

Kurzgutachten zur datenschutzrechtlichen Konformität des Betriebs von Facebook-Fanpages

unter Berücksichtigung des seit dem 1. Dezember 2021 geltenden Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetzes (TTDSG), des Urteils des OVG Schleswig vom 25. November 2021 (Az. 4 LB 20/13) und der aktuellen tatsächlichen Umsetzungen seitens Facebook
(aktualisiert im November 2022)

- Version 1.1 -

Inhalt

A.	Einleitung.....	3
B.	Festgestellte Datenverarbeitungen und Prozesse	4
C.	Rechtliche Bewertung	6
I.	Vereinbarkeit mit dem TTDSG.....	7
1.	Anwendbarkeit des TTDSG	7
2.	Pflichten aus § 25 TTDSG für Betreiber:innen von Facebook-Fanpages	7
3.	Einwilligungserfordernis nach § 25 TTDSG.....	8
4.	Ausnahmen nach § 25 Abs. 2 TTDSG.....	8
5.	Wirksame Einwilligung gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG i. V. m. Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DSGVO.....	13
II.	Vereinbarkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten mit der DSGVO.	19
1.	Personenbezug der Verarbeitung mittels Cookies	19
2.	Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit.....	19
a)	Reichweite der Verantwortlichkeit.....	20
b)	Konsequenzen aus der Deaktivierung der Insights	22
3.	Fehlende Rechtsgrundlage	23
4.	Weitere Verpflichtungen der Fanpage-Betreiber:innen	23
D.	Drittlandübermittlungen	25
E.	Ergebnis	28

A. Einleitung

Mit Urteil vom 5. Juni 2018 hat der EuGH im Rahmen eines Vorlagebeschlusses entschieden, dass Betreiber von sogenannten Facebook-Fanpages gemeinsam mit Facebook datenschutzrechtlich verantwortlich sind (Rs. C-210/16, „Wirtschaftsakademie“). Angeschlossen haben sich Urteile des vorliegenden Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) vom 11. September 2019 (Az. 6 C 15.18) und des Oberverwaltungsgerichts (OVG) Schleswig (Az. 4 LB 20/13) vom 25. November 2021. Das OVG Schleswig hat seiner Entscheidung die rechtliche und tatsächliche Lage des Jahres 2011 zugrunde gelegt. Die Feststellungen und rechtlichen Bewertungen sind jedoch – mit Abstrichen – nach wie vor relevant, u. a., weil die im Urteil genannten Cookies auch aktuelle weiterhin verwendet werden.

Die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) hatte das Urteil des EuGHs zum Anlass genommen, um sich im Rahmen einer dazu eingerichteten Taskforce mit den Fragen rund um die Rechtskonformität des Betriebs einer Fanpage zu beschäftigen. Ergebnisse der Taskforce wurden u. a. durch die Veröffentlichungen der DSK vom 6. Juni 2018 (abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/en/20180605_en_fb_fanpages.pdf) und 1. April 2019 (abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20190405_positionierung_facebook_fanpages.pdf) an die Öffentlichkeit gerichtet.

Ziel dieses Kurzgutachtens ist es, der DSK im Überblick eine aktuelle rechtliche Bewertung des Betriebs von Fanpages zu geben. Dabei werden von der Taskforce die Urteilsgründe des OVG Schleswig, das seit Dezember 2021 geltende Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz (TTDSG) und die bisherigen Feststellungen der Taskforce berücksichtigt. Dem Kurzgutachten wird der im Rahmen einer technischen Prüfung festgestellte aktuelle Umsetzungsstand von Facebook-Fanpages zugrunde gelegt.

Das Kurzgutachten fokussiert sich dabei auf die Speicherung von Informationen in den Endeinrichtungen der Endnutzer:innen und den Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtungen gespeichert sind. Für diese Vorgänge gelten seit dem 1. Dezember 2021 die Vorgaben des TTDSG, das mit § 25 insbesondere Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie in deutsches Recht umsetzt. Das OVG Schleswig hat sich – auf Grundlage des Ausgangsbescheids des ULD – insbesondere zu zwei Cookies geäußert, nämlich zum datr- und zum c_user-Cookie. Letzteres wird – neben dem datr-Cookie – nur bei zuvor registrierten und eingeloggten Nutzer:innen gesetzt und ausgelesen, während bei nicht-registrierten Nutzer:innen oder registrierten Nutzer:innen, die nicht eingeloggt sind, das datr-Cookie eingesetzt wird. Ein weiteres Cookie, das im Rahmen dieses Gutachtens berücksichtigt wird, ist das fr-Cookie (s. dazu unten).

Die Prozesse und Verarbeitungen von personenbezogenen Daten, die im Rahmen dieses Gutachtens maßgeblich berücksichtigt werden, sind folgende:

- I. Speichern und Auslesen eines Cookies und nachfolgendes Verarbeiten personenbezogener Daten in Form der Verknüpfung der Nutzungsdaten mit den zuvor von den registrierten Nutzer:innen im Rahmen des Registrierungsprozesses hinterlegten Informationen zu Statistiken (sog. Insights) mittels des c_user-Cookies
- II. Setzen und Auslesen eines Cookies und nachfolgende Verarbeitungen personenbezogener Daten u. a. in Form der Verknüpfung der Nutzungsdaten zu Statistiken (sog. Insights) mittels des datr-Cookies
- III. Setzen und Auslesen eines Cookies und nachfolgende Verarbeitungen personenbezogener Daten in Form der Verknüpfung der Nutzungsdaten zu Zwecken der Profilerstellung und – aufbauend darauf – zielgerichteten Ansprache und Werbung (Targeting) mittels des fr-Cookies u. a.

B. Festgestellte Datenverarbeitungen und Prozesse

Fanpages können (je nach Konfiguration durch die Seitenbetreiber:innen) auch ohne vorherige Registrierung und Anmeldung besucht werden, so dass die dort verfügbaren Inhalte auch von Personen wahrgenommen werden können, die nicht registrierte Nutzer:innen von Facebook sind. Je nachdem, ob Nutzer:innen eine Seite aufrufen und lesen, nachdem sie sich mit ihrem Account eingeloggt haben oder ohne sich zuvor einzuloggen, werden unterschiedliche Cookies gesetzt und dann entsprechend ausgelesen und die Informationen weiterverarbeitet. Wenn sich eine Person bei Facebook registriert und einen Facebook-Account anlegt, wird dem Account ein eindeutiger c_user-Cookie zugeordnet. Zu diesem Zeitpunkt wird der c_user-Cookie erstmals auf dem Endgerät der Nutzer:innen gespeichert, mit dem sie den Account erstellt haben und dann nachfolgend grundsätzlich auf allen weiteren Endgeräten, mittels derer bei Facebook eingeloggt wird. Rufen Nutzer:innen, während sie unter ihrem Account eingeloggt sind, eine Fanpage auf, wird automatisch der bereits vorhandene c_user-Cookie serverseitig den Anmeldenden zugeordnet und neu gespeichert. Bei nicht registrierten Nutzer:innen oder registrierten, aber nicht eingeloggten Nutzer:innen, wird das datr-Cookie gespeichert und ausgelesen.

Die folgende Auflistung ist eine Zusammenfassung von Cookies, die beim Aufruf einer Fanpage regelmäßig gesetzt werden:¹

¹ In Abhängigkeit des genutzten Browsers oder Endgeräts und der Frage, ob ein/e Nutzer:in in Facebook eingeloggt ist, werden ggf. weitere Cookies und Web Storage Objekte gespeichert und ausgelesen. Stand der Abrufe im Februar 2022.

Cookie-Name	Gültigkeit	Zweck (ggf. mutmaßlich)
c_user	1 Jahr	Eindeutige Facebook Kontonummer
datr	2 Jahre	Eindeutiger Identifier, wird andernorts von Facebook auch für Nicht-Mitglieder bzw. nicht angemeldete Seitenbesucher gesetzt
fr	3 Monate	wird beispielsweise verwendet, um Werbeanzeigen auszuliefern und ihre Relevanz zu messen und zu verbessern. Quelle: https://www.facebook.com/policies/cookies/
oo	5 Jahre	Wird nur gesetzt, wenn Anmeldung mit Option „Nur erforderliche Cookies“. Bleibt in diesem Fall auch nach dem Logout erhalten!
presence	Akt. Sitzung	Nur im Arbeitsspeicher des Browsers vorgehalten. Zweck unklar. Ggf. für den Status von Facebook-Messenger bzw. Chat?
locale	7 Tage	Sprachpräferenz. Unklar ob bestimmt anhand Browser oder Facebook-Konto. Wird gesetzt nach dem Logout
sb	2 Jahre	Speichert Informationen zum Browser (Quelle: https://cookiedatabase.org/cookie/facebook/sb/)
sfau	Akt. Sitzung	Unklar. Wurde nur einmalig und temporär gesetzt
wd	7 Tage	Breite und Höhe des Bildschirms bzw. Browserfensters in Pixel
xs	1 Jahr	Eindeutige Sitzungs-ID (Quelle: https://cookiedatabase.org/cookie/facebook/xs/)

In der rechtlichen Bewertung werden im Folgenden das c_user-, das datr- und das fr-Cookie näher betrachtet. Die Rechtmäßigkeit der Verwendung weiterer Cookies wurde nicht bewertet.

