

Kommunikation & Recht

K&R

5 | Mai 2024
27. Jahrgang
Seiten 301 - 372

Chefredakteur

RA Torsten Kutschke

**Stellvertretende
Chefredakteurin**

RAin Dr. Anja Keller

Redakteur

Maximilian Leicht

Redaktionsassistentin

Stefanie Lichtenberg

www.kommunikationundrecht.de

dfv Mediengruppe
Frankfurt am Main

Litigation-PR am Limit

Thomas Stadler

- 301** Individualisierte Online-Werbung: Joint Controllershship für TC-String beim Real-Time-Bidding
Tilman Herbrich
- 305** Entwicklungen im zivilrechtlichen Telekommunikationsrecht im Jahr 2023
Dr. Thomas Sassenberg, Dr. Reto Mantz und Dr. Gerd Kiparski
- 313** Die Meldepflicht – insbesondere nach § 168 TKG – als Instrument des IT-Sicherheitsrechts
Alexander Weidenhammer
- 319** Zehn Jahre Recht auf Vergessenwerden
Prof. Dr. Tobias Gostomzyk und Dr. Jan Martin Rensinghoff
- 325** Update: Besteuerung der digitalen Wirtschaft 2022/2023 – Teil 2
Prof. Dr. Jens M. Schmittmann und Dr. Julia Sinnig
- 333** **EuGH:** Identifizierbarkeit in einer Pressemitteilung mit Kommentar von **Conrad S. Conrad** und **Elena Folkerts**
- 342** **EuGH:** Schadensersatz für unerwünschte Werbung nach Widerspruch
- 345** **EuGH:** EU-weite Tätigkeit von Verwertungsgesellschaften
- 352** **OLG Nürnberg:** Kein Verstoß gegen Unterlassungsverpflichtung bei Auffindbarkeit im Internetarchiv
- 356** **KG Berlin:** Bußgeld wegen unterlassener Löschung nicht notwendiger Daten
- 358** **OLG Hamm:** Kostentragung nach unberechtigter Vertragsstrafenforderung mit Kommentar von **Tanya Stariradef** und **Nikola Šarac**
- 362** **OLG Stuttgart:** Kein Schadensersatz bei zulässiger Postwerbung
- 363** **LG Hamburg:** Kein Datenschutzverstoß durch verpflichtendes Kundenkonto bei Online-Bestellung
- 368** **VG München:** Täuschung über eigene Qualifikation mittels KI bei Studienzulassung mit Kommentar von **Dr. Patrick Grosman**

RA Tilman Herbrich*

Individualisierte Online-Werbung: Joint Controllershship für TC-String beim Real-Time-Bidding

Zugleich Kommentar zu EuGH, Urteil vom 7. 3. 2024 – C-604/22, K&R 2024, 256 ff. (Heft 4)

Kurz und Knapp

In einem bedeutsamen Urteil hat der EuGH eindeutige Leitlinien für die Online-Werbebranche etabliert. Die Entscheidung schafft Klarheit über die Einordnung von Endgeräteinformationen als personenbezogene Daten und die Verteilung der Verantwortlichkeit bei der programmatischen Versteigerung von Werbeplätzen in Echtzeit in digitalen Angeboten auf Basis von Nutzerprofilen.¹

I. Einleitung

In der bisherigen Gerichtspraxis finden sich bezogen auf die Einbindung von Online-Marketing-Tools zur Platzierung individueller Werbeanzeigen – z. B. Google Ads – in digitale Angebote wie Websites und Apps zur Annahme einer gemeinsamen Verantwortlichkeit nach Art. 26 DSGVO lediglich vereinzelt Entscheidungen² unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH³ zur vorherigen Datenschutzrichtlinie.⁴

Der EuGH hat mit dem Urteil Pflöcke eingeschlagen, die künftig die Marschrichtung für die Spruchpraxis nationaler Gerichte vorgeben. Insbesondere die nationalen Gerichte, die sich nicht selten in der Umschiffung der Leitplanken höchstrichterlicher Rechtsprechung üben,⁵ sind nach dem tragenden europarechtlichen Grundsatz des *effet utile* (Art. 4 Abs. 3 EUV) verpflichtet, den Vorgaben aus Luxemburg Rechnung zu tragen. Eine unzulässige Abweichung ist als Verstoß gegen das Grundrecht auf einen gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) zu werten, wie das BVerfGE bereits zur Auslegung von Art. 82 DSGVO festgestellt hat.⁶ Vor diesem Hintergrund wurde die Entscheidung mit Spannung erwartet.

II. Verfahrensgang und Vorlagefragen

Der Entscheidung des EuGH liegt ein Vorabentscheidungsverfahren des Appellationshofs Brüssel zugrunde, der einen Rechtsstreit zwischen der belgischen Datenschutzbehörde und IAB Europe (Interactive Advertising Bureau Europe), einer Non-Profit-Organisation, die die digitale Werbe- und Marketingindustrie in Europa vertritt, zu klären hatte.

IAB Europe entwickelte das „Transparency & Consent Framework“ (TCF), um die Einhaltung der DSGVO bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch Datenbroker sowie Werbeplattform- und Websiteanbieter, insbesondere beim sog.

Real-Time-Bidding, zu gewährleisten. Dabei handelt es sich um ein automatisiertes Versteigerungssystem von Nutzerprofilen für den Kauf und Verkauf von Online-Werbeplätzen in digitalen Angeboten wie Websites und Apps.

