

Folgen des BGH-Urteils zu Cookies – welche Aufsichtsbehörde ist zuständig und dürfen Datenschutzbehörden Bußgelder verhängen?

Dr. Carlo Piltz, 5.6.2020

Inhalt

A. Vorrang des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG gegenüber der DSGVO.....	1
B. Aufsichtsbehördliche Zuständigkeit.....	1
C. Datenschutzaufsicht.....	2
D. Vollzugszuständigkeit (Bußgelder).....	3
I. Bußgeldregelung im TMG.....	3
II. Ergänzende Bußgeldregelungen im RStV.....	3
III. Zuständigkeitsregelungen für die Verhängung von Bußgeldern nach dem TMG.....	3
E. Fazit.....	6

Über das Urteil des BGH in der Sache „Cookie-Einwilligung II“ (zuvor am EuGH als „Planet49“) aus der letzten Woche (Urteil vom 28.5.2020, Az. I ZR 7/16) wurde bereits viel geschrieben, auch wenn bisher nur die [Pressemitteilung](#) veröffentlicht ist. Wir warten noch gespannt auf die Urteilsgründe und insbesondere die Unterfütterung der Ansicht, dass die fehlende Einwilligung nach Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie in § 15 Abs. 3 TMG als per default existierender Widerspruch angesehen wird. Also „Schweigen = Nein“.

A. Vorrang des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG gegenüber der DSGVO

In diesem Beitrag möchte ich mich mit einer praxisrelevanten Folgefrage auseinandersetzen, die sich aus der Begründung des BGH ergibt. Das Gericht geht davon aus, dass in § 15 Abs. 3 S. 1 TMG die Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 S. 1 ePrivacy-Richtlinie umgesetzt sind („§ 15 Abs. 3 Satz 1 TMG als den Art. 5 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2002/58/EG umsetzende nationale Regelung“). Dies bedeutet im Verhältnis zur DSGVO, dass nach Art. 95 DSGVO der § 15 Abs. 3 S. 1 TMG als nationale Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie in der Form einer *lex specialis* der DSGVO vorgeht (ausführlich zu dem Verhältnis von DSGVO und der ePrivacy-Richtlinie, [EDSA Stellungnahme 5/2019](#) zum Zusammenspiel zwischen der e-Datenschutz-Richtlinie und der DSGVO; zum Vorrang der ePrivacy-Richtlinie insbesondere ab Rz. 38, pdf). Dies gilt zumindest soweit, wie der Anwendungsbereich Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie und seiner Umsetzung reicht; also die **Speicherung von Informationen** und der **Zugriff auf bereits gespeicherte Informationen** im Endgerät eines Nutzers. Beispiele: das Setzen eines Cookies (= Speicherung von Informationen) oder Auslesen aus einem Cookie oder dem Storage (= Zugriff auf gespeicherte Informationen).

B. Aufsichtsbehördliche Zuständigkeit

Und nun zu der besonderen Praxisrelevanz: möchte eine Datenschutzbehörde diese Tätigkeiten (also die Speicherung von Informationen oder den Zugriff auf gespeicherte Informationen) prüfen, untersagen oder gar ein Bußgeld verhängen, ist sie hierzu überhaupt befugt?

Die Antwort auf diese Frage muss man grundsätzlich je nach Mitgliedstaat und nationaler Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie beantworten. Und ich möchte gleich vorwegschicken, dass die Beantwortung nicht einfach ist.

Per se gilt: die ePrivacy-Richtlinie gewährt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, eine oder mehrere Stellen mit der Durchsetzung zu beauftragen. Und dies müssen gerade nicht die Datenschutzbehörden nach der DSGVO sein. Der EDSA in der oben genannten Stellungnahme hierzu (Rz. 64):

„Die e-Datenschutz-Richtlinie belässt den Mitgliedstaaten die Flexibilität, darüber zu entscheiden, welcher Behörde oder Stelle sie ihre Durchsetzung anvertrauen wollen.“

Das bedeutet, dass die Datenschutzbehörden für die **Überwachung der Einhaltung** der Vorgaben der ePrivacy-Richtlinie und im Speziellen auch die **Ahndung von Verstößen durch Bußgelder** nur zuständig sind, wenn dies national gesetzlich so vorgesehen und ihnen diese Aufgabe übertragen ist. Gerade für die Verhängung von Bußgeldern spielen die nationalen Regelungen eine wichtige Rolle. Für eine dem Zugriff auf Informationen oder der Speicherung von Informationen nachfolgende Verarbeitung **personenbezogener Daten** sind die Datenschutzbehörden dann aber zuständig, da die DSGVO unmittelbar greift.