C. Rechtliche Bewertung

Mit Inkrafttreten des TTDSG zum 1. Dezember 2021 traten zeitgleich ein neues Telekommunikationsgesetz (TKG) und Änderungen des Telemediengesetzes (TMG) in Kraft. Im TTDSG wurden die wesentlichen Datenschutzvorschriften für Telekommunikations- und Telemediendienste gebündelt. Das TTDSG hat u. a. Auswirkungen auf den sehr praxisrelevanten Einsatz von Cookies und ähnlichen Technologien.²

Zur Abgrenzung von DSGVO und TTDSG wird auf die OH Telemedien verwiesen. Daraus:

Nach Art. 2 Abs. 1 gilt die DS-GVO – mit Ausnahmen – für „die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen“. Die ePrivacy-RL – und damit auch die nationale Umsetzung im TTDSG – zielt gemäß Art. 1 Abs. 1 und 2 u. a. auf einen gleichwertigen Schutz des Rechts auf Privatsphäre und Vertraulichkeit ab und bezweckt eine „Detaillierung und Ergänzung“ der Bestimmungen der DS-GVO in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der elektronischen Kommunikation. Im Rahmen des Angebots von Telemedien gibt es Vorgänge, die nur in den Anwendungsbereich eines der beiden Regelungsmaterien fallen. Werden durch den Einsatz von Technologien beispielsweise keine personenbezogenen Daten verarbeitet, sind nur die Vorgaben des TTDSG, nicht aber diejenigen der DS-GVO zu beachten. Regelmäßig werden jedoch Prozesse in Rede stehen, wie beispielsweise der Einsatz von Cookies zur Nachverfolgung des Verhaltens von Nutzenden, bei denen auch eine Verarbeitung personenbezogener Daten erfolgt und damit die Anwendungsbereiche sowohl des TTDSG als auch der DS-GVO eröffnet sind. Für diesen Fall enthält Art. 95 DS-GVO eine Kollisionsregel. Danach werden datenverarbeitenden Stellen durch die DS-GVO keine zusätzlichen Pflichten auferlegt, soweit sie besonderen in der ePrivacy-RL festgelegten Pflichten unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen. Diese Kollisionsregel entfaltet Geltung auch für die nationalen Umsetzungsnormen der Richtlinie, wie das TTDSG.

Mithin gelten die spezifischen Bestimmungen des § 25 TTDSG vorrangig vor den Bestimmungen der DS-GVO, soweit beim Speichern und Auslesen von Informationen in Endeinrichtungen personenbezogene Daten verarbeitet werden. Für die nachfolgenden Verarbeitungen personenbezogener Daten, die erst durch das Auslesen dieser Daten vom Endgerät ermöglicht und die von keiner Spezialregelung erfasst werden, sind wiederum die allgemeinen Vorgaben der DS-GVO zu beachten. Die zentrale Norm des TTDSG mit Bezug auf die hier zu betrachtenden Technologien stellt die Regelung des § 25 TTDSG dar. § 25 TTDSG dient – anders als die Vorschriften der DS-GVO – dem Schutz der Privatsphäre und Vertraulichkeit bei der Nutzung von Endeinrichtungen. Endnutzer:innen werden also davor geschützt, dass Dritte unbefugt auf deren Endeinrichtung Informationen speichern oder auslesen und dadurch ihre Privatsphäre verletzen“.³

„Da § 25 TTDSG die Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL ins deutsche Recht umsetzt, gelten die gleichen Erwägungen für die Abgrenzung der nationalen Vorschrift zur DS-GVO. Für den Einsatz von Cookies bedeutet dies, dass das Einwilligungserfordernis nach § 25 TTDSG unabhängig davon greift, ob in dem Cookie personenbezogene Daten, z. B. in Form einer eindeutigen Identifizierungsnummer, gespeichert sind oder auf diese zugegriffen werden soll“.⁴

² S. dazu OH Telemedien, S. 3, m. w. N.

³ OH Telemedien, S. 5 f., m. w. N.

⁴ OH Telemedien, S. 9, m. w. N.

I. Vereinbarkeit mit dem TTDSG

1. Anwendbarkeit des TTDSG

Beim c_user-Cookie, dat_r-Cookie und fr-Cookie handelt es sich um Informationen, die mittels Zugriff auf die Endeinrichtungen der Nutzer:innen gespeichert werden und auf die nachfolgend zugegriffen wird.

2. Pflichten aus § 25 TTDSG für Betreiber:innen von Facebook-Fanpages

Die Verpflichtungen aus § 25 TTDSG treffen die Betreiber:innen von Facebook-Fanpages. Bei Betreiber:innen von Facebook-Fanpages handelt es sich um Anbieter:innen von Telemedien im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG. Nach der Legaldefinition ist „Anbieter von Telemedien“ jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien erbringt, an der Erbringung mitwirkt oder den Zugang zur Nutzung von eigenen oder fremden Telemedien vermittelt. In der OH Telemedien wird hierzu in Kap. II.1.a) ‚Adressaten‘ folgendes ausgeführt:

„Diese Definition weicht in der Formulierung etwas von der Definition des „Diensteanbieters“ gemäß § 2 Nr. 1 TMG ab. Danach ist ein Diensteanbieter jede natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt. Da das TMG über den 1. Dezember 2021 hinaus – ohne die Vorschriften zum Datenschutz – in Kraft bleibt, birgt die unterschiedliche Formulierung die Gefahr neuer Rechtsunsicherheiten. Der Gesetzesbegründung lassen sich keine Hinweise entnehmen, warum im TTDSG eine abweichende Definition der Anbieter:innen von Telemedien im Vergleich zum TMG vorgenommen worden ist. Eine europarechtliche Begründung ist in diesem Fall kaum möglich, da dem Europarecht die Differenzierung zwischen Telekommunikations- und Telemediendiensten fremd ist. Konsequenz der leicht abweichenden Definition ist ein weiterer personeller Anwendungsbereich des TTDSG, da auch lediglich mitwirkende Personen in den Adressatenkreis einbezogen werden.“

Betreiber:innen einer Facebook Fanpage erbringen zum einen selbst ein Telemedium, da sie eine separat im Netzwerk aufrufbare Seite einrichten und bereitstellen. Die Seite kann und wird von den Betreiber:innen aktiviert und mit Inhalten befüllt. Betreiber:innen einer Fanpage können diese auch eigenständig wieder deaktivieren. Unabhängig davon, dass die Fanpage in das Netzwerk Facebook eingebunden ist, ist der Betrieb einer Fanpage als das Erbringen eines Telemediendienstes zu sehen. Darüber hinaus wirken Betreiber einer Fanpage durch den Betrieb ihrer Fanpage am sozialen Netzwerk Facebook mit.

Welche Personen „mitwirken“ wird weder im TTDSG noch im Telemediengesetz definiert, so dass das Merkmal anhand der Schutzintention des TTDSG auszulegen ist. In Bezug auf Telemedien soll das Gesetz den Datenschutz und die Privatsphäre der Nutzer:innen umfassend gewährleisten, so dass der Adressatenkreis gezielt weit gefasst worden ist. Von einem Mitwirken an Telemedien wird bereits dann ausgegangen, wenn öffentliche oder nicht öffentliche Stellen keine Möglichkeit zur Steuerung, inhaltlichen Gestaltung oder Zielrichtung des Telemediums haben, wie insbesondere Auftragsverarbeiter als rein technische Dienstleister, z.B. Host Provider.⁵ Betreiber:innen von Fanpages nutzen die technische Ausgestaltung seitens Facebook und bestimmen über die veröffentlichten Inhalte auf ihrer Fanpage. Sie sind nach § 5 TMG verantwortlich für diese Inhalte und können den Betrieb der Fanpage jederzeit beenden. Das Konzept eines sozialen Netzwerkes sieht vor, dass Nutzer:innen – gleich welcher Art – eigene Unterseiten in dem durch das Netzwerk vorgegebenen Rahmen unterhalten und gestalten. Ohne die von den Nutzer:innen des sozialen Netzwerkes veröffentlichten

⁵ Golland, Stellungnahme Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie am 21. April 2021 um 9.30 Uhr, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien, BT-Drucksache 19/27441, 3, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/836010/498ffdbeff45200bdc011b13acc38b31/19-9-1054_Stellungnahme_SV_Dr_Golland_PwC_Legal_oeA_TTDSG_21-04-2021-data.pdf.

Inhalte auf deren Seiten gäbe es den Telemediendienst des sozialen Netzwerkes nicht. Vor diesem Hintergrund ist daher auch die inhaltliche Ausgestaltung der Fanpage mit rezipierbaren Inhalten ein wesentlicher Beitrag zum sozialen Netzwerk. Insofern ist daher nicht nur von einem Erbringen eines eigenen Telemediendienstes durch den Betrieb einer Fanpage, sondern auch von einem Mitwirken an einem Telemediendienst im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG auszugehen.

§ 25 TTDSG gilt als dem Wortlaut nach adressatenlos formulierte Verpflichtung nicht ausschließlich für Anbieter:innen von Telemediendiensten, jedoch insbesondere für diese. Dies zeigt bereits die Bezugnahme in der Ausnahme von dem grundsätzlichen Erfordernis einer Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG auf den „Anbieter eines Telemediendienstes“ in § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG. Denn nach dieser Vorschrift kommt es – wie im Folgenden weiter auszuführen sein wird – entscheidend darauf an, ob die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung der Endnutzer:innen oder der Zugriff auf bereits in der Endeinrichtung der Endnutzer:innen gespeicherte Informationen unbedingt erforderlich ist, damit die Anbieter:in eines Telemediendienstes einen von den Nutzer:innen ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen kann. Liegen die Voraussetzungen nicht vor, muss die Anbieter:in eine Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG einholen. Ferner bildet dieses Verständnis auch den Geltungsbereich und die Zielsetzung des europäischen Normgebers ab. Nach Art. 1 Abs. 1 ePrivacy-RL dient die Richtlinie unter anderem dem Schutz des Rechts auf Privatsphäre in Bezug auf elektronische Kommunikationsgeräte und -dienste.

Wer einen Telemediendienst erbringt, an der Erbringung mitwirkt oder den Zugang zur Nutzung von eigenen oder fremden Telemedien vermittelt, hat sicherzustellen, dass bei Betrieb eines solchen Dienstes ein Zugriff auf Endgeräte nur dann erfolgt, wenn die gesetzlichen Vorgaben aus § 25 TTDSG eingehalten werden. Diese Verpflichtung trifft daher Fanpage-Betreiber:innen als Diensteanbieter:innen des Telemediendienstes Fanpage, wie auch andere Verpflichtungen für Diensteanbieter:innen von Telemediendiensten gelten, zum Beispiel die Pflicht aus § 5 TMG, ein Impressum zu führen.

3. Einwilligungserfordernis nach § 25 TTDSG

Nach § 25 Abs. 1 TTDSG ist die Speicherung von Informationen in den Endeinrichtungen der Endnutzer:innen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, nur zulässig, wenn die Endnutzer:innen auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen eingewilligt haben. Sofern keine der Ausnahmen aus § 25 Abs. 2 TTDSG greifen, verbleibt es bei diesem Grundsatz.