Die belgische Datenschutzbehörde (Gegevensbeschermingsautoriteit) hat gegen IAB Europe einen Bußgeldbescheid vom 2. 2. 2022 i. H. v. EUR 250 000,00 aufgrund diverser Verstöße gegen die DSGVO erlassen.⁷ IAB Europe hat gegen die Anordnung der Aufsichtsbehörde Klage vor dem Hof van beroep te Brussel (Appellationshof Brüssel) eingereicht. Mit Beschluss vom 7. 9. 2022 setzte das Brüsseler Gericht das Verfahren aus und legte dem EuGH eine Reihe von Teilfragen zur Vorabentscheidung nach Art. 267 Abs. 2 AEUV vor,⁸ die sich wie folgt zusammenfassen lassen: Stellt der durch eine Consent-Management-Plattform (CMP) erzeugte „Transparency and Consent String“ (TC-String) nebst darin enthaltenen Informationen sowohl aus Sicht der IAB Europe als Herausgeber des TCF v2.0 als auch aus Perspektive der Website- und App-Betreiber personenbezogene Daten dar? Ist eine normierende Branchenorganisation als (gemeinsam) Verantwortlicher für die Verarbeitung der Einwilligungsdaten einzustufen? Erstreckt sich diese (gemeinsame) Verantwortlichkeit der Branchenorganisation dann auch automatisch auf die anschließenden Verarbeitungen Dritter wie gezielte Online-Werbung durch Verleger und Verkaufsplattformen?

* Mehr über den Autor erfahren Sie am Ende des Beitrags. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 8. 4. 2024.

1 Vgl. zu den technischen Grundlagen *Herbrich/Niekrenz*, CRi 2021, 129 ff.

2 Vgl. etwa OLG Köln, 3. 11. 2023 – 6 U 58/23, GRUR-RS 2023, 34611, Rn. 75 ff. (nicht rechtskräftig); LG Rostock, 15. 9. 2020 – 3 O 762/19, K&R 2021, 210, 213 (nicht rechtskräftig).

3 EuGH, 29. 7. 2019 – C-40/17, K&R 2019, 562 – Fashion ID.

4 ABl. EG 1995, L 281, S. 31.

5 Vgl. etwa *Robak*, GRUR-Prax 2024, 18 zu OLG Hamm, 17. 11. 2023 – 7 U 71/23.

6 BVerfG, 14. 1. 2021 – 1 BvR2853/19, NJW 2021, 1005, vgl. dazu *Ettig/Herbrich*, K&R Beilage zu Heft 6/2021, 27, 31.

7 Der Bescheid ist belgischer Sprache abrufbar unter: <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/publications/beslissing-ten-gronde-nr-21-2022.pdf>. Im Einzelnen wurden Verstöße festgestellt gegen: Art. 5 Abs. 2 DSGVO – Vertraulichkeit der Verarbeitung; Art. 32 DSGVO – Datensicherheit, Art. 6 Abs. 1 DSGVO – belastbare Rechtsgrundlage, Art. 12, 13, 14 – Transparenzpflichten, Art. 24 Abs. 1 DSGVO – Rechenschaftspflichten, Art. 25 DSGVO – Privacy by Design und Art. 44 ff. DSGVO – Anforderungen an Drittlandübermittlungen.

8 Hof van beroep te Brussel 7. 9. 2022 – 2022/AR/292, abrufbar unter in englischer Sprache unter: https://www.iccl.ie/wp-content/uploads/2022/09/English-Judgement-Markets-Court-07-09-2022_Redacted.pdf.

Bereits während des EuGH-Verfahrens hat IAB Europe das TCF v2.0 überarbeitet und im April 2022 einen „Action Plan“ vorgelegt,⁹ welcher schon im Januar 2023 von der belgischen Behörde akzeptiert wurde. In dem „Action Plan“ von IAB Europe wird u. a. festgehalten, dass der TC-String eine Verarbeitung personenbezogener Daten darstellt und IAB Europe als Joint Controller zu werten ist, nicht zuletzt um der EuGH-Entscheidung vorzugreifen.

Entsprechend der Verfahrensordnung des Gerichts (Art. 17 - 19) wurde kein Generalanwalt bestellt, weshalb auch keine Schlussanträge gestellt wurden. In der Hälfte aller Verfahren wird kein Generalanwalt bestellt, insbesondere dann nicht, wenn die Rechtssache keine neuen Rechtsfragen aufwirft.

III. Klarstellung zum vermeintlich fehlenden Personenbezug des TC-Strings

1. Weiterentwicklung der Rechtsprechung

Der EuGH bestätigt die Auffassung der belgischen Datenschutzbehörde, dass der TC-String, der die Präferenzen der Nutzer innerhalb einer CMP erfasst und die Erteilung von Einwilligungen dokumentiert, Informationen enthalte, die einen Nutzer identifizierbar machen.¹⁰ Somit ist der TC-String als personenbezogenes Datum i. S. v. Art. 4 Nr. 1 der DSGVO einzustufen. Zur Untermauerung seiner Entscheidung beruft sich der Gerichtshof auf Erwägungsgrund 30 DSGVO und argumentiert, dass durch die Zuordnung der im TC-String enthaltenen Informationen zu einer Kennung, wie beispielsweise der IP-Adresse des Endgerätes, ein Profil eines Nutzers angefertigt und somit die Person identifiziert werden kann.