Und nun kommen wir zu der Situation in Deutschland. Vorab eine Übersicht meiner aktuellen Einschätzung (allein bezogen auf den Datenschutz im Bereich des deutschen TMG, also konkret § 15 Abs. 3 S. 1 TMG).

	Aufsichtsbehördliche Maßnahmen	Verhängung Bußgelder
DSGVO	Datenschutzbehörden (Art. 58 Abs. 1 und 2 DSGVO)	Datenschutzbehörden (Art. 58 Abs. 2 lit. i), Art. 83 DSGVO)
ePrivacy-Richtlinie / TMG	Datenschutzbehörden (§ 59 Abs. 1 S. 1 RStV)	<i>Es ist kompliziert...</i>

C. Datenschutzaufsicht

Nach § 59 Abs. 1 S. 1 des noch geltenden Rundfunkstaatsvertrages ([RStV](#), pdf) überwachen die nach den allgemeinen Datenschutzgesetzen des Bundes und der Länder zuständigen Aufsichtsbehörden für ihren Bereich die **Einhaltung der allgemeinen Datenschutzbestimmungen** und des § 57 RStV. (Hinweis: in Zukunft wird der RStV durch den Medienstaatsvertrag ([MStV](#), pdf) ersetzt).

Nach § 1 Abs. 1 Hs. 2 RStV gelten für Telemedien der IV. bis VI. Abschnitt sowie § 20 Abs. 2 RStV; jedoch ganz allgemein, unabhängig davon, ob es sich um Rundfunk handelt. Daneben gelten die Vorgaben des TMG.

Dies bedeutet wohl, dass den Datenschutzbehörden die „Aufsicht“ in der Form der Überwachung der Einhaltung der Datenschutzbestimmungen für Telemedien zugewiesen ist. Jedoch enthält § 59 RStV keine Regelung zur Zuständigkeit für die Verhängung von Bußgeldern bei Verstößen gegen das TMG (dies könnte daran liegen, dass das TMG Bundesrecht ist und die Länder hier keine Regelungskompetenz für Bußgeldtatbestände haben).

Diese Ansicht wird auch durch die oben zitierte Stellungnahme des EDSA gestützt, welche klarstellt, dass sich die Datenschutzbehörde nicht automatisch auf die in der DSGVO vorgesehenen Aufgaben und Befugnisse stützen kann, um die nationalen Vorschriften zur Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie durchzusetzen, da diese Aufgaben und Befugnisse aus der DSGVO an deren Durchsetzung gebunden sind (EDSA, Stellungnahme 5/2019, Rz. 65 ff.).

D. Vollzugszuständigkeit (Bußgelder)

I. Bußgeldregelung im TMG

Zunächst eine simple Feststellung: Verstöße gegen § 15 Abs. 3 S. 1 TMG sind nach § 16 TMG nicht ausdrücklich bußgeldbewehrt. Nur Verstöße gegen § 15 Abs. 1 S. 1 TMG und gegen § 15 Abs. 3 S. 3 TMG (bei Zusammenführung der Daten des Betroffenen mit dem Pseudonym) sind in dem Katalog des § 16 Abs. 2 TMG aufgeführt. Es wird in der Literatur aber diskutiert, ob nicht die Erstellung eines Nutzungsprofils gegen den Widerspruch (also nach BGH: ohne Einwilligung) des Nutzers eine unzulässige Datenerhebung bzw. -verwendung iSd § 15 Abs. 1 S. 1 darstellt, die dann vom Bußgeldtatbestand des § 16 Abs. 2 Nr. 4 TMG erfasst wird (so *Bornemann*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, 27. Edition, § 16 TMG, Rn. 16). Ob ein solcher Rückschluss mit dem im Rahmen der Verhängung von Bußgeldern zu beachtenden Bestimmtheitsgebot von Normen vereinbar ist, kann man aber meines Erachtens diskutieren. Nach dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Bestimmtheitsgebot muss staatliches Handeln (insbesondere in der Form von Sanktionen) für die Rechtsunterworfenen berechenbar sein.

II. Ergänzende Bußgeldregelungen im RStV

Selbst, wenn man von dem Verweis in § 59 Abs. 1 S. 1 RStV auch die Zuständigkeit zur Verhängung von Bußgeldern umfasst sehen möchte (was meines Erachtens nicht möglich ist), so müsste eine entsprechende landesrechtliche Zuständigkeitsregelung in den Bundesländern den Datenschutzbehörden diese auch konkret zuordnen (Stichwort: Bestimmtheitsgebot).