Beim Aufruf einer Fanpage werden von Facebook auf den Endgeräten der Nutzer:innen unterschiedlich viele Cookies gespeichert und ausgelesen, je nachdem, ob die Nutzer:innen in diesem Zeitpunkt als registriertes Mitglied des Netzwerkes eingeloggt sind oder nicht. Der Unterschied besteht im Wesentlichen darin, dass bei eingeloggten Nutzer:innen der c_user-Cookie eingesetzt wird und bei Nicht-Mitgliedern des Netzwerkes der datr-Cookie. Auf diese beiden Cookies stellt auch die oben angeführte Entscheidung des OVG maßgeblich ab. Die tabellarische Übersicht unter B. zeigt, dass im Rahmen der technischen Prüfung mehrerer Fanpages im Februar 2022 insgesamt acht weitere Cookies bei Aufruf einer Fanpage gesetzt und ausgelesen werden. Die Zwecke dieser Cookies sind nur teilweise bekannt. Der fr-Cookie wird ausweislich der Cookie-Richtlinie von Meta verwendet, um Werbeanzeigen auszuliefern sowie ihre Relevanz zu messen und zu verbessern. Er hat eine Speicherzeit von 90 Tagen.⁶

4. Ausnahmen nach § 25 Abs. 2 TTDSG

Von dem Grundsatz der Einwilligungsbefähigung sind in § 25 Abs. 2 TTDSG zwei Ausnahmen vorgesehen. Die erste Ausnahme richtet sich an Anbieter:innen von Telekommunikationsdiensten i. S. v. § 3 Nr. 1 TKG n. F.

⁶ S. <https://www.facebook.com/policies/cookies>.

Diese kommt vorliegend nicht in Betracht. Die zweite Ausnahme adressiert im Unterschied dazu die Anbieter:innen von Telemediendiensten gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG.

Eine Ausnahme nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG greift jedoch nicht für die hier geprüften Cookies (c_user-Cookie, datr-Cookie und fr-Cookie). § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG fordert ausnahmsweise dann keine Einwilligung, wenn die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung oder der Zugriff auf bereits in der Endeinrichtung gespeicherte Informationen unbedingt erforderlich ist, damit Anbieter eines Telemediendienstes einen von Nutzer:innen ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen können.

Hinsichtlich der insofern zu prüfenden Kriterien des „von den Nutzer:innen ausdrücklich gewünschten Telemediendienstes“ und der diesbezüglichen „unbedingten Erforderlichkeit“ wird auf die Orientierungshilfe für Anbieter:innen von Telemediendiensten verwiesen.⁷

Die Profilbildung zu Werbezwecken und die Erstellung von Insights sind keine von den Nutzer:innen ausdrücklich gewünschten Telemediendienste.

Nach der OH Telemedien ist der Basisdienst⁸ als der Dienst, der untrennbar für das gesamte Angebot von Bedeutung ist, grundsätzlich als der „von Nutzer:innen ausdrücklich gewünschte Telemediendienst“ anzusehen. Das ist vorliegend eine, jeweils bestimmten Betreiber:innen zugeordnete, Unterseite in einem sozialen Netzwerk, über die von den Betreiber:innen veröffentlichte Inhalte wahrgenommen werden können und Nutzer:innen gegebenenfalls eine diesbezügliche Interaktion mit den Inhalten über das Netzwerk ermöglicht wird. Eine umfangreiche Interaktion der Nutzer:innen kann nur in vollem Umfang wahrgenommen werden, sofern diese jeweils auch bei Facebook registriert sind.

Die Messung und Analyse der Nutzungsdaten u.a., aber nicht ausschließlich im Rahmen der Erstellung von Insights sind nicht dem Basisdienst zuzurechnen. Die Insights sind ein für die Betreiber:innen von Fanpages bereitgestelltes, entgeltfreies Tool der Reichweitenmessung, das ansonsten bei Betrieb einer Webseite außerhalb von Facebook weitestgehend durch Dienste wie Google Analytics o. Ä. angeboten wird. Eine Nutzerorientierung in dem Sinne, dass die Funktionalität einen unmittelbaren Zusatznutzen für die Nutzer:innen von Fanpages bringt, und daher dem Basisdienst zugerechnet werden müsste, ist nicht zu erkennen.⁹

In der aktuellen Version des Einwilligungsbanners wird lediglich zwischen erforderlichen und optionalen Cookies unterschieden. Zu den erforderlichen Cookies wird folgendes ausgeführt:

Erforderliche Cookies

Diese Cookies sind erforderlich für die Nutzung von Meta-Produkten. Sie sind notwendig, damit diese Websites wie vorgesehen funktionieren.

⁷ S. dort S. 19 bis 22.

⁸ S. OH Telemedien: „Die Basisdienste lassen sich regelmäßig aus der Kategorie des Telemediendienstes ableiten. Als beispielhafte Kategorien seien hier Webshops, Suchmaschinen, Informationsseiten von Unternehmen oder öffentlichen Einrichtungen, Behördenportale, Online-Banking, Blogs, Soziale Netzwerke, Übersetzungsdienste genannt. Basisdienst eines Webshops ist der Verkauf von Produkten. Basisdienst einer Suchmaschine ist, dass bei Eingabe eines Suchbegriffs passende Webseiten im Internet gefunden und über Hyperlinks als Suchergebnisse aufgelistet werden.“, S. 21.

⁹ Vgl. OH Telemedien, S. 21 f.

Dies lässt den Schluss zu, dass bei dem Merkmal „ausdrücklich vom Nutzer gewünschter Telemediendienst“ nicht einmal auf den Dienst www.facebook.com abgestellt wird, sondern auf alle Meta-Produkte und damit zahlreiche Telemediendienste.¹⁰

a. c_user-Cookie

Sowohl für den c_user- als auch für den datr-Cookie lassen sich zwar auch Anwendungsfälle und Zwecke finden, die eine Verwendung der Cookies zu diesen spezifischen Zwecken auf Grundlage der Ausnahme nach § 25 Abs. 2 TTDSG möglich erscheinen lassen. Sofern der c_user-Cookie für die Bereitstellung des Basisdienstes „soziales, interaktives Netzwerk“ tatsächlich technisch erforderlich ist, greift im Verhältnis Facebook zu Nutzer:innen die Ausnahme aus Art. 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG. Insoweit wäre das Cookie dann Voraussetzung, um die Verarbeitung personenbezogener Daten auf Grundlage von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b DSGVO durchzuführen. Wenn derselbe Cookie jedoch darüber hinaus für weitere Zwecke genutzt wird, die nicht von § 25 Abs. 2 TTDSG gedeckt sind, verbleibt es beim Grundsatz des § 25 Abs. 1 TTDSG.

Nach Angaben von Meta dient der c_user-Cookie u. a. zur Authentifizierung und zu weiteren Zwecken.

Authentifizierung

Wir verwenden Cookies, um dein Konto zu verifizieren und um festzustellen, wann du angemeldet bist, damit wir dir den Zugriff auf die Meta-Produkte erleichtern und dir das passende Nutzererlebnis sowie geeignete Funktionen bereitstellen können.¹¹

Aus diesen Informationen ergeben sich neben dem Zweck der Authentifizierung registrierter Nutzer:innen die weiteren sehr abstrakt formulierten Zwecke, dass der Zugriff auf Meta-Produkte erleichtert und passende Nutzererlebnisse sowie geeignete Funktionen bereitgestellt werden können.

Das OVG hat sich mit dem c_user-Cookie sehr intensiv auseinandergesetzt und ist letztlich im Wesentlichen zu den folgenden zwei Feststellungen gelangt:

- *„Die über den c_user-Cookie ermöglichte Verknüpfung von Fanpage-Aufruf und Facebook-Mitglied speichert Facebook in den über das Mitglied angelegten Profilen, die wiederum zu Werbezwecken genutzt werden.“¹²*
- *„Die Erstellung dieser Statistiken – gemeint sind die im Rahmen des Dienstes Insights von Facebook erstellten Statistiken über die Nutzung von Fanpages – ist Facebook insbesondere aufgrund des c_user-Cookies möglich, da mit diesem der Aufruf einer Fanpage mit den Facebook-Mitgliedern und den zu diesen bereits gewonnenen Informationen verknüpft werden kann. [...] Fanpage-Betreiber erhalten über Insights die Seitenstatistiken in aggregierter und anonymisierter Form, ohne dass es dazu der Erteilung eines entsprechenden Auftrags an Facebook bedürfte. [...] Die Erstellung von Seitenstatistiken dient dem Zweck, den Betrieb einer Fanpage auf die Nutzer anzupassen, d. h. die Fanpage attraktiver gestalten zu können. Gleichzeitig sollen diese Facebook ermöglichen, den Werbewert des Netzwerkes zu erhöhen.“¹³*

¹⁰ Weitere sehr bekannte Dienste des Unternehmens sind Instagram und WhatsApp. Meta Platforms Inc. betreibt in den folgenden Geschäftsfelder teilweise mehrere Telemediendienste Soziale Netzwerke, Instant Messaging, Videokonferenz, Videoplattformen, Elektronischer Handel, Dating, Kollaborationssoftware für Unternehmen, Zahlungsdienstleistungen und -mittel und Computerspiele.

¹¹ Cookie-Richtlinie, <https://www.facebook.com/policies/cookies>.

¹² OVG-Schleswig, Urt. v. 25.11.2021, Az. 4 LB 20/13, S. 33.

¹³ OVG-Schleswig, Urt. v. 25.11.2021, Az. 4 LB 20/13, ebd.

Nach den Feststellungen des Gerichts wird der c_user-Cookie somit zur Erstellung von Nutzerprofilen und Seitenstatistiken über die Nutzung von Fanpages und zu Werbezwecken genutzt.