Dem Prinzip der autonomen Auslegung des Unionsrechts¹¹ entsprechend, das den Wortlaut, den Kontext der Regelung, deren Zweck sowie die Ziele der DSGVO berücksichtigt,¹² legt die vierte Kammer in überzeugender Manier die Entwicklung des Konzepts der personenbezogenen Daten dar, wie sie sich aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH ergibt.

Der Gerichtshof legt ein umfassendes Verständnis personenbezogener Daten zugrunde,¹³ das sich aus dem Wortlaut des Art. 4 Nr. 1 DSGVO ergibt, der „alle Informationen“¹⁴ und „indirekt“¹⁵ umfasst, sowie aus der Einstufung pseudonymer Daten als personenbezogen gemäß Art. 4 Nr. 5 DSGVO i. V. m. Erwägungsgrund 26 DSGVO.¹⁶ Insbesondere leitet der Gerichtshof aus Erwägungsgrund 26 DSGVO ab, dass Informationen zur Identifikation einer betroffenen Person nicht ausschließlich im Besitz einer einzelnen Partei sein müssten.¹⁷ Folglich werden aufgrund dieser breiten Interpretation des Begriffs der personenbezogenen Daten alle Informationen, die sich auf eine Person beziehen, berücksichtigt, einschließlich jener, die sich im Besitz Dritter befinden.¹⁸

Die Luxemburger Richter bekräftigen, dass die Qualifikation von Informationen als personenbezogen nicht dadurch beeinträchtigt wird, dass IAB Europe den TC-String nicht unmittelbar mit der IP-Adresse verbinden oder direkten Zugriff auf die Daten erlangen kann, die von seinen Mitgliedern innerhalb des TCF v2.0 verarbeitet werden.¹⁹ Gemäß den „Terms and Conditions for the IAB Europe Transparency & Consent Framework“ sind die Mitglieder von IAB Europe dazu verpflichtet, auf Anforderung jene Informationen bereitzustellen, die die Identifikation von Nutzern ermöglichen, deren Daten im Rahmen eines TC-Strings verarbeitet werden. Deshalb verfüge IAB Europe gemäß Erwägungsgrund 26 DSGVO über die erforderlichen Mittel, um eine Person auf Grundlage der von seinen Mitgliedern und anderen Teilnehmern am TCF bereitgestellten Informationen zu identifizieren.²⁰

2. Kontext der Entscheidung

Aus der Fortentwicklung des Konzepts des Personenbezugs durch das Urteil wird für jene, die aus den Entscheidungen des EuG zu alphanumerischen Identifikationsnummern²¹ und EuGH zur FIN²² ein enges Verständnis der Klassifizierung von IP-Adressen als personenbezogene Daten ableiten vermögen, der argumentative Spielraum erheblich verengt. Denn selbst ohne Zugriff auf die IP-Adresse, die selbst noch keine Identifizierung eines Nutzers durch IAB Europe zulässt, nimmt der EuGH einen Personenbezug des TC-Strings an, obwohl auch dieser keine personenbezogenen Daten enthält.

Der EuGH hatte nicht über die Abgrenzung zwischen den Anwendungsbereichen der DSGVO und der RL 2002/58/EG²³ in der durch die RL 2009/136/EG²⁴ geänderten Fassung („E-Privacy-Richtlinie“) zu befinden. Das Verhältnis zwischen DSGVO und E-Privacy-Richtlinie wurde vom EuGH bereits in einem früheren Vorabentscheidungsverfahren aus Belgien im Kontext des One-Stop-Shop-Mechanismus einer Klärung zugeführt, wobei unter Bezugnahme auf Art. 95 DSGVO die Bestimmungen der E-Privacy-Richtlinie und deren Umsetzungsakte, wie etwa § 25 TTDSG, als speziellere Gesetze klassifiziert wurden.²⁵ Demgemäß entschied das LG München I hinsichtlich des Zugriffs auf Informationen des TC-Strings, dass sowohl DSGVO als auch E-Privacy-Richtlinie bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit dem Zugriff auf Endgeräte gemäß § 25 TTDSG bzw. Art. 5 E-Privacy-Richtlinie anwendbar sind und dieser Zugriff gemäß § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG i. V. m. Art. 4 Nr. 11 DSGVO der Einwilligung bedarf.²⁶ Diese umfassende Auslegung wird ebenfalls vom Europäischen Datenschutzausschuss (EDSA) in seinen kürzlich veröffentlichten „Guidelines 2/2023 on Technical Scope of Art. 5 Abs. 3 of E-Privacy Directive“ bestätigt.

Das LG München gelangte nach sorgfältiger Prüfung zu dem Ergebnis, dass der TC-String selbst „der Erstellung von Nutzerprofilen zum Zwecke der domänenübergreifenden Nachverfolgung des jeweiligen Nutzers zu Werbezwecken im TCF 2.0-Netzwerk“ dient. Für die Generierung des TC-Strings ist folglich selbst eine Einwilligung notwendig.²⁷

9 Vgl. <https://iab-europe.eu/iab-europe-obtains-suspension-of-tcf-action-plan-implementation-due-to-ongoing-proceedings/>.

