof. Dr. **Clemens Thiele**, LL.M. Tax (GGU) Fulbright Stipendiat für US-Steuerrecht; Anwaltliche Tätigkeit in Deutschland und den USA; Gründer der Kanzlei EUROLAWYER®; Honorarprofessor der Universität Salzburg; Autor und Herausgeber von Publikationen zum IP/IT-Recht; gerichtlich beideter Sachverständiger für Urheberrechtsfragen aller Art.

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Thiele/Clemens](http://lesen.lexisnexis.at/autor/Thiele/Clemens)

Foto: D. Wild

## Weil „VORSPRUNG“ entscheidet: LexisNexis Magazin als Tor zur Welt der Rechtsinformation

Die Weiterentwicklung der bewährten LitInfo erscheint dreimal jährlich und ist kostenlos beziehbar.



Hier kostenlos bestellen: <http://vorsprung.lexisnexis.at>