Die vorgenannten Zwecke können nicht als Funktionen eingestuft werden, die von Nutzer:innen ausdrücklich gewünscht oder dem Basisdienst zuzurechnen sind. Daher ist eine Einwilligung der Nutzer:innen vor dem Setzen bzw. Auslesen dieser Cookies erforderlich.

b. datr-Cookie

Zum datr-Cookie führt das OVG Schleswig aus:

„Unklar geblieben ist allerdings, welche Funktion dieser Cookie hat. Nach Angaben der Beigeladenen [Anm.: Facebook] spielt der datr-Cookie eine zentrale Rolle beim Schutz des sozialen Netzwerks und dient nicht dem Zweck der Verbreitung zielgerichteter Werbung.“¹⁴

Die Cookie-Richtlinie von Meta ist bzgl. des datr-Cookies unergiebig.

Meta hat in der Vergangenheit vorgetragen, dass das „datr“-Cookie helfen könnte, falsche Profile herauszufiltern und Cyber-Attacken zu verhindern. Wenn etwa ein Browser binnen fünf Minuten hunderte Seiten besuche, sei das ein klares Zeichen dafür, dass der Computer von Online-Kriminellen gekapert worden sei. Die Daten, die das Cookie sammle, würden nicht einzelnen Personen zugeschrieben und könnten auch nicht mit ihnen in Verbindung gebracht werden.¹⁵

Diesem Vortrag steht entgegen, dass die Spezifizierung des Cookies einem typischen Cookie, wie er für Profilbildung genutzt wird, entspricht, welcher die langfristige und zielgerichtete Nachverfolgung des Verhaltens einzelner Nutzer:innen zum Ziel hat.

Falls das datr-Cookie tatsächlich ausschließlich zur Gewährleistung der Sicherheit des sozialen Netzwerks eingesetzt würde, würde diesbezüglich die Ausnahme nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG allerdings nur dann greifen, wenn die damit zusammenhängenden Prozesse hierfür tatsächlich erforderlich sind.

Bei der Bewertung der unbedingten Erforderlichkeit sind die in der OH Telemedien dargestellten Kriterien zu berücksichtigen. Insbesondere ist dabei zu prüfen, ob die Dauer der Speicherung des datr-Cookies und des damit einhergehenden möglichen Zugriffs für den verfolgten Zweck notwendig ist. Dies ist bei einer Speicherdauer von 2 Jahren nicht der Fall. Daher kann das datr-Cookie in der konkreten technischen Ausgestaltung selbst für den Zweck der Betrugsprävention nicht als erforderlich angesehen werden und bedarf somit ebenfalls der vorherigen Einwilligung seitens der Nutzer:innen.

c. fr-Cookie

In der Cookie-Richtlinie finden sich unter der Überschrift Werbung, Empfehlungen, Insights und Messungen, zunächst der allgemeine Hinweis, dass Cookies verwendet werden, um denjenigen Personen, die sich möglicherweise für die von Unternehmen und sonstigen Organisationen beworbenen Produkte, Dienstleistungen oder Zwecke interessieren, Werbeanzeigen zu diesen Unternehmen und Organisationen zu zeigen und Empfehlungen für sie auszusprechen. Als konkretes Beispiel wird nachfolgend ausgeführt, dass das „fr“-Cookie verwendet wird, um Werbeanzeigen auszuliefern und ihre Relevanz zu messen und zu verbessern.¹⁶ Werden mit den gesetzten Cookies Zwecke, wie beispielsweise die Erstellung von Profilen und Werbung verfolgt, kann dies ebenfalls nicht unter die Ausnahme nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG gezogen werden. Die

¹⁴ OVG-Schleswig, Urt. v. 25.11.2021, Az. 4 LB 20/13, S. 59.

¹⁵ ZD-Aktuell 2015, 04886, s. a. späteres Urteil des EuGH v. 15.06.2021, Rs. C-645/19.

¹⁶ Cookie-Richtlinie, <https://www.facebook.com/policies/cookies>.


Ausspielung von Werbung ist nicht technisch erforderlich, um den von den Nutzer:innen gewünschten Dienst – die Anzeige der Webseite www.facebook.com – erbringen zu können. Insofern wird ergänzend auf die einschlägigen Festlegungen des EDSA zu Art. 6 Abs. 1 Buchst. b DSGVO verwiesen.¹⁷


Damit verbleibt es bezüglich der vorgenannten Cookies bei dem Grundsatz, dass es für das Speichern und Auslesen der Cookies beim Besuch einer Fanpage einer wirksamen Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG bedarf, welche durch Anbieter:innen des Telemediendienstes einzuholen ist.

¹⁷ Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users, S. 16 f. , Par. 49, unter Verweis auf die Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects, Par. 18.

5. Wirksame Einwilligung gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG i. V. m. Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DSGVO




Aus dem unmittelbar nach dem Aufruf der Webseite www.facebook.com angezeigten, aktuellen Einwilligungsbanner ergibt sich, dass beabsichtigt ist, bei der Nutzung von Facebook-Seiten Cookies einzusetzen.¹⁸



FACEBOOK  ...

Die Verwendung von Cookies durch Facebook in diesem Browser erlauben?

Wir verwenden Cookies und ähnliche Technologien für folgende Zwecke:

-  Um Inhalte in Facebook-Produkten bereitstellen und verbessern zu können
-  Um mithilfe der über Cookies auf und außerhalb von Facebook erhaltenen Informationen die Sicherheit unserer Nutzer zu erhöhen
-  Um Facebook-Produkte für Personen, die bereits ein Konto haben, bereitzustellen und zu verbessern

Wir verwenden auf Facebook Tools anderer Unternehmen für Werbezwecke und Messdienstleistungen außerhalb der Facebook-Produkte, zu Analysezwecken sowie zur Bereitstellung bestimmter Funktionen und zur Verbesserung unserer Dienste für dich. Diese Unternehmen setzen ebenfalls Cookies ein.

Du kannst die Verwendung sämtlicher oder nur erforderlicher Cookies erlauben oder unten weitere Optionen auswählen. In unserer [Cookie-Richtlinie](#) erfährst du mehr über Cookies und wie wir sie verwenden. Dort kannst du deine Auswahl außerdem jederzeit überprüfen oder ändern.

Erforderliche Cookies

Nur erforderliche Cookies erlauben

Erforderliche und optionale Cookies erlauben

Weitere Informationen zum Einsatz von Cookies auf den Facebook-Fanpages finden sich in der im Cookie-Banner verlinkten Cookie-Richtlinie des Unternehmens (s. <https://www.facebook.com/policies/cookies/>). Aus dieser ergibt sich ebenfalls eindeutig, dass bei der Nutzung einer Facebook-Fanpage mehrere Cookies eingesetzt werden.

¹⁸ Es ist festzustellen, dass unterschiedliche Banner mit teilweise voneinander abweichenden Textbestandteilen verwendet werden, je nachdem, ob die Seite facebook.com oder Unterseiten davon besucht werden. Die nachfolgende Darstellung bezieht sich auf das Banner, das aktuell (November 2022) bei Besuch der Seite facebook.com verwendet wird.

Das BVerwG hat in dem Urteil vom 11.9.2019 Folgendes festgestellt:

„Das OVG wird zu prüfen haben, welche Datenerhebungen bei Aufruf der Fanpage im für die Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt stattfanden. Soweit sich aus der Verwendung der von Facebook gesetzten Cookies eine Verarbeitung personenbezogener Daten ergab, wird das Gericht zwischen den Fallgruppen der Facebook-Mitglieder und der nicht bei Facebook registrierten Internetnutzer zu unterscheiden haben. Die Verarbeitung personenbezogener Daten wäre nur dann rechtmäßig, wenn bei der erstgenannten Gruppe eine wirksame Einwilligung in die Erhebung und nachfolgende Verarbeitung vorlag und bei der letztgenannten Gruppe für die Erhebung personenbezogener Daten eine Rechtsgrundlage bestand und eine möglicherweise erforderliche Unterrichtung erfolgte.“

Das Schleswig-Holsteinische Obergericht hat mit Urteil vom 26.11.2021 festgestellt, dass die Verwendung personenbezogener Daten von im Facebook-Netzwerk registrierten und angemeldeten Personen weder gesetzlich erlaubt sei, noch hätten die Nutzer:innen in diese eingewilligt.¹⁹ Diese Aussagen bezogen sich zwar auf die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten nach damaliger Sach- und Rechtslage. Sie kann aber, da sie sich auf die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit den gesetzten Cookies bezieht, auf § 25 TTDSG übertragen werden. Seit dem 1.12.2021 ist in zwei Schritten zu prüfen, ob erstens für das Setzen der Cookies sowie den Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung des Endnutzers gespeichert sind, eine Einwilligung gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG sowie zweitens für die der Verwendung von Cookies nachfolgende Verarbeitung personenbezogener Daten eine Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 DSGVO erforderlich ist. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG verweist in Bezug auf die Information des Endnutzers und die Einwilligung auf die DSGVO. Daher sind an die Einwilligung für das Setzen und Auslesen von Cookies dieselben Anforderungen zu stellen, wie an die datenschutzrechtliche Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO.

Seitdem die Version 1.0 dieses Kurzgutachtens erstellt und anschließend von der DSK beschlossen wurde, ist das Einwilligungsbanner geändert worden. Die aktuelle Ansicht ist auf Seite 13 oben abgebildet.²⁰ Dem aktuellen Einwilligungsbanner kann – ebenso wie der Vorversion – nicht eindeutig entnommen werden, dass eine Einwilligung gemäß § 25 TTDSG eingeholt werden soll. In der Cookie-Richtlinie von Meta, die im Einwilligungsbanner verlinkt ist, findet sich zwar ebenfalls kein ausdrücklicher Hinweis auf § 25 TTDSG. Es wird allerdings der folgende Hinweis gegeben:

„Diese Richtlinie erläutert, wie wir Cookies verwenden, und welche Auswahlmöglichkeiten dir zur Verfügung stehen. Sofern in dieser Richtlinie nichts anderes angegeben wird, gilt die Datenrichtlinie für unsere Verarbeitung der von uns über Cookies erhobenen Daten.“²¹

Aus der hier vorgenommenen Abgrenzung zwischen dem Einsatz von Cookies, für die die Cookie-Richtlinie gilt, und der Verarbeitung der über Cookies erhobenen (personenbezogenen) Daten, für die die Datenrichtlinie gilt, könnte geschlossen werden, dass das Einwilligungsbanner sich auf § 25 TTDSG bezieht. Letztlich bleibt es aber für die Nutzer:innen unklar, ob von ihnen eine Einwilligung gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG und/oder eine Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 Buchst. a DSGVO abgefragt wird.