10 EuGH, 7. 3. 2024 - C-604/22, K&R 2024, 256, Rn. 51.

11 Vgl. EuGH, 4. 5. 2023 - C-300/21, K&R 2023, 416, 418, Rn. 29 - Österreichische Post AG.

12 EuGH, 12. 1. 2023 - C-154/21, K&R 2023, 118, Rn. 29 - RW/Österreichische Post AG; EuGH, 22. 6. 2023 - C-579/21, K&R 2023, 660, Rn. 38 - J. M.

13 EuGH, 7. 3. 2024 - C-604/22, K&R 2024, 256, Rn. 35.

14 EuGH, 4. 5. 2023 - C-487/21, EuZW 2023, 575, 576, Rn. 23 m. Anm. Sandhu - F./Österreichische Datenschutzbehörde.

15 EuGH, 19. 10. 2016 - C-582/14, K&R 2016, 811, Rn. 41 - Breyer.

16 Vgl. EuGH, 5. 12. 2023 - C-683/21, K&R 2024, 119, 122, Rn. 58 zur Abgrenzung zu anonymen und fiktiven Daten.

17 EuGH, 19. 10. 2016 - C-582/14, K&R 2016, 811, Rn. 43 - Breyer.

18 EuGH, 22. 6. 2023 - C-579/21, K&R 2023, 660, Rn. 45 - J. M.

19 EuGH, 7. 3. 2024 - C-604/22, K&R 2024, 256, Rn. 46.

20 EuGH, 7. 3. 2024 - C-604/22, K&R 2024, 256, Rn. 49.

21 EuG, 26. 4. 2023 - T-557/20, ZD 2023, 399, 401, Rn. 73 m. Anm. Baumgartner.

22 EuGH, 9. 11. 2023 - C-319/22, K&R 2023, 797 ff. = ZD 2024, 173, 174, Rn. 48 f. m. Anm. Hanloser.

23 ABL EG 1995, L 201, S. 37.

24 ABL EG 2002, L 337, S. 11.

25 EuGH, 15. 6. 2021 - C-645/19, K&R 2021, 509, 514, Rn. 74 f. - Facebook Ireland Ltd, Facebook Inc., Facebook Belgium BVBA; vgl. hierzu eingehend Herbrich, GRUR Int. 2022, 64 ff.

26 LG München I, 29. 11. 2022 - 33 O 14776/19, K&R 2023, 220, 224 m. Anm. Halder/Maluszcak (nicht rechtskräftig); zustimmend Hense, ZD 2023, 213 f.

27 LG München I, 29. 11. 2022 - 33 O 14776/19, MMR 2023, 222, 224 m. Anm. Halder/Maluszcak (nicht rechtskräftig).

3. Auswirkungen auf die Praxis

Der vorliegende Hof van beroep te Brussel (Appellationshof Brüssel) hat nunmehr unter Beachtung der Vorabentscheidung zu klären, ob für die Erzeugung des TC-Strings durch eine CMP eine Einwilligung gem. Art. 5 Abs. 3 E-Privacy-RL auch zugunsten der IAB Europe notwendig ist. Dann würden in technischer Hinsicht Anpassungen erforderlich werden, weil der TC-String in der CMP vor Erteilung einer Einwilligungserklärung generiert wird und ein Endgerätezugriff stattfindet. Anderenfalls bliebe es bei dem Befund der Notwendigkeit einer Einwilligungsabfrage für die Erzeugung des TC-Strings.

Ohne Änderung der vertraglichen Regelungen zwischen der IAB Europe und den teilnehmenden Unternehmen bezogen auf die Herausgabe des TC-Strings ist es bei der Bestimmung des Personenbezugs unerheblich, ob IAB Europe selbstständig Daten verarbeitet oder über entsprechende Zugriffsmöglichkeiten verfügt. Gleichzeitig hätte eine solche Änderung zur Folge, dass die Selbstregulierung durch den Branchenverband keine Prüfmöglichkeiten für einen etwaigen Verstoß gegen den Industriestandard hätte.

Die Bedeutung des Frameworks würde erheblich abgewertet, wenn mangels Prüf- und Sanktionsmöglichkeiten kein Vertrauen in die Einhaltung des TCF bestehen würde. Die Risiken fehlerhaft erzeugter oder bewusst gefälschter TC-Strings tragen schlussendlich die Unternehmen, die an dem TCF partizipieren.

IV. Gemeinsam statt einsam: Gemeinsame Verantwortlichkeit von IAB Europe und Verbandsmitgliedern

1. Genese der EuGH-Rechtsprechung

Der EuGH bekräftigt in Übereinstimmung mit bisherigen Auslegungsgrundsätzen und höchstrichterlichen Entscheidungen das hohe Schutzniveau für die Grundrechte der betroffenen Personen als vorrangiges Ziel der DSGVO.²⁸ Zudem bekräftigt der Gerichtshof ein weites Verständnis der Definition des Verantwortlichen nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO.²⁹

Wer aus eigenem Interesse Einfluss auf die Verarbeitung personenbezogener Daten nimmt und somit an der Bestimmung über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung beteiligt ist, gilt gemäß Art. 4 Nr. 7 DSGVO als Verantwortlicher.³⁰ In Situationen, in denen keine gemeinsame Entscheidung vorliegt, reicht bereits eine übereinstimmende – nicht notwendigerweise gemeinsame – Festlegung der Zwecke und Mittel durch zwei Verantwortliche aus, um in den Anwendungsbereich von Art. 26 Abs. 1 DSGVO aufgrund der tatsächlichen Einflussnahme zu fallen.³¹ Dabei müsse jede Verarbeitung konkret auf die Entscheidung über die Verarbeitungszwecke und -mittel bezogen sein, und der Grad der Verantwortlichkeit sei jeweils anhand der Umstände des Einzelfalls zu bewerten.³²

