



# Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch  
den Ausschuss Informationsrecht unter Mitwirkung  
des Verfassungsrechtsausschusses

**zum Verhältnis von Datenschutz-Grundverordnung  
(KOM(2012) 11 endgültig) und dem Schutz der  
Vertraulichkeit der Kommunikation**

Stellungnahme Nr. 8/2013

Berlin, im Februar 2013

## **Mitglieder des Informationsrechtsausschusses**

- Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker, Bonn (Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Isabell Conrad, München  
(Berichterstatlerin)
- Rechtsanwalt Prof. Niko Härting, Berlin
- Rechtsanwalt Peter Huppertz, LL.M., Düsseldorf
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Jochen Schneider, München  
(Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Robert Selk, LL.M. (EU), München
- Rechtsanwalt und Notar Ulrich Volk, Wiesbaden
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Zuck, Stuttgart

## **Zuständig in der DAV-Geschäftsführung**

- Rechtsanwalt Thomas Marx

## **Mitwirkung des Verfassungsrechtsausschusses**

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Mayen, Bonn (Vorsitzen-  
der und Berichterstatter)

## **Verteiler**

---

### Verteiler Europa:

#### Europäisches Parlament

- Ausschuss Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres
- Ausschuss Recht
- Ausschuss Wirtschaft und Währung
- Ausschuss Beschäftigung und soziale Angelegenheiten
- Ausschuss Industrie, Forschung und Energie
- Ausschuss Binnenmarkt und Verbraucherschutz

#### Europäische Kommission

- Generaldirektion Justiz

#### Rat der Europäischen Union

Der Europäische Datenschutzbeauftragte

Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU

Justizreferenten der Landesvertretungen

#### Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)

Vertreter der Freien Berufe in Brüssel

Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK) in Brüssel

Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) in Brüssel

### Verteiler Deutschland:

#### Deutscher Bundestag

- Innenausschuss
- Rechtsausschuss

#### Bundesregierung

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz

#### Bundesverfassungsgericht

Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit

Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen

Innenministerien und Senatsverwaltungen für Inneres der Länder

Justizminister und Justizsenatoren der Länder

Die Datenschutzbeauftragten der Bundesländer

Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts

Präsidenten der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe

Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen

Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesnotarkammer

Bundesverband der Freien Berufe

Deutscher Richterbund  
Deutscher Notarverein e.V.  
Deutscher Steuerberaterverband

GRUR  
BITKOM  
DGRI

DAV-Vorstand und Geschäftsführung  
Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse  
Vorsitzende der DAV-Landesverbände  
Mitglieder des DAV-Verwaltungsrechtsausschusses  
Mitglieder des DAV-Verfassungsrechtsausschusses  
Mitglieder des DAV-Umweltrechtsausschusses  
Vorsitzende des FORUMs Junge Anwaltschaft

Redaktion NVwZ  
Redaktion NJW  
Redaktion DVBL  
Redaktion DÖV  
Juve-Verlag  
Redaktion Anwaltsblatt

ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Bund und Länder, Richterinnen und Richter,  
Staatsanwältinnen und Staatsanwälte

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

---

### **Das Verhältnis von Datenschutz-Grundverordnung und dem Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation**

Die folgende Stellungnahme ergänzt die Stellungnahme Nr. 47/2012 des DAV von Mai 2012 im Hinblick auf einen nachträglich aufgetretenen einzelnen Aspekt. Im Rahmen der Diskussion auf dem 69. Deutschen Juristentag in München wurde bekannt, dass im Rat der Europäischen Union von einigen Ländern die Haltung vertreten wird, die im Entwurf vorliegende Datenschutz-Grundverordnung (im Folgenden: DS-GVO) solle auch für e-mails und andere Gegenstände gelten, die nach deutschem Verständnis dem Fernmeldegeheimnis und den Regeln des Telekommunikationsgesetzes (im Folgenden: TKG) unterliegen. Dies wirft die Frage nach dem Verhältnis des Vorschlags der DS-GVO zu den Telekommunikationsrichtlinien auf, die den Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation regeln. Ginge die DS-GVO diesen Bestimmungen über die Vertraulichkeit der Kommunikation vor, käme es zu einer drastischen Reduzierung des Schutzes der Betroffenen; für juristische Personen fiel er ganz weg.