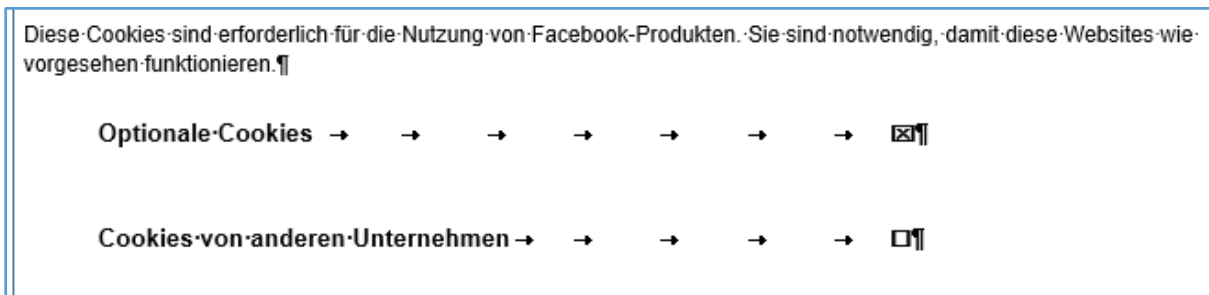
Das Einwilligungsbanner bietet auf der ersten Ebene zwei Optionen. Es kann entweder die Schaltfläche „Nur erforderliche Cookies erlauben“ oder die Schaltfläche „Erforderliche und optionale Cookies erlauben“ angeklickt werden. Unabhängig davon, welche der beiden Schaltflächen der Nutzer der Fanpage anklickt, schließt sich das Einwilligungsbanner.

¹⁹ S. die Pressemeldung des Gerichts vom 26.11.2021, abrufbar unter: https://www.schleswig-holstein.de/DE/Justiz/OVG/Presse/PI_OVG/2021_10_27_Ausbaubearbeitung_hat_Bestand_kopie.html.

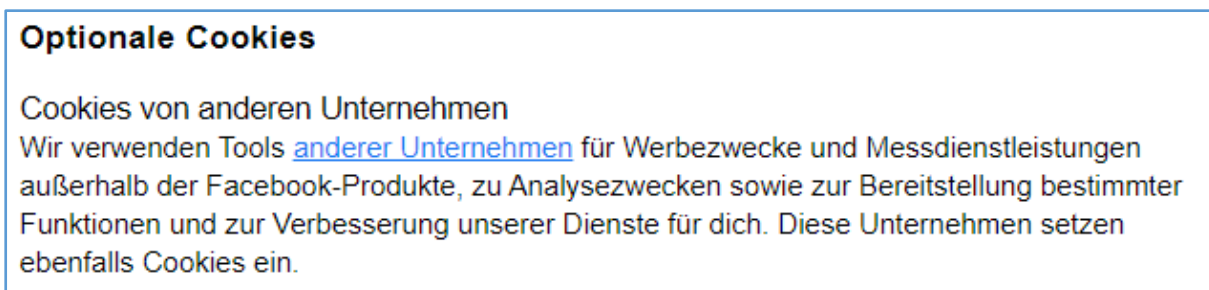
²⁰ Die Abbildung zeigt allerdings die erste Ebene des Einwilligungsbanners nicht vollständig an, da der gesamte Inhalt nur wahrgenommen werden kann, wenn der Text gescrollt wird.

²¹ Cookie-Richtlinie, <https://www.facebook.com/policies/cookies/>

Das Einwilligungsbanner weist im Unterschied zur Vorversion keine zweite Ebene auf. Entsprechend werden bei den „optionalen Cookies“ keine Auswahlmöglichkeiten mehr zur Verfügung gestellt. In der Vorversion des Einwilligungsbanners konnten die Nutzer:innen auf der zweiten Ebene eine Auswahl treffen, ob sie neben den optionalen Cookies auch Cookies von anderen Unternehmen – außerhalb des Meta Platforms-Konzerns – zulassen:

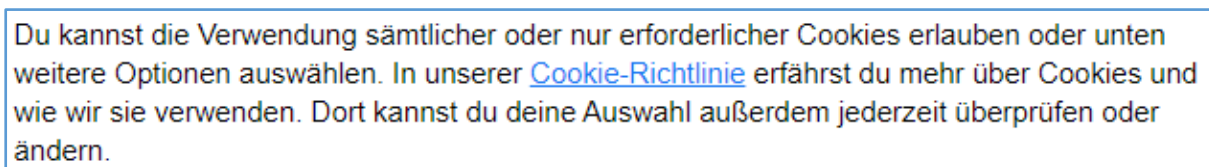


Statt der Auswahlmöglichkeit wird nunmehr folgender Hinweis erteilt:



Daraus ist zu schließen, dass der Klick auf die Schaltfläche „Erforderliche und optionale Cookies erlauben“ von Meta Platforms als Einwilligung in alle Cookies – auch von anderen Unternehmen – gewertet werden soll.

Nicht nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang der folgende Absatz im Einwilligungsbanner:



Im Rahmen einer eingehenden Sichtung wurde „unten“ keine Möglichkeit gefunden, „weitere Optionen aus[zu]wählen“.

§ 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG verweist sowohl bezüglich der Informationen gegenüber Endnutzer:innen als auch hinsichtlich der formalen und inhaltlichen Anforderungen an eine Einwilligung auf die entsprechenden Vorgaben der DSGVO. Maßgeblich ist somit die Definition nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO. Die weiteren Anforderungen an eine wirksame Einwilligung ergeben sich aus Art. 7 und Art. 8 DSGVO. Für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Einwilligung gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 TTDSG sind demnach dieselben Bewertungsmaßstäbe anzulegen, wie bei einer Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO.

Aus diesen rechtlichen Vorgaben ergeben sich im Wesentlichen die folgenden Prüfungspunkte für die Beurteilung der Wirksamkeit der Einwilligung:

- Zeitpunkt der Einwilligung,
- Informiertheit der Einwilligung,
- eindeutige bestätigende Handlung,
- freiwillige Einwilligung, insb. keine unzulässige Einflussnahme auf die Nutzerentscheidung (sog. Nudging),
- Widerruf der Einwilligung,
- Besondere Voraussetzungen von Einwilligungen in die Verarbeitung der Daten von Minderjährigen.




Die im Einwilligungsbanner vorab erteilten Informationen genügen den Anforderungen an eine informierte Einwilligung gemäß Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 Abs. 3 S. 3 DSGVO nicht. Beim Einsatz eines Einwilligungsbanners müssen auf erster Ebene zwar nicht alle Informationen umfassend angezeigt werden. Dem Betroffenen sind aber auf erster Ebene, ohne dass er weitere Fenster öffnen muss, die folgenden Informationen zu geben:

- konkrete Zwecke der Verarbeitung,
- sofern zutreffend, dass individuelle Profile angelegt und mit Daten von anderen Webseiten zu umfassenden Nutzungsprofilen angereichert werden,
- sofern zutreffend, dass Daten auch außerhalb des EWR verarbeitet werden und
- an wie viele Verantwortliche die Daten offengelegt werden.

Aus Art. 7 Abs. 3 S. 3 DSGVO ergibt sich zusätzlich die Pflicht des Betreibers, betroffene Personen vor der Abgabe der Einwilligung auf ihr Widerrufsrecht hinzuweisen.

Auf der ersten Ebene des Einwilligungsbanners auf Facebook-Webseiten werden nur die dem zuvor eingefügten Screenshot zu entnehmenden Informationen an die Nutzer:innen gegeben. Im Einwilligungsbanner werden drei Zwecke genannt:

Wir verwenden Cookies und ähnliche Technologien für folgende Zwecke:

-  Um Inhalte in Facebook-Produkten bereitstellen und verbessern zu können
-  Um mithilfe der über Cookies auf und außerhalb von Facebook erhaltenen Informationen die Sicherheit unserer Nutzer zu erhöhen
-  Um Facebook-Produkte für Personen, die bereits ein Konto haben, bereitzustellen und zu verbessern

Bei diesen ist aber ein ausreichender Konkretisierungsgrad nicht gegeben. Daran ändern auch die nachfolgenden ergänzenden Informationen nichts:

Wir verwenden auf Facebook Tools anderer Unternehmen für Werbezwecke und Messdienstleistungen außerhalb der Facebook-Produkte, zu Analysezwecken sowie zur Bereitstellung bestimmter Funktionen und zur Verbesserung unserer Dienste für dich. Diese Unternehmen setzen ebenfalls Cookies ein.

Darüber hinaus wird nicht ausdrücklich auf die Erstellung und Anreicherung individueller Nutzerprofile und die Datenverarbeitung außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) hingewiesen. Zudem wird zwar über die Nutzung der Cookies allgemein für Meta-Produkte und mittels anderer Unternehmen informiert, es fehlt allerdings die Information, für wie viele Meta-Produkte und von wie vielen anderen Unternehmen die

Cookies verwendet werden. Hinzu kommt, dass der Satz „Dort [gemeint ist die Cookie-Richtlinie] kannst du deine Auswahl außerdem jederzeit überprüfen oder ändern.“, nicht als ein hinreichend ausdrücklicher Hinweis auf das Recht zum jederzeitigen Widerruf der Einwilligung gemäß Art. 7 Abs. 3 S. 1 DSGVO zu werten ist.

Durch das Einwilligungsbanner wird die Anforderung der Freiwilligkeit der Einwilligung gemäß Art. 4 Nr. 11 DSGVO nicht erfüllt. In Erwägungsgrund 42 DSGVO wird erläutert, dass davon ausgegangen werden sollte, dass die betroffene Person dann „ihre Einwilligung freiwillig gegeben hat, wenn sie eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden“.