Der EuGH stellt klar:³³ Gemäß den durch den EuGH festgelegten Kriterien für die Feststellung einer gemeinsamen Verantwortlichkeit ist es nicht notwendig, dass die beteiligten Parteien eine gleichwertige Datenverarbeitung durchführen oder Zugang zu den betreffenden personenbezogenen Daten haben.³⁴ Weiterhin ist für die Einstufung als gemeinsam Verantwortliche keine formelle Vereinbarung bezüglich der Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung erforderlich.³⁵

Ausschlaggebend ist die tatsächliche Einflussnahmemöglichkeit.³⁶ Dem Grundsatz „In dubio contra“ folgend führt eine etwaige fehlende Transparenz – etwa bei Verarbeitungsketten

wie dem TCF-System und RTB-System – zum Nachteil der Verarbeitenden, die im Zweifel als Verantwortliche zu qualifizieren sind, um Schutzlücken zu vermeiden.

2. Fortführung der Rechtsprechungslinie

Als Erweiterung der bisherigen Rechtsprechung kann die Einordnung der IAB Europe als Herausgeber technischer Spezifikationen und deren Mitglieder wie Verlage, Werbungtreibende, Agenturen, Werbeplattformen, Online-Werbebörsen als gemeinsam Verantwortliche gem. Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO verstanden werden. In 250 Jahren weltweiter Standardisierung hat es bislang keine Vereinigung geschafft, einen Standard so auszugestalten, dass die Herausgeber des Standards verantwortlich sind und für rechtswidriges Handeln der instruierten Anwender gesamtschuldnerisch haften. Mit seiner Entscheidung entwickelt der Gerichtshof die Kasuistik weiter hin zu einer unzweideutigen, wenn auch sukzessiven Rechtsprechungslinie.

Entscheidend für die Feststellung der gemeinsamen Verantwortlichkeit ist laut EuGH, dass die IAB Europe aktiv und aus eigenem Interesse an der Gestaltung der Zwecke und der Mittel der Datenverarbeitung teilnehme.³⁷ Das von der IAB Europe konzipierte TCF zielt darauf ab, den Handel mit Online-Werbeplätzen für bestimmte Anbieter zu erleichtern. Der Gerichtshof sieht in dieser Aktivität eine bewusste Einflussnahme der IAB Europe auf die Handhabung personenbezogener Daten, wodurch der Verband zusammen mit seinen Mitgliedern über die Zielsetzungen der Datenverarbeitung bestimmt.

Der Gerichtshof hebt hervor, dass das TCF einen verbindlichen Regelungsrahmen bildet, dem die Mitglieder von IAB Europe folgen müssen.³⁸ Bei Verstößen gegen diese Rahmenbedingungen, so die Richtlinie der IAB Europe in ihrer TCF-Policy (aktuell in der Version 2023-05-15.4.0.a), behält sich IAB Europe das Recht vor, Sanktionen zu verhängen, die bis zum Ausschluss aus dem TCF führen können. Ferner legt IAB Europe in technischen Spezifikationen fest, wie Teilnehmer des TCF die im TC-String vermerkten Präferenzen, Zustimmungen und Widersprüche der Nutzer verarbeiten müssen. Aus dieser Gestaltung schlussfolgert der EuGH, dass IAB Europe durch die aktive Mitgestaltung dieser Verarbeitungsmodalitäten einen wesentlichen Einfluss auf die Art und Weise der Datenverarbeitung ausübt. Somit wird IAB Europe zusammen mit seinen Mitgliedern als gemeinsam Verantwortlicher i. S. v. Art. 26 DSGVO betrachtet.

Im Hinblick auf den zweiten Abschnitt der zweiten Vorlagefrage unterscheidet der Gerichtshof zwischen der Datenverarbeitung durch Mitglieder von IAB Europe bei der Aufnahme von Nutzerpräferenzen im TC-String und der anschließenden Verarbeitung dieser Daten bei der Durchführung der Real-Time-Bidding-Auktionen durch dritte Parteien.³⁹ Der EuGH

28 EuGH, 4. 5. 2023 – C-60/22, ZD 2023, 606, Rn. 64 m. Anm. Stief.

29 EuGH, 5. 6. 2018 – C-210/16, K&R 2018, 475, 476, Rn. 28 – ULD Schleswig-Holstein/Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein.

30 EuGH, 10. 7. 2018 – C-25/17, ZD 2018, 469, 472, Rn. 68 m. Anm. Hoeren – Zeugen Jehovas.

31 EuGH, 10. 7. 2018 – C-25/17, ZD 2018, 469, 472, Rn. 66 m. Anm. Hoeren – Zeugen Jehovas.

32 EuGH, 7. 3. 2024 – C-604/22, K&R 2024, 256, Rn. 58.

33 EuGH, 7. 3. 2024 – C-604/22, K&R 2024, 256, Rn. 58.

34 EuGH, 10. 7. 2018 – C-25/17, ZD 2018, 469, 472, Rn. 69 m. Anm. Hoeren – Zeugen Jehovas.

35 EuGH, 5. 12. 2023 – C-683/21, K&R 2024, 119, 121, Rn. 44.

36 EDSA, Leitlinien 07/2020 zu den Begriffen „Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“ in der DSGVO, Version 2.0, Rn. 12.