#### **I. Vorbemerkung**

Für die vorgenannte Fragestellung muss unterschieden werden zwischen (1) dem **Anwendungsbereich** der DS-GVO (*Erfassen die Regelungen der DS-GVO auch die Verarbeitung personenbezogener Telekommunikationsdaten durch TK-Diensteanbieter?*) und (2) bei Eröffnung des Anwendungsbereichs: dem Konkurrenzverhältnis von DS-GVO einerseits und den Bestimmungen über den Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation andererseits (*Haben die Bestimmungen der DS-GVO Vorrang gegenüber den Bestimmungen zum Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation?*). Allein mit der Eröffnung des Anwendungsbereichs der DS-GVO steht noch nicht fest, dass der DS-GVO auch Vorrang gegenüber den ein-

schlägigen Bestimmungen des Unionsrechts über den Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation zukommen soll.

Dies zeigt das deutsche Verfassungsrecht sehr anschaulich. Da die durch das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG) geschützten Kommunikationsformen in weitem Umfang auch personenbezogene Daten zum Gegenstand haben, werden im Rahmen von Eingriffen in individuelle Kommunikationsbeziehungen auch personenbezogene Daten erhoben und verarbeitet – mit der Folge, dass gegenüber solchen Vorgängen auch der Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG) eröffnet ist.

Durner, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Bd. 1, 65. Ergänzungslieferung 2012, Art. 10 GG Rdnr. 54 ff.

Dennoch geht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG als das speziellere Grundrecht dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vor und verdrängt dieses.

BVerfGE 100, 313 (358, 359); 107, 299 (312); 110, 33 (53); 113, 348 (364).

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährt insoweit nur dort subsidiären Schutz, wo das Fernmeldegeheimnis tatbestandlich nicht greift, etwa nach Abschluss des Kommunikationsvorgangs.

Vgl. Durner, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, 65. Ergänzungslieferung 2012, Art. 10 GG Rdnr. 56 (nach Fn. 6).

Dementsprechend ist auch im vorstehenden Zusammenhang (1) zu fragen, ob die Bestimmungen der DS-GVO ihrem sachlichen Anwendungsbereich nach auch die Verarbeitung von personenbezogenen Daten erfassen, die im Rahmen von Kommunikationsvorgängen erfolgt und sodann (bejahendenfalls) (2) zu prüfen, ob auch für das Unionsrecht von einem Vorrang der Bestimmungen über das Fernmeldegeheimnis, dort: der Vertraulichkeit der Kommunikation auszugehen ist.

## **II. Anwendungsbereich der DS-GVO**

Gemäß Art. 2 Abs. 1 DS-GVO soll diese Verordnung für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten gelten sowie für die nicht-automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einer Datei gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. „Personenbezogene Daten“ sind nach der Legaldefinition des Art. 4 Nr. 2 DS-GVO „alle Informationen, die sich auf eine betroffene Person beziehen“.

Diese Begriffsbestimmung ist umfassend. Sie schließt auch die Verarbeitung personenbezogener Daten ein, die Gegenstand eines Kommunikationsvorgangs über öffentliche Kommunikationsnetze und/oder öffentlich zugängliche Kommunikationsdienste sind.

Die DS-GVO sieht dafür auch keine besonderen Ausnahmen des Anwendungsbereichs vor. Die in Art. 2 Abs. 2 lit. a) bis e) DS-GVO aufgelisteten Ausnahmetatbestände enthalten keine Ausnahme für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen.

## **III. Konkurrenzverhältnis zwischen DS-GVO und den unionsrechtlichen Bestimmungen zum Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation**

Damit ist die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis der Bestimmungen der DS-GVO zu den unionsrechtlichen Bestimmungen zum Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation aufgeworfen.

### **1. Unionsrechtliche Bestimmungen zum Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation**

Die unionsrechtlichen Bestimmungen zum Schutz der (dem Fernmeldegeheimnis vergleichbaren) Vertraulichkeit der Kommunikation finden sich in Art. 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: GRCh) sowie in der 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).