Das Einwilligungsbanner ist derart strukturiert, dass es den Nutzer:innen eine Wahlmöglichkeit suggeriert, die tatsächlich nicht besteht. Die Bezeichnung der Schaltfläche „Nur erforderliche Cookies erlauben“ erweckt den Eindruck, dass die Nutzer:innen die erforderlichen Cookies auch nicht erlauben können – oder anders gesagt, die diesbezügliche Einwilligung verweigern können. Es ist aber davon auszugehen, dass Meta Platforms unter den erforderlichen Cookies alle Cookies mit Ausnahme derer anderer Unternehmen versteht, für die von Meta gesetzten Cookies hingegen soll nach Metas Rechtsauffassung offenbar gemäß § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG gerade keine Einwilligung erforderlich sein.

Die Bezeichnung der Schaltflächen lässt nur den Schluss zu, dass Meta Platforms Nutzer:innen keine Möglichkeit gibt, eine Einwilligung in nicht unbedingt erforderliche, und daher nach § 25 TTDSG einwilligungsbedürftige, Cookies zu verweigern – also alle solche Cookies abzulehnen. Die deutschen Aufsichtsbehörden fordern die Ablehnfunktion auf der ersten Ebene nicht generell, sondern nur in Folge von konkreten Gestaltungselementen der Einwilligungsbanner, die in der Praxis sehr häufig anzutreffen sind.²² Eine Ablehnfunktion auf erster Ebene ist immer dann erforderlich, wenn Nutzer:innen der Webseite mit dem Einwilligungsbanner interagieren müssen, um den Besuch der Webseite fortzusetzen. Sofern durch das Einwilligungsbanner keine Webseitenbereiche versperrt und die Inhalte zugänglich sind, mithin keine Aktion der Nutzer erforderlich ist, um die Webseite mit eingblendeten Einwilligungsbanner nutzen zu können, kann eine Ablehnmöglichkeit auf erster Ebene entbehrlich sein. Weiterhin ist eine Ablehnfunktion auf erster Ebene nicht erforderlich, wenn auch die Einwilligung erst auf einer anderen Ebene erteilt werden kann. Die Forderung ergibt sich daher aufgrund der spezifischen Gestaltung des Einwilligungsbanners und ist Folge einer Einzelfallbewertung.

Durch das Einwilligungsbanner auf der Webseite www.facebook.com werden wesentliche Teile der Webseite verdeckt, diese sind zudem ausgegraut und ein Scrollen und Klicken auf die Webseite neben dem Einwilligungsbanner ist nicht möglich. Somit ist die Webseite www.facebook.com schlicht nicht nutzbar, ohne dass die Nutzer:innen mindestens auf die Schaltfläche „Nur erforderliche Cookies erlauben“ klicken. Der Einwilligungsbanner auf der Webseite weist somit die dargelegten Gestaltungselemente auf, so dass eine Ablehnfunktion auf der ersten Ebene zur Verfügung zu stellen ist.

Würden bei einem Klick auf die Schaltfläche „Nur erforderliche Cookies erlauben“ tatsächlich ausschließlich Cookies und andere Trackingmechanismen eingesetzt, die auch nach einer rechtlichen Bewertung anhand der Maßstäbe der OH Telemedien 2021 ohne eine Einwilligung gemäß § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG rechtmäßig wären, wäre die Ablehnmöglichkeit zwar faktisch gegeben. Aufgrund der Bezeichnung wird sie aber nicht als solche vom Nutzer wahrgenommen.

Dies entspricht den Feststellungen, die bereits im Kurzgutachten in der Version 1.0 in Bezug auf das ursprüngliche Einwilligungsbanner, bei dem sich die Schaltfläche „Nur erforderliche Cookies erlauben“ auf der zweiten Ebene des Einwilligungsbanners befand, getroffen worden sind:

²² S. DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021 (OH Telemedien 2021), Stand: Dezember 2021, S. 13 f.

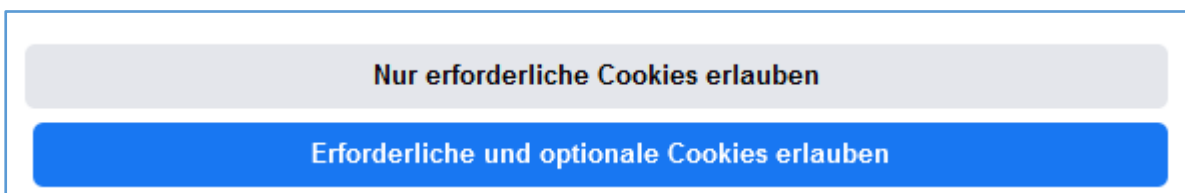
„Diese ist erstens rechtlich irreführend, da für erforderliche Cookies im Sinne von § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG gerade keine Erlaubnis erforderlich ist und diese Cookies auch nicht durch die Nutzer:innen ausgeschlossen werden können. Zweitens können Nutzer:innen aufgrund der Bezeichnung der Schaltfläche gerade nicht darauf schließen, dass sie keine Einwilligung erteilen.“²³

Soweit mehrere den Zugriffen und/oder Speicherungen im Sinne des § 25 Abs. 1 S. 1 TTDSG zu Grunde liegenden Zwecke vorliegen, die wesentlich voneinander abweichen, müssen die Anforderungen der Granularität der Einwilligung umgesetzt werden. Dies bedeutet, dass Nutzer:innen die Möglichkeit haben müssen, die einzelnen Zwecke, zu denen eine Einwilligung eingeholt werden soll, selbst und aktiv auswählen zu können (Opt-In). Nur wenn Zwecke in einem sehr engen Zusammenhang stehen, kann eine Bündelung von Zwecken in Betracht kommen. Eine pauschale Gesamteinwilligung in insoweit verschiedene Zwecke kann nicht wirksam erteilt werden.

Bei den drei im Einwilligungsbanner aufgeführten Zwecken wird nicht zwischen den erforderlichen und den optionalen Cookies differenziert. Es ist daher bereits nicht erkennbar, welche Cookies für welche Zwecke eingesetzt werden. Darüber hinaus fehlt eine Zuordnung von Cookies zu den jeweiligen Diensten und zu den jeweiligen Anbieter:innen. Diese Informationen finden sich auch nicht in der Cookie-Richtlinie. Eine Information, welche „anderen Unternehmen“ Cookies setzen, fehlt ebenfalls vollständig. Wie bereits dargelegt, stellt der Einwilligungsbanner keinerlei Möglichkeit zur Verfügung, bei den einwilligungsbedürftigen Cookies in einzelne Zwecke oder bezogen auf einzelne andere Unternehmen keine Einwilligung zu erteilen. Die Anforderungen an die Granularität der Einwilligung sind in keiner Weise erfüllt.

Im Zusammenhang mit Einwilligungserklärungen auf Websites ist zu beobachten, dass häufig ein sogenanntes Nudging betrieben wird. Dabei handelt es sich um ein methodisches Vorgehen, um das Verhalten von Nutzer:innen im eigenen Interesse bewusst zu beeinflussen. Beispielsweise ist die „Zustimmen“-Option im Vergleich zur „Ablehnen“-Option farblich auffälliger gestaltet und die Farben werden entsprechend den ihnen zugewiesenen Bedeutungen verwendet, z.B. „Zustimmung“ in Grün und Text in Fettschrift und „Ablehnen“ in Rot oder in Grau mit kleiner Schrift.

Genau diese Form des Nudgings über die Farbgestaltungen ist im Einwilligungsbanner von Facebook zu erkennen. Während die „Erforderliche und optionale Cookies erlauben“ Schaltfläche aufgrund der kräftigen blauen Hintergrundfarbe ins Auge springt, ist die hellgraue Schaltfläche „Nur erforderliche Cookies erlauben“ recht unauffällig gestaltet.



Damit lässt sich festhalten, dass die Anforderungen an eine Einwilligung nicht erfüllt sind und somit keine wirksame Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG über das Einwilligungsbanner eingeholt wird.

²³ Kurzugutachten Version 1.0, S. 13 f.

II. Vereinbarkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten mit der DSGVO.

1. Personenbezug der Verarbeitung mittels Cookies

Sinn und Zweck des c_user-Cookies ist es, die Interaktionen von registrierten Nutzer:innen einem bestimmten bereits in Facebook angelegten Profil eindeutig zuordnen zu können. Bei Registrierung geben Nutzer:innen u. a. ihren Vor- und Nachnamen, Wohnort; ggf. Kontaktdaten wie eine Mobilfunknummer und weitere personenbezogene Daten ein. Ohne Zweifel handelt es sich beim c_user-Cookie daher, schon aufgrund der Verknüpfung der eindeutigen Kennung mit den Registrierungsdaten der Nutzer:innen, um ein personenbezogenes Datum i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO. Ebenso ist hinsichtlich des datr- und des fr-Cookies davon auszugehen, dass ein hinreichender Personenbezug anzunehmen ist. Auch wenn die im datr-Cookie enthaltenen Informationen isoliert und für sich genommen noch keinen hinreichenden Personenbezug aufweisen, kommt es für die Frage des Personenbezugs stets darauf an, ob die Verarbeitung eines Datums im Kontext betrachtet einen Personenbezug aufweist. Nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO ist es ausreichend, wenn „mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung“ ein Personenbezug hergestellt werden kann.

Erwägungsgrund 30 zeigt auf, dass der Normgeber Verarbeitungen im Zusammenhang mit Cookies vom Schutz der DSGVO mitumfassen wollte und stellt sogar explizit auf Cookies ab:

„Natürlichen Personen werden unter Umständen Online-Kennungen wie IP-Adressen und Cookie-Kennungen, die sein Gerät oder Software-Anwendungen und -Tools oder Protokolle liefern, oder sonstige Kennungen wie Funkfrequenzkennzeichnungen zugeordnet. Dies kann Spuren hinterlassen, die insbesondere in Kombination mit eindeutigen Kennungen und anderen beim Server eingehenden Informationen dazu benutzt werden können, um Profile der natürlichen Personen zu erstellen und sie zu identifizieren.“

Schon aus dem Umstand heraus, dass bei Aufruf einer Fanpage und dem dadurch bedingten Speichern bzw. Auslesen der zuvor gespeicherten Cookies parallel dazu – technisch bedingt – die IP-Adresse der Nutzer:innen übermittelt und verarbeitet wird, besteht hinsichtlich des c_user-, des datr- und des fr-Cookies Personenbezug.