37 EuGH, 7. 3. 2024 – C-604/22, K&R 2024, 256, 260, Rn. 64 f.

38 EuGH, 7. 3. 2024 – C-604/22, K&R 2024, 256, 260, Rn. 65.

39 EuGH, 7. 3. 2024 – C-604/22, K&R 2024, 256, 260, Rn. 70 ff.

stellt fest, dass sich die gemeinsame Verantwortlichkeit von IAB Europe nicht automatisch auf spätere Verarbeitungsaktivitäten durch Dritte erstreckt. IAB Europe kann nur dann als verantwortlich für diese weiterführende Datenverarbeitung betrachtet werden, wenn nachgewiesen wird, dass die Organisation faktisch an der Definition der Zwecke und der Auswahl der Mittel dieser spezifischen Datenverarbeitung teilgenommen hat.

Die Unterscheidung ist verständlich, da bereits Generalanwalt Bobek in seinen Schlussanträgen im Fall „Fashion ID“⁴⁰ vor einer übermäßigen Haftung warnte, falls die gemeinsame Verantwortlichkeit auf sämtliche nachfolgenden Verarbeitungsprozesse ausgedehnt würde. Aus diesem Grund führte der EuGH das Konzept der phasenspezifischen Verantwortlichkeit ein.⁴¹

V. Folgeprobleme

1. Gemeinsame Verantwortlichkeit des IAB TechLab

Sofern man die Grundsätze der EuGH-Entscheidung auf das Real-Time-Bidding-System des IAB TechLab, bekannt als „OpenRTB“,⁴² anwendet, gelangt man aufgrund der detaillierten Kontrolle, die das IAB TechLab durch technische Spezifikationen des OpenRTB-Protokolls („OpenRTB Specifications v3.0“ und „AdCom 1.0“) über die Echtzeitversteigerung von Werbeflächen ausübt, die auf personenbezogenen Daten basieren, zur Feststellung einer gemeinsamen Verantwortlichkeit.⁴³ Das Schicksal der Wahrung der Grundrechte nach Maßgabe der EuGH-Rechtsprechung liegt maßgeblich in den Händen der europäischen Aufsichtsbehörden, die sich in puncto Datenschutzkonformität von Real-Time-Bidding noch als neutrale Beobachter einordnen lassen und dafür mit Recht kritisiert werden.⁴⁴

Bereits seit Jahren versuchen Bürgerrechtler mit rechtlichen Mitteln gegen die Datentransfers vorzugehen. 2018 wurden Beschwerden bei der irischen Data Protection Commission (DPC) durch Dr. Johnny Ryan und dem britischen Information Commissioner's Office (ICO) durch Dr. Michael Veale und Jim Killock von der NGO Open Rights Group eingereicht. 2019 folgten Beschwerden von Bürgerrechtsorganisationen und Individuen in Polen, Spanien, Belgien, den Niederlanden, Luxemburg, Deutschland, Italien, Frankreich, Bulgarien, Tschechien, Estland und Ungarn.⁴⁵ Auch bei der Hamburger Datenschutzbehörde wurde 2021 eine Beschwerde von Dr. Johnny Ryan mit umfassenden Beweisangeboten und Nachweisen rechtswidriger Real-Time-Bidding-Auktionen eingelegt, die bis dato nicht beschieden wurde.

Erst kürzlich stellte der EuGH zur Schufa-Restschuldbefreiung klar: Aufsichtsbehörden müssen sich „mit aller gebotenen Sorgfalt“ mit einer Beschwerde befassen und verfügen lediglich ein Auswahlermessens hinsichtlich der in Art. 58 DSGVO aufgeführten Befugnisse.⁴⁶ In Anbetracht der staatlichen Schutzpflicht, die nach einhelliger Ansicht auch im Unionsrecht für Exekutivorgane gilt, ist ein Einschreiten der Behörden nicht nur wünschenswert, sondern eine verfassungsrechtliche gebotene Pflicht.⁴⁷

Die Zurückhaltung unter dem Deckmantel des One-Stop-Shop-Mechanismus der DSGVO sowie die pauschale Verweisung auf Behördenverfahren – wie vorliegend durch die belgische Aufsichtsbehörde – greift zu kurz. Der EuGH hat in der Entscheidung zum One-Stop-Shop-Mechanismus die Ansicht des EDSA übernommen,⁴⁸ wonach im Anwendungsbereich der „special rule“ in Art. 5 Abs. 3 E-Privacy-RL – spricht das Speichern und

das Lesen von personenbezogenen Daten mittels Cookies – nicht den Regelungen der internationalen Zuständigkeit von Aufsichtsbehörden unterliegt.⁴⁹ In der Folge verfügt jede nationale Behörde im Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 E-Privacy-RL in Bezug auf den Zugriff auf den TC-String die über vollständige Untersuchungs- und Abhilfebefugnisse nach Maßgabe des nationalen Rechts.