**a) Art. 8 GRCh**

In Art. 7 GRCh ist in Anlehnung an Art. 8 EMRK (der entsprechend zur Auslegung herangezogen werden kann) das Recht auf „Achtung der Kommunikation“ enthalten [Art. 8 EMRK spricht insoweit von Korrespondenz, ohne dass damit eine inhaltlich Differenzierung verbunden wäre]. Dieses Grundrecht bezieht sich auf den Schutz von Mitteilungen aller Art, die einem Dritten zur Vermittlung an den Adressaten der Kommunikation übergeben werden. Geschützt wird daher die vermittelte Kommunikation.

Im Schrifttum

Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2010, Art. 7 Rdnr. 47 f. m. w. N.

wird davon ausgegangen, dass davon sämtliche Individualkommunikation erfasst wird, die einem Dritten zur Übermittlung an den Empfänger überlassen wird. Auf die konkrete Art der Technik, die zur Übermittlung benutzt wird, kommt es dabei nicht an (genannt werden Brief, Karte, Telefon, elektronische Post (e-mail)). Ein Eingriff liegt vor allem bei Kenntnisnahme von Inhalten oder Daten der Kommunikation (Zeitpunkt, Absender, Adressat) vor. Adressaten dieses Grundrechtes sind die Europäische Union und deren Stellen, sowie die Mitgliedsstaaten, wenn sie Unionsrecht ausführen. Sofern die Kommunikation über Private vermittelt wird, bestünden allerdings Schutzpflichten.

Gerichtsentscheidungen über das Verhältnis zu dem primärrechtlich durch Art. 16 AEUV und Art. 8 GRCh gewährleisteten Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten sind nicht bekannt.

Das Urteil des EuGH vom 09.11.2010 – Rs. C-92/09 und C-93/09, Slg. 2010, I-11063, behandelt diese Thematik nicht.

Im Schrifttum finden sich Stimmen, wonach Art. 8 GRCh als *lex specialis* dem „Schutz des Privatlebens“ durch Art. 7 GRCh vorgehen soll.

Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2010, Art. 8 Rdnr. 4; Bernsdorff, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage 2010, Art. 8 Rdnr. 13.

Ob diese für den Schutz des Privatlebens (Art. 7 Abs. 1, 1. Alt. GRCh) getroffene Aussage auch auf die Gewährleistung der Kommunikation (Art. 7 Abs. 1, 4. Alt. GRCh) gelten soll, wird nicht ausgeführt und ist offen. Andererseits kann die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, die Art. 10 GG als spezielle Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG begreift, nicht unbeachtet auf die Grundrechte der GRCh übertragen werden.

#### **b) Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation**

Die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation wurde aus der allgemeinen Datenschutzrichtlinie 96/45/EG entwickelt, die sie bereichsspezifisch für den Bereich der elektronischen Kommunikation konkretisiert und ergänzt.

Während sich die Konkretisierung vor allem auf den Schutz personenbezogener Daten bei der Verarbeitung von Verkehrsdaten (Art. 6 der RL 2002/58/EG) und von anderen Standortdaten (Art. 9 der RL 2002/58/EG) bezieht, besteht die Ergänzung der allgemeinen Datenschutzrichtlinie namentlich in dem durch Art. 5 Abs. 1 der RL 2002/58/EG gewährleisteten Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation. Die Mitgliedstaaten müssen danach die Vertraulichkeit der mit öffentlichen Kommunikationsnetzen und öffentlich zugänglichen Kommunikationsdiensten übertragenen Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten durch innerstaatliche Vorschriften sicherstellen, insbesondere das Mithören, Abhören und Speichern sowie andere Arten des Abfangens oder Überwachens von Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten durch



andere Personen als die Nutzer untersagen, wenn keine Einwilligung der betroffenen Nutzer vorliegt.