Es handelt sich daher bei der Verwendung dieser Cookies um Prozesse, die in eine übergeordnete Verarbeitung personenbezogener Daten eingebettet sind. Ein Teilbereich dieser Verarbeitungen, nämlich die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder der Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, unterfällt dabei den besonderen Regelungen des § 25 TTDSG.²⁴

2. Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit

Eine gemeinsame Verantwortlichkeit liegt nach Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO vor, wenn zwei oder mehr Verantwortliche gemeinsam die Zwecke der und die Mittel zur Datenverarbeitung festlegen, d.h. sie müssen tatsächlich Einfluss auf die Entscheidung nehmen können. Die wesentlichen Elemente für die gemeinsame Verantwortlichkeit zwischen dem Fanpage-Betreiber und Facebook (heute Meta) hat das BVerwG wie folgt zusammen gefasst:

21. [...] Der EuGH stützt sich maßgeblich auf die Erwägung, dass der Betreiber einer auf Facebook unterhaltenen Fanpage mit der Einrichtung einer solchen Seite Facebook die Möglichkeit gibt, auf dem Computer oder jedem anderen Gerät der Person, die seine Fanpage besucht hat, Cookies zu platzieren, unabhängig davon, ob diese Person über ein Facebook-Konto verfügt (EuGH, Urteil vom 5. Juni 2018 [C-210/16, „Wirtschaftsakademie“] Rn. 35). Damit leistet der Betreiber einen

²⁴

S. zur Abgrenzung DS-GVO und TTDSG auch oben und OH Telemedien 2021.

maßgeblichen Beitrag zur Verarbeitung personenbezogener Daten der Besucher der Fanpage (EuGH, Urteil vom 5. Juni 2018 a.a.O. Rn. 36). Hinzu kommt, dass die von Facebook aus den Daten erstellten anonymen Besucherstatistiken dem Betreiber ganz allgemein ermöglichen, sein Informationsangebot so zielgerichtet wie möglich zu gestalten (EuGH, Urteil vom 5. Juni 2018 a.a.O. Rn. 37). Für die Bejahung einer datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit ist nicht erforderlich, dass bei einer gemeinsamen Verantwortlichkeit mehrerer Betreiber für dieselbe Verarbeitung jeder Zugang zu den betreffenden personenbezogenen Daten hat (EuGH, Urteil vom 5. Juni 2018 a.a.O. Rn. 38).²⁵

Das OVG Schleswig bestätigt in seiner Entscheidung die gemeinsame Verantwortlichkeit des Betreibers der Fanpage in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit der Verwendung von Cookies. Zu der nachfolgenden Weiterverarbeitung in Form der Verknüpfung der Nutzungsdaten mit den von den registrierten Nutzer:innen im Rahmen des Registrierungsprozesses hinterlegten Daten mittels c_user-Cookies führt das Gericht aus:

„Was die Zwecke der hier relevanten Verwendung von personenbezogenen Daten betrifft, ist entscheidend, dass die Datenverarbeitung zum Zwecke der Erstellung von Insights-Statistiken der Klägerin [Anm.: Wirtschaftsakademie = Fanpage-Betreiberin] im Ergebnis ermöglicht, Kenntnis über bestimmte Merkmale der Besucher zu erlangen, die ihre Fanpage schätzen oder die ihre Anwendungen nutzen, um ihnen relevantere Inhalte bereitstellen und Funktionen entwickeln zu können, die für sie von größerem Interesse sein könnten (EuGH, Urteil vom 5. Juni 2018 – C-210/16 – , Rn. 34, juris). Durch Einrichtung der Fanpage, die bei ausreichender Frequentierung zwingend zur Erstellung und Bereitstellung der Insights-Statistik führt, hat die Klägerin jedenfalls stillschweigend über den Zweck der insoweit maßgeblichen Datenverarbeitung mitentschieden.“²⁶

Hingegen sieht das OVG keine Verantwortlichkeit für die Speicherung der Verknüpfung dieser Daten mit dem Fanpageaufruf zur Erstellung von Profilen und zu Werbezwecken.²⁷ Es fehle insoweit jedenfalls an einer gemeinsamen Entscheidung über den Zweck der Datenverarbeitung. Diese Datenverarbeitung erfolge nicht im Interesse der Klägerin und biete für die Klägerin keinerlei Vorteile. Es fehle daher an objektiven Anknüpfungspunkten für die Annahme einer wenigstens stillschweigenden Mitentscheidung der Klägerin über diese Zwecke der Datenverarbeitung.²⁸

a) Reichweite der Verantwortlichkeit

Die Taskforce Facebook-Fanpages geht davon aus, dass die Betreiber:innen einer Fanpage ein eigenes Interesse an der Verarbeitung der personenbezogenen Daten von Besucher:innen ihrer Fanpage zu Zwecken der Profilerstellung und – darauf aufbauend – zu Zwecken der gezielten (werblichen) Ansprache haben, u. a. weil durch dieses Geschäftsmodell für sie eine entgeltfreie Nutzung des Dienstes ermöglicht wird. Der Dienst Facebook wird ausschließlich durch Werbung finanziert. Das Gericht führt selbst aus, dass die Datenverarbeitung zu Zwecken der Profilbildung und zu Werbezwecken zwecks Bereitstellung des Telemediums erfolge. So heißt es auf Seite 38 der Entscheidung:

„Gleiches gilt für die neben den Registrierungsdaten zu einem Facebook-Mitglied verwendeten Daten, die bereits zum Zwecke der Profilbildung und zu Werbezwecken und damit letztlich auch zwecks Bereitstellung eines Telemediums im Sinne des § 12 Abs. 1 TMG a. F. erhoben worden waren, weil sie zuvor der Finanzierung und Realisierung des Angebotes dienten.“

²⁵ Bundesverwaltungsgericht, Urt. v. 11.09.2019, Az. 6 C 15.18 (1 C 28.14).

²⁶ OVG Schleswig, Urt. v. 25.11.2021, Az. 4 LB 20/13, S. 55.

²⁷ OVG Schleswig, Urt. v. 25.11.2021, Az. 4 LB 20/13, S. 56.

²⁸ OVG a.a.O., Seite 56, Absatz bb).

Eine Fanpage im Netzwerk Facebook zu unterhalten, ist für Verantwortliche deshalb von großem Interesse, weil eine nicht unbeachtliche Zahl an Personen ihre Informationsbeschaffung zentral über das Netzwerk Facebook vornehmen. Unterhalten Verantwortliche keine Fanpage im Netzwerk, sind sie daher für bestimmte Nutzer:innenkreise nicht sichtbar. Außerdem ermöglicht das Netzwerk es, einen großen, geschlossenen Nutzer:innenkreis selektiv und gezielt zu adressieren. Diese Möglichkeit bietet das offene Internet nicht oder nur bedingt. Dort ist es grundsätzlich notwendig, dass Nutzer:innen aktiv die Webseite einer Verantwortlichen (suchen und dann) besuchen, damit Nutzer:innen die Inhalte der Verantwortlichen wahrnehmen. Die Möglichkeit der aktiven und zielgerichteten Ansprache von Nutzer:innen stellt einen großen Mehrwert dar, den Verantwortliche durch eine eigene Präsenz nicht erreichen können. Da die zielgerichtete Ansprache von Nutzer:innen wiederum nur auf Grundlage von hinreichend feingranularen Profilen der Nutzer:innen möglich ist, haben Verantwortliche daher auch gerade ein Interesse, dass eine Erstellung und fortlaufende Anreicherung von Profilen stattfindet. Bei Einrichtung einer Fanpage profitieren die Betreiber:innen von den bereits erstellten und angereicherten Profilen und tragen – ab Einrichtung einer eigenen Fanpage – dazu bei, dass die Profile anhand der Interaktionen von Nutzer:innen ihrer Fanpage weiter verfeinert werden. Denn jede Interaktion von Nutzer:innen des Netzwerkes und damit auch jede Interaktion auf einer Fanpage hat Auswirkungen auf die entsprechenden Profile der Nutzer:innen. Das gemeinsame Interesse der Betreiber:innen von Fanpages und Meta ist daher das Interesse, jeweils und gemeinsam dazu beizutragen, dass die Datengrundlage des Netzwerkes weiter ausgebaut wird, um von der fortlaufenden Verbesserung der Möglichkeiten zielgerichteter Ansprache zu profitieren.

Diese Zusammenhänge werden teilweise auch mit dem sog. Netzwerkeffekt beschrieben. Dieser besagt zunächst, dass sich der Nutzen eines Netzwerkes erhöht, wenn die Anzahl der Teilnehmer:innen wächst. Sowohl Facebook als auch die Betreiber:innen von Fanpages verfolgen verbundene, sich ergänzende Zwecke, nämlich möglichst vielen Nutzer:innen die Inhalte der Betreiber:innen anzuzeigen und sie dazu zu veranlassen, mit diesen zu interagieren, da aus diesen Interaktionen und der dadurch ausgelösten Verarbeitung personenbezogener Daten wiederum für beide ein gegenseitiger Nutzen erwächst.²⁹

Auch wenn das OVG bei seinen Feststellungen bzgl. der gemeinsamen Verantwortlichkeit hinter der oben aufgezeigten Rechtsprechung des EuGH und des BVerwG zurück bleibt, kann nach wie vor für große Teile der Verarbeitungsvorgänge bei Facebook eine gemeinsame Verantwortlichkeit des Fanpage-Betreibers mit dem Unternehmen Meta festgestellt werden. Denn der EuGH hat, worauf auch das BVerwG Bezug nimmt, „einen zur Annahme einer gemeinsamen Verantwortlichkeit maßgeblichen Beitrag zur Verarbeitung personenbezogener Daten der Besucher der Fanpage in erster Linie mit dem Ermöglichen der Platzierung von Cookies durch Meta begründet, unabhängig davon, ob diese Person über ein Facebook-Konto verfügt. Weitestgehend unbeleuchtet blieb im Urteil des OVG Schleswig die raumgreifende Problematik der nicht registrierten Nutzer:innen der Fanpages. Diesbezüglich hatte schon der EuGH explizit darauf hingewiesen, dass Betreiber:innen von Fanpages hier sogar eine erhöhte Verantwortlichkeit haben, weil beim Aufruf der Fanpage unmittelbar personenbezogene Daten auch von solchen Nutzer:innen erhoben werden, die selbst kein Nutzerkonto bei Facebook haben.“³⁰ Auch im Verfahren „Fashion-ID“ stellt der EuGH bei der Frage nach der gemeinsamen Verantwortlichkeit (u. a. allerdings bedingt durch die Verengung des Verfahrensgegenstands) allein darauf ab, dass Webseitenbetreiber Facebook das Setzen und Auslesen von Cookies auf den Endgeräten seiner Nutzer:innen ermöglichen.³¹

²⁹ S. Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, Rn. 61.