Denn: § 16 TMG enthält zwar Bußgeldtatbestände für Verstöße gegen bestimmte Normen des TMG. Das TMG selbst enthält aber keine Regelungen über die für die Verhängung der Bußgelder zuständige Verwaltungsbehörde. Das bedeutet, es gelten die allgemeinen Vorschriften des OWiG (umfassend hierzu schon im Jahr 2011 der [Wissenschaftliche Dienst](#) des Deutschen Bundestages, pdf). Nach § 36 Abs. 1 OWiG ist für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten die Behörde sachlich zuständig, die **durch Gesetz bestimmt wird** bzw., wenn eine solche Bestimmung nicht vorliegt, die **fachlich zuständige oberste Landesbehörde** oder das **fachlich zuständige Bundesministerium**, soweit das Gesetz von Bundesbehörden ausgeführt wird.

Das bedeutet, dass wir nach entsprechenden landesrechtlichen Zuständigkeitsregelungen suchen müssen, die die Ahndung von Verstößen im Sinne der § 16 TMG einer Behörde zuweisen.

In jedem Fall gilt: Bußgelder auf Grundlage des § 16 TMG können **maximal 50.000 EUR** betragen (§ 16 Abs. 3 TMG). Damit also auch Bußgelder wegen eines Verstoßes gegen § 15 Abs. 3 S. 1 TMG (wie gesagt, wenn man dies überhaupt als möglich erachtet).

III. Zuständigkeitsregelungen für die Verhängung von Bußgeldern nach dem TMG

Spannend ist nun die Frage, welche Behörde für die Verhängung eines solchen Bußgeldes zuständig ist. Zumeist erfolgt diese Zuweisung, so sie ausdrücklich getroffen wurde, für Verstöße gegen § 16 Abs. 2 Nr. 2 – 5 TMG. Nachfolgend haben mein Kollege [Johannes Zwerschke](#) und ich uns an einer Übersicht versucht.

Eins noch vorab. Einige Länder haben in ihren Datenschutzgesetzen nur sehr allgemein die Zuständigkeit der Datenschutzbehörde auch für andere Datenschutzgesetze geregelt. Z. B. heißt es in § 6 Abs. 1 S. 2 ThürDSG: „*Dabei kontrolliert er die Einhaltung der Verordnung (EU) 2016/679, dieses Gesetzes sowie anderer datenschutzrechtlicher Bestimmungen.*“. Da es sich auch nach Ansicht des BGH bei § 15 Abs. 3 S. 1 TMG um eine datenschutzrechtliche Bestimmung handelt, ist es denkbar, dass der Datenschutzaufsichtsbehörde (z. B. im Fall von Thüringen) daher auch die Zuständigkeit zur Verhängung von Bußgeldern hinsichtlich des TMG obliegt. Allerdings könnte man insoweit ganz auf der Linie des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags die fehlende Bestimmtheit der jeweiligen

Regelung und daher die Unzuständigkeit der betreffenden Behörde für die Verhängung von Bußgeldern nach dem TMG monieren.

Die betreffenden Fälle wurden mit „*)“ markiert.

Bundesland	Behörde	Norm / Begründung
Nordrhein-Westfalen	Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit (LDI).	§ 2 Nr. 2 Telemedienzuständigkeitsgesetz (TMZ-Gesetz).
Bayern	Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht (BayLDA - für den privaten Bereich).	§ 96 Zuständigkeitsverordnung (ZustV).
Sachsen	Sächsische Datenschutzbeauftragte.	§ 15 Nr. 2 Ordnungswidrigkeiten-Zuständigkeitsverordnung.
Baden-Württemberg	Regierungspräsidium Karlsruhe.	§ 4 Abs. 2 Nr. 4 Verordnung der Landesregierung über Zuständigkeiten nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiZuVO).
Niedersachsen	Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen. *)	§§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 NDSG (wenn man von dem Verweis auf „andere datenschutzrechtliche Bestimmungen“ auch § 15 Abs. 3 S. 1 TMG bzw. die Bußgeldnorm des § 16 Abs. 2 TMG umfasst sieht) (§ 2 Nr. 1 lit. d) ZustVO-OWi ist nicht einschlägig, da sich diese nicht auf § 16 Abs. 2 Nr. 4 und 5 TMG erstreckt).
Schleswig-Holstein	Für Schleswig-Holstein haben wir keine einschlägige, landesrechtliche Regelung gefunden. Mangels einer gesetzlichen Regelung ist daher die fachlich zuständige oberste Landesbehörde für das Ordnungswidrigkeitenverfahren zuständig.	§ 36 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) OWiG (§ 38 Abs. 6 Gesetz zum Staatsvertrag über das Medienrecht in Hamburg und Schleswig-Holstein ist nicht einschlägig, da sich diese nicht auf § 16 Abs. 2 Nr. 4 und 5 TMG erstreckt).
Hamburg	Hamburgischer Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit.	IV Nr. 3 der Anordnung über Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Rundfunkwesens und der Telemedien vom 25. März 1997.
Bremen	Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Bremen.	§ 63 Nr. 3 BremLMG.
Mecklenburg-Vorpommern	Medienanstalt Mecklenburg-Vorpommern (MMV) (nach	§ 67 Abs. 3 S. 1 und 6 RundfunkG M-V.