2. Special Category Issue

Keine Lösung zeichnet sich für die Problemstellung ab, dass weder der TCF noch CMPs die Möglichkeit der Erteilung einer ausdrücklichen Einwilligung nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO für die Nutzung sensibler Segmente für die Platzierung individualisierter Werbemittel vorsehen. Insofern strebte der britische ICO im Februar 2019 eine Überprüfung der Werbetechnologie-Branche, insbesondere im Hinblick auf das Real-Time-Bidding, an. Im Juni 2019 veröffentlichte das ICO einen entsprechenden Bericht, der starke rechtliche Bedenken der Behörde unter anderem im Hinblick auf die nach der DSGVO sowie nach der E-Privacy-RL erforderlichen Rechtsgrundlagen, Qualifikation von Ableitungen aus dem Nutzungsverhalten in Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO unter der Überschrift „Special Category Issue“, die Umsetzung von Informationspflichten und den Umfang der Lieferketten formuliert.⁵⁰ Anstatt rechtlich bindende Maßnahmen zu ergreifen, beließ die Behörde es allerdings dabei, der Branche ihre Bedenken mitzuteilen und zu Veränderungen aufzufordern.⁵¹ Die Untersuchung wurde wegen der Covid-Pandemie pausiert, wurde jedoch seit Anfang 2021 auf eine Klage der Bürgerrechtsorganisation Open Rights Group hin fortgeführt und verlief bislang ohne nennenswertes Ergebnis.⁵²

Aufgrund der Klassifizierung von Ableitungen und Annahmen basierend auf dem Online-Verhalten der Nutzer als besondere Kategorien personenbezogener Daten, wie der EuGH in der

40 Vgl. dazu *Hanloser* ZD 2019, 122.

41 EuGH, 29. 7. 2019 – C-40/17, K&R 2019, 562 ff. = MMR 2019, 57, Rn. 101 m. Anm. *Moos/Rothkegel* – Fashion ID.

42 Vgl. zu den technischen Grundlagen *Herbrich/Niekrenz*, CRi 2021, 129, Rn. 8 ff.

43 So bereits *Herbrich/Niekrenz*, CRi 2021, 12, Rn. 68 ff.

44 Vgl. *Will/Hense*, PinG 3.24, 1 ff.

45 Die beteiligten Organisationen waren: Pakoptykon Foundation, Eticas Foundation, Bits of Freedom, Dr Jef Ausloos, Dr Pierre Dewitte, Jose Belo, Society for Civil Rights, Digitalcourage, Digitale Gesellschaft, Netzwerk Datenschutzexpertise, Deutsche Vereinigung für Datenschutz, Italian Coalition for Civil Rights and Freedoms, La Ligue des Droits de l'Homme, Bulgarian Helsinki Committee, Association for the Defense of Human Rights in Romania, Italian Coalition for Civil Rights and Freedoms, Estonian Human Rights Centre, Peace Institute, Asociația pentru Tehnologie și Internet, Defesa dos Direitos Digitais, GONG, Global Human Dignity Foundation, Homo Digitalis, Institute of Information Cyprus.

46 EuGH, 7. 12. 2023 – C-26/22, C-64/22, K&R 2024, 37, Rn. 68.

47 *Spiecker gen. Döhmman/Eisenbarth*, JZ 2011, 169, 172; *Wolff*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, 2017, Bd. 1, Art. 8 GR, Rn. 16; ebenso aus Perspektive des GG *Papier*, in: *Merten/Papier*, Hdb. der Grundrechte, Bd. 2, 2006, § 5, Rn. 9 f.; vgl. zu den Schutzpflichten auf nationaler Ebene *Schliesky/Hoffmann/Luch/Schulz/Borchers*, Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet, 2014, S. 47 ff.

48 EDSA, Stellungnahme 5/2019 zum Zusammenspiel zwischen der e-Datenschutz-Richtlinie und der DSGVO, insbesondere in Bezug auf die Zuständigkeiten, Aufgaben und Befugnisse von Datenschutzbehörden 12. 3. 2019, Rn. 75.

49 EuGH, 15. 6. 2021 – C-604/22, GRUR Int. 2022, 64, Rn. 74 m. Anm. *Herbrich*, GRUR Int. 2022, 78; BT-Drs. 19/27441, 38.

50 Vgl. ICO, Update report into adtech and real time bidding, 20 June 2019, S. 3, 4, abrufbar unter: <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/2615156/adtech-real-time-bidding-report-201906-d1191220.pdf>.

51 Vgl. <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/consultation-responses/4020721/ico-response-to-the-dcms-consultation-on-the-online-advertising-programme.pdf>.

52 *Mark Scott*: Privacy campaigners file legal challenge against UK's handling of online ads, Politico, 5. 11. 2020, <https://www.politico.eu/article/legal-challenge-filed-against-uks-handling-of-adtech/>.

Rechtssache „Bundeskartellamt/Meta Platforms“ feststellte, findet das grundsätzliche Verarbeitungsverbot nach Art. 9 DSGVO Anwendung.⁵³ Hierbei spielen sogenannte „Inferences“ eine Rolle:⁵⁴ Taxonomien für die Segmentierung, die Nutzergruppen auf der Grundlage von angenommenen Merkmalen wie gesundheitlichen Zuständen oder politischen Neigungen kategorisieren, sind in den technischen Spezifikationen von Werbeverbänden wie dem IAB TechLab weit verbreitet.⁵⁵ Kürzlich veröffentlichte der Journalist Ingo Dachwitz Auszüge aus einem Dokument, das 650 000 Kategorien umfasst, einschließlich hunderter Segmente zu sensiblen Themen wie Gesundheit, sexuelle Orientierung, Politik, Religion und Ethnizität, die gemäß den Kategorien in Art. 9 Abs. 1 DSGVO klassifiziert sind, und beschreibt, wie Microsofts Datenmarktplatz Xandr Nutzer auf Grundlage ihres Online-Verhalten einordnet.⁵⁶