³⁰ EuGH, Urt. v. 5.6.2018, Rs. C-210/16, „Wirtschaftsakademie“, Rn. 41.

³¹ EuGH, Urt. v. 29.7.2019, Rs. C-40/17 „Fashion ID“, Rn. 75 f.

Eine gemeinsame Verantwortlichkeit besteht dementsprechend für den Einsatz des datr-Cookies und anderer Cookies und die damit verbundene nachgelagerte Verarbeitung personenbezogener Daten zur Erstellung und Anreicherung von Profilen.

b) Konsequenzen aus der Deaktivierung der Insights

Eine gemeinsame Verantwortlichkeit besteht auch dann, wenn die Statistiken für Fanpage-Betreiber:innen deaktiviert werden. Durch die Deaktivierung verändert sich nämlich die relevante Datenverarbeitung beim Betrieb einer Fanpage kaum. Den Betreiber:innen werden lediglich aus den – nach wie vor – verarbeiteten Nutzungsdaten keine Statistiken mehr ausgespielt.

Unabhängig davon, wie weit die gemeinsame Verantwortlichkeit zwischen Fanpage-Betreiber:innen und Meta im Detail reicht, besteht sie bei Fanpages zumindest für die Erhebung der in dem zuvor gesetzten Cookies enthaltenen Daten. Bei der Auslegung des Begriffs der gemeinsamen Verantwortlichkeit stellt der EuGH in der Rechtssache „Fashion ID“ insbesondere darauf ab, ob die Beiträge der Verantwortlichen mitursächlich für die Datenverarbeitung sind und ob beide Verantwortliche von der Datenverarbeitung profitieren.³²

Durch Eröffnung der Fanpage setzen die Betreiber:innen eigenverantwortlich die primäre Ursache, die es Facebook sodann ermöglicht, personenbezogene Daten über die Interaktionen der Besucher:innen mit der jeweiligen Fanpage zu erheben. Die Eröffnung und der Betrieb der Fanpage stellt mithin einen Anknüpfungspunkt mit eindeutiger Verantwortlichkeit seitens der Betreiber:innen dar, mit welcher bewusst nicht nur eigene Zwecke, sondern auch die von Meta gefördert werden.³³ Auch wenn Meta keine Statistiken mehr übermittelt, findet beim Aufrufen der Fanpage und dem Interagieren mit der Fanpage eine Erhebung personenbezogener Daten und Nutzung der Daten durch Facebook statt, welche es ohne den Betrieb der Fanpage nicht gäbe. Bei diesem Prozess entscheiden die Betreiber:innen und Meta gemeinsam über Mittel und Zwecke der Datenverarbeitung. Hinsichtlich der Mittel genügt es, dass die Betreiber:innen die Fanpage in dem Wissen betreiben, dass sie zum Erheben und Übermitteln personenbezogener Daten an Meta dient. Damit beeinflussen die Betreiber:innen der Fanpage entscheidend das Erheben und Übermitteln der Daten der Besucher:innen dieser Seite an Meta, die ohne die Fanpage nicht erfolgen würden.³⁴ Hinsichtlich der Zwecke kommt es darauf an, dass beide Seiten von den genannten Verarbeitungsvorgängen profitieren,³⁵ was hier der Fall ist: Die Betreiber:innen erhöhen auf diese Weise ihre Reichweite, da sie sich die Möglichkeiten und den Netzwerkeffekt von Facebook zunutze machen. Meta profitiert von den Fanpages, weil anhand der dortigen Interaktionen Profile über Besucher:innen der Fanpage angelegt und weiter ausdifferenziert werden können und damit die auf dem Netzwerk bereitgestellte zielgerichtete Adressierung und Ausspielung von Werbebotschaften optimiert werden kann. Die Zwecke der Betreiber:innen der Fanpage und von Meta ergänzen sich daher gegenseitig. Dies ist für die Annahme eines gemeinsamen Zweckes i.S.v. Art. 26 DSGVO ausreichend.³⁶

Die (gemeinsame) Verantwortlichkeit nach Art. 4 Nr. 7, Art. 26 DSGVO ist – auch im Lichte der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung – weit auszulegen, um einen wirksamen und umfassenden Schutz der Betroffenen zu gewährleisten.³⁷ Weiterhin entbindet die Nutzung einer Plattform und der damit verbundenen

³² u.a. Urteil des EuGHs vom 29. Juli 2019, C-40/17 „Fashion-ID“, Rn. 68, 77f.; so auch die Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses zur Verantwortlichkeit – 7/2020, Rn. 55.

³³ vgl. EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019, C-40/17 „Fashion-ID“, Rn. 68 und 77.

³⁴ EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019, C-40/17 „Fashion-ID“, Rn. 77f.

³⁵ vgl. EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019, C-40/17 „Fashion-ID“, Rn. 80.

³⁶ vgl. Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses zur Verantwortlichkeit – 7/2020, Rn. 60f.

³⁷ u.a. EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019, C-40/17 „Fashion-ID“, Rn. 70, Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses zur Verantwortlichkeit – 7/2020, Rn. 14

Dienstleistungen nicht von der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit.³⁸ Dies wird dadurch unterstrichen, dass insbesondere bei Nutzer:innen, die kein Facebook-Konto haben, der EuGH darauf abstellt, dass allein der Aufruf der Fanpage zu einer Datenverarbeitung führt.³⁹ Beides ist bei einem Weiterbetreiben der Fanpage der Fall, da sowohl bei Facebook registrierte Nutzer:innen als auch nicht registrierte Nutzer:innen auf die Fanpage zugreifen können. Insbesondere erhöhen die Betreiber:innen mit der Fanpage deutlich die Reichweite gegenüber den Bürger:innen und haben insofern ein Eigeninteresse an einer größeren Sichtbarkeit. Dadurch, dass gemeinsam Verantwortliche nicht identische Zwecke verfolgen müssen,⁴⁰ ist ein Interesse an einer weiteren Reichweite, und das mithin einhergehende zunutze machen der Möglichkeiten des Facebook Ökosystems, durch die Betreiber:innen insofern ausreichend. Weiterhin ermöglicht eine gemeinsame Verarbeitung auch eine phasenweise Betrachtung von Datenverarbeitungsprozessen.⁴¹ Nach alledem haben die Betreiber:innen bei abgeschalteter Insight-Funktion zumindest für die nachgelagerte Datenverarbeitung auf Basis des Setzens und Auslesens von Cookies eine gemeinsame Verantwortlichkeit mit Meta inne.

3. Fehlende Rechtsgrundlage

Aufgrund der gemeinsamen Verantwortlichkeit müssen Betreiber:innen von Fanpages eine entsprechende Rechtsgrundlage nachweisen können.

Für die Verarbeitung personenbezogener Daten bei Betrieb einer Fanpage durch eine öffentliche Stelle im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit kommen grundsätzlich weder Art. 6 Abs. 1 Buchst. a noch Buchst. f DSGVO in Betracht. Sofern eine Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 Buchst. a DSGVO in Betracht gezogen wird, gelten die obigen Ausführungen unter C. I. 5. entsprechend.

Die vorrangig für öffentliche Stellen zu prüfende Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 Buchst. e DSGVO (i. V. m. den jeweils einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften), die für die Ausübung von Öffentlichkeitsarbeit grundsätzlich in Betracht kommt, kann wiederum nur so weit reichen, wie personenbezogene Daten auch tatsächlich in eigener oder gemeinsamer Verantwortlichkeit ausschließlich zu Zwecken der Öffentlichkeitsarbeit verarbeitet werden. Darüber hinaus gehende Verarbeitungen zu anderen Zwecken, wie beispielsweise die Anreicherung von Werbeprofilen, können dagegen nicht von dieser Rechtsgrundlage gedeckt sein.

Sowohl öffentliche als auch nichtöffentliche Betreiber:innen sind auf Grundlage der verfügbaren Informationen momentan nach wie vor nicht in der Lage, die notwendigerweise vorzunehmende Prüfung der Rechtskonformität vor Aufnahme einer verantwortlichen Verarbeitung durchzuführen.

4. Weitere Verpflichtungen der Fanpage-Betreiber:innen

Als Verantwortliche sind Betreiber:innen von Fanpages verpflichtet, die Grundsätze des Art. 5 Abs. 1 DSGVO einzuhalten und dessen Einhaltung nachweisen zu können. Zu den Grundsätzen in Art. 5 Abs. 1 DSGVO zählt unter anderem, dass personenbezogene Daten auf rechtmäßige Weise, nach Treu und Glauben und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden (Buchst. a), dass diese für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden und nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden dürfen (Buchst. b).

³⁸ EuGH, Urteil vom 5. Juni 2018, Rs. C-210/16 – „Wirtschaftsakademie“, Rn. 40.

³⁹ EuGH, Urteil vom 5. Juni 2018, Rs. C-210/16 – „Wirtschaftsakademie“, Rn. 41 sowie EuGH, Urteil vom 29.07.2019, Rs. C-40/17 – „Fashion-ID“, Rn. 83.

⁴⁰ Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 07/2020, Rn. 60ff.

⁴¹ EuGH, Rs. C-40/17 (Fashion-ID), Rn. 70 und 74.

Gemeinsam Verantwortliche sind außerdem verpflichtet, in einer Vereinbarung in transparenter Form festzulegen, wer von ihnen welche Verpflichtung der DSGVO erfüllt. Eine solche Vereinbarung muss gemäß Art. 26 Abs. 2 S. 1 DSGVO die jeweiligen tatsächlichen Funktionen und Beziehungen der gemeinsam Verantwortlichen gegenüber betroffenen Personen gebührend, d. h. insbesondere