Im Unterschied – und somit in Ergänzung – zur allgemeinen Datenschutzrichtlinie 95/46/EG erfasst die Richtlinie 2002/58/EG nicht nur natürliche Personen, sondern auch den Schutz der berechtigten Interessen von juristischen Personen (Art. 1 Abs. 2 Satz 2 der RL 2002/58/EG). Zudem regelt die RL 2002/58/EG nicht nur den bereichsspezifischen TK-Datenschutz. Den wohl größten Anwendungsbereich hat ihr – teilweise umstrittener – Art. 5 Abs. 3, der Informationspflichten bei *„Zugriff auf Informationen, die im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind“*, regelt. Das betrifft u. a. Informationspflichten bei Einsatz von Cookies etwa im Zusammenhang mit Website-Aufrufen. Die Relevanz dieser Vorschrift für die Werbewirtschaft ist sehr groß. Performance-Marketing-Anbieter und Affiliate-Netzwerke beklagen, dass Art. 5 Abs. 3 RL nicht praktikabel und zeitgemäß umsetzbar ist.

Hinsichtlich des Verhältnisses der RL 2002/58/EG zur allgemeinen Datenschutzrichtlinie wird allgemein angenommen, dass grundsätzlich beide Richtlinien nebeneinander Anwendung finden. Soweit die speziellere RL 2002/58/EG einschlägig ist und abschließende Regelungen enthält, gehen diese der allgemeinen Richtlinie vor. Sind bestimmte Bereiche hingegen von der speziellen Richtlinie nicht erfasst, ist ein Rückgriff auf die allgemeine Datenschutzrichtlinie zulässig und geboten.

Klotz, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 2009, Einl. II Rdnr. 187.

Diese Abgrenzung mag abstrakt einleuchten. In der praktischen Anwendung bestehen indessen einige Rechtsunsicherheiten: So ist z. B. umstritten, ob und inwieweit die verantwortliche datenverarbeitende Stelle mit einem TK-Diensteanbieter einen Auftragsdatenverarbeitungsvertrag abschließen muss. Die wohl überwiegende Ansicht geht davon aus, dass jedenfalls soweit ein TK-Dienst erbracht wird, der TK-Dienste-

anbieter nicht Auftragsdatenverarbeiter ist. Unklar ist jedoch, ob und inwieweit z. B. im Rahmen eines WAN/VPN-Vertrages für Leistungen, die nicht den laufenden Betrieb der Kommunikationsnetze betreffen (etwa Bereitstellung und Einrichtung der Anbindungen), ein Auftragsdatenverarbeitungsvertrag abgeschlossen werden muss. Diese Frage ist nicht unerheblich, weil einerseits im Zuge zunehmender Medienkonvergenz Telemedien- und TK-Dienste immer stärker zusammenwachsen (z. B. bei Messenger-Diensten und Video/Web-Konferenzen). Zudem ist das Fehlen bzw. nicht ordnungsgemäße Abschließend eines Auftragsdatenverarbeitungsvertrages sanktioniert. Die DS-GVO sollte diese Rechtsunsicherheiten beseitigen.

## **2. Die vorgesehene Konkurrenzvorschrift in Art. 89 Abs. 1 DS-GVO**

Anders als die bisher geltende allgemeine Datenschutzrichtlinie 95/46/EG sieht der Entwurf der DS-GVO in seinem Art. 89 Abs. 1 eine ausdrückliche Bestimmung über das Konkurrenzverhältnis der DS-GVO zur Richtlinie 2002/58/EG vor. Die Regelung lautet:

*„Diese Verordnung erlegt natürlichen oder juristischen Personen in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Union keine zusätzlichen Pflichten auf, soweit sie besonderen in der Richtlinie 2002/85/EG festgelegten Pflichten unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen.“*

Nach dem Wortlaut folgt hieraus allerdings lediglich ein Verbot der Verschärfung („keine zusätzlichen Pflichten“) derjenigen Pflichten, die in der RL 2002/58/EG den Personen auferlegt sind, die in die Vertraulichkeit der Kommunikation eingreifen. Demgegenüber schließt diese Bestimmung jedenfalls dem Wortlaut nach nicht aus, dass diese Pflichten (und vice versa die daraus

resultierenden Rechte der Teilnehmer auf Schutz) hingegen durch die DSGVO eingeschränkt werden dürfen.