Nach der Entscheidung des Gerichtshofs müssen solche sensiblen Ableitungen über betroffene Personen nun als Daten gemäß Art. 9 DSGVO klassifiziert werden und erfordern die Anwendung einer der streng definierten Ausnahmen aus Art. 9 Abs. 2 der DSGVO. Die einzig praktisch relevante Ausnahme stellt die ausdrückliche Einwilligung nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO dar. Wie der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg in den „FAQ zu Cookies und Tracking durch Betreiber von Webseiten und Apps“ hervorhebt,⁵⁷ sind die Anforderungen an die Transparenz der Einwilligung sowie an die explizite Abfrage des Nutzerwillens hoch anzusetzen. Daher kann eine ausdrückliche Einwilligung nicht einfach durch einen Klick auf „Alle akzeptieren“ in einem Cookie-Banner erfolgen.

VI. Auswirkungen auf die Praxis

Organisationen der digitalen Werbebranche, die das TCF nutzen, sind verpflichtet, die Vorgaben der DSGVO sorgfältig zu beachten. Dies umfasst insbesondere die Notwendigkeit, dass Einwilligungsmechanismen deutlich und unmissverständlich gestaltet sind und dass alle Verpflichtungen gemäß Art. 26 Abs. 1 (Abschluss einer Vereinbarung über die gemeinsame Verantwortlichkeit) und Abs. 2 S. 2 DSGVO (besondere Informationspflicht) umfassend erfüllt werden. Als gemeinsam

Verantwortliche sind alle beteiligten Parteien den vollständigen Pflichten der DSGVO unterworfen.⁵⁸

Marktteilnehmer sollten die Signalwirkung des Urteils ernst nehmen und ihre Pflichten zur Rechenschaft und Compliance sorgfältig umsetzen,⁵⁹ um in potenziellen rechtlichen Auseinandersetzungen ihre Einhaltung der Datenschutzprinzipien⁶⁰ und die Wirksamkeit der eingeholten Einwilligungen⁶¹ nachweisen zu können.

Unternehmen, die das TCF nutzen, sind angehalten, ihre Methoden im Umgang mit Nutzerdaten zu überprüfen und bei Bedarf zu modifizieren, um den Standards hinsichtlich Transparenz, Einwilligung und Datenverarbeitung gerecht zu werden. Es ist insbesondere ratsam, die Strategien bezüglich der durch das TCF bzw. CMP eingeholten Nutzereinwilligungen einem Audit zu unterziehen.



Tilman Herbrich

(CIPP/E) ist Partner und Rechtsanwalt für Technology und Datenschutz im Leipziger Büro von Spirit Legal. Als Spezialist für Advertising Technology und Cloud Services berät er Technologieanbieter bei der Produktentwicklung, unterstützt Werbungtreibende in den Bereichen Procurement und Risk Mitigation und verantwortet die Division Privacy Litigation.

53 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492, 497, Rn. 69 ff. – Meta Platforms u. a.

54 Vgl. dazu *Wachter*, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 35, 367 ff.

55 Vgl. dazu *Herbrich/Niekrenz*, CRi 2021, 129, 135.

56 Vgl. <https://netzpolitik.org/2023/microsofts-datenmarktplatz-xandr-das-sind-650-000-kategorien-in-die-uns-die-online-werbeindustrie-einsortiert/>.

57 Vgl. Version 2.0.1, Ziff. 4.6, abrufbar unter: <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2022/03/FAQ-Tracking-online.pdf>.

58 EuGH, 5. 6. 2018 – C-210/16, K&R 2018, 475, 476, Rn. 29 – ULD Schleswig-Holstein/Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein.

59 EuGH, 27. 10. 2022 – C-129/21, K&R 2022, 826 ff. = ZD 2023, 28, Rn. 81 m. Anm. *Hense*, ZD 2023, 213 f.

60 EuGH, 27. 10. 2022 – C-129/21, K&R 2022, 826 ff. = ZD 2023, 28, Rn. 81 m. Anm. *Hense*, ZD 2023, 213 f.

61 EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, K&R 2023, 492, 503, Rn. 152 – Meta Platforms u. a.

RA Dr. Thomas Sassenberg, LL.M., RiLG Dr. iur. Dipl.-Inf. Reto Mantz und RA Dr. Gerd Kiparski, MBA*

Entwicklungen im zivilrechtlichen Telekommunikationsrecht im Jahr 2023

Regelungsdichte nimmt weiter zu

Kurz und Knapp

Der Beitrag umfasst den Veröffentlichungszeitraum April 2023 bis einschließlich März 2024 und schließt an den Überblick über das zivilrechtliche Telekommunikationsrecht aus dem letzten Jahr (K&R 2023, 311 ff.) an. Die Branche hat eine Vielzahl an unterschiedlichen Themen im Berichtszeitraum beschäftigt. Neben den Klassikern im

Vertrags- und Wettbewerbsrecht, wie bspw. dem rechtlich zulässigen Rahmen der Kundenrückgewinnung, mussten sich Internetzugangsanbieter bspw. auch mit der Umsetzung zahlreicher Websperren und hierzu ergangenen Entscheidungen auseinandersetzen.

* Mehr über die Autoren erfahren Sie am Ende des Beitrags. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 7. 4. 2024.