	vorheriger Stellungnahme des Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit).	
Brandenburg	Landesbeauftragte für den Datenschutz und für das Recht auf Akteneinsicht Brandenburg. *)	§ 18 Abs. 4, Abs. 1 S. 2 BbgDSG (vgl. Gesetzesbegründung zu § 18 Abs. 4 BbgDSG: „Absatz 4 bestimmt ... gemäß § 36 Absatz 1 Ziffer 1 des Ordnungswidrigkeitengesetzes die Landesbeauftragte oder den Landesbeauftragten als zuständige Verwaltungsbehörde für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten“ (Drs. 6/7365).
Berlin	Jeweiliges Bezirksamt.	§ 1 Nr. 1 d) ZustVO-OWiG (entsprechend § 1 ZustVO-OWiG wird davon ausgegangen, dass für die Verhängung von Bußgeldern keine gesetzliche Zuständigkeitszuweisung an die Berliner Datenschutzbehörde besteht).
Sachsen-Anhalt	Für Sachsen-Anhalt haben wir keine einschlägige, landesrechtliche Regelung gefunden. Mangels einer gesetzlichen Regelung ist daher die fachlich zuständige oberste Landesbehörde für das Ordnungswidrigkeitenverfahren zuständig.	§ 36 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) OWiG.
Thüringen	Thüringer Landesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit. *)	§§ 6 Abs. 1 S. 2, 61 Abs. 1 und 6 ThürDSG iVm § 8 Abs. 1 InMinZustV TH („Zuständige Verwaltungsbehörde für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten ist, soweit nichts anderes bestimmt ist, diejenige Behörde, der der Vollzug derjenigen Rechtsvorschriften obliegt, gegen die sich der Verstoß richtet“).
Hessen	Hessische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit. *)	§ 13 Abs. 1 HDSiG.

Rheinland-Pfalz	Für Rheinland-Pfalz haben wir keine einschlägige, landesrechtliche Regelung gefunden. Mangels einer gesetzlichen Regelung ist daher die fachlich zuständige oberste Landesbehörde für das Ordnungswidrigkeitenverfahren zuständig.	§ 36 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) OWiG.
Saarland	Hier ist die Lage unklar. Es sind zwei mögliche Zuständigkeiten denkbar: 1. Unabhängiges Datenschutzzentrum Saarland *) oder 2. Ministerium für Inneres, Bauen und Sport.	Zu 1. §§ 20 Abs. 5 S. 1; 16 Abs. 2; 3 Abs. 1 SarlDSG. (Problem: nebenstehende Regelung könnte aber möglicherweise unionsrechtswidrig sein, da sie Art. 95 DSGVO umgeht, der besagt, dass die ePrivacy-Richtlinie lex specialis ist) Zu 2. § 36 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) OWiG iVm § 3 LOG und 4.13 Geschäftsverteilungsplan der Regierung.

(wenn jemand noch Hinweise zu konkreten Zuständigkeitsregelungen hat, freue ich mich über eine E-Mail)

E. Fazit

Man sieht, dass die Frage der Zuständigkeit für die Ahndung von Verstößen gegen § 15 Abs. 3 S. 1 TMG nicht einfach zu beantworten ist. Und sicher wird auch das hier gefundene Ergebnis zur Diskussion einladen. Aktuell würde ich aber davon ausgehen, dass in Deutschland je nach Bundesland zu prüfen und zu unterscheiden ist, ob tatsächlich die jeweilige Landesdatenschutzbehörde befugt ist, Bußgelder wegen eines Verstoßes gegen § 15 Abs. 3 S. 1 TMG zu verhängen. In einigen Bundesländern ist sie dies meines Erachtens nicht.