Insoweit muss allerdings ergänzend Erwägungsgrund 135 der Verordnung in den Blick genommen werden. Dieser lautet:

*„Diese Verordnung sollte auf alle Fragen des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten Anwendung finden, die nicht den in der Richtlinie 2002/58/EG festgelegten spezifischen Pflichten, die dasselbe Ziel verfolgen, unterliegen, einschließlich der Pflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen und der Rechte des Einzelnen. Um das Verhältnis zwischen dieser Verordnung und der Richtlinie 2002/58/EG klarzustellen, sollte die Richtlinie entsprechend geändert werden.“*

Danach soll durch diese Bestimmung sichergestellt werden, dass die DSGVO nur auf alle Fragen des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten „Anwendung finde(t)“, die nicht den in der Richtlinie 2002/58/EG festgelegten spezifischen Pflichten, die dasselbe Ziel verfolgen, unterliegen, einschließlich der Pflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen und der Rechte des Einzelnen. Mit anderen Worten: Art. 89 Abs. 1 DSGVO soll einen Anwendungsvorrang der in der RL 2002/58/EG normierten Pflichten statuieren. Zu diesen Pflichten zählen auch die in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der RL 2002/58/EG als Pflichten in Gestalt von Verboten normierten Vorkehrungen zum Schutz der Vertraulichkeit der Person. Dieser Zweck wird in Art. 89 Abs. 1 DSGVO indessen nur sehr unvollkommen umgesetzt.

Deshalb sollte nicht nur in einem Erwägungsgrund, sondern ausdrücklich in Art. 89 Abs. 1 DSGVO – als **Verordnungsinhalt** – klargestellt werden, dass die RL 2002/58/RL die bereichsspezifischen Datenschutzpflichten der TK-Dienstean-

bieter im Verhältnis zu ihren Nutzern speziell und abschließend gegenüber der DS-GVO regelt. Insoweit **sollte Art. 89 Abs. 1 DS-GVO an den Text von Erwägungsgrund 135 Satz 1 DS-GVO wie folgt angepasst werden:** *„Diese Verordnung findet auf alle Fragen des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten Anwendung, die nicht den in der Richtlinie 2002/58/EG festgelegten telekommunikationsbereichsspezifischen Pflichten, die dasselbe Ziel verfolgen, unterliegen. Insbesondere ist die Richtlinie 2002/58/EG speziell und abschließend hinsichtlich der Pflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen im Verhältnis zu den Nutzern und Teilnehmern und deren Rechten.“*

Ferner sollte hinsichtlich des umstrittenen Art. 5 Abs. 3 der RL 2002/58/EG („Cookie-Vorschrift“), der telemedienrechtliche Datenschutzpflichten regelt, klargestellt werden, dass durch die RL keine über die DS-GVO hinausgehenden Pflichten für die verantwortlichen Stellen auferlegt werden.

Auch die Aufforderung/Maßgabe zur Änderung der RL (S. 2 des Erwägungsgrunds 135) wäre entsprechend klarzustellen:

*„Um das Verhältnis zwischen dieser Verordnung und der Richtlinie 2002/58/EG klarzustellen, sollte die Richtlinie in Art. 1 Abs. 2 Satz 1 und Art. 5 Abs. 3 entsprechend geändert werden.“*

Weiterer Änderungsbedarf besteht schließlich bei Art. 89 Abs. 2 DS-GVO. Diese Regelung sieht vor, dass Art. 1 Abs. 2 der RL 2002/58/EG gestrichen wird. In Ermangelung von inhaltlichen Einschränkungen wird man dies im Zweifel so verstehen müssen, dass diese Streichung den gesamten Art. 1 Abs. 2 der RL 2002/58/EG erfassen soll. Erfasst wäre somit auch Art. 1 Abs. 2 Satz 2 der RL 2002/58/EG; danach regelt die RL 2002/58/EG auch den „Schutz der berechtigten Interessen von Teilnehmern, bei denen es sich um juristische Personen handelt“. Würde der Regelungsbefehl von Art. 89 Abs. 2 DS-GVO umgesetzt, wäre auch diese Regelung zu streichen. Juristische Per-

sonen würden dann nicht mehr durch die RL 2002/58/EG geschützt. **Insoweit sollte Art. 89 Abs. 2 DS-GVO dahingehend geändert werden, dass lediglich Art. 1 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie 2002/58/EG gestrichen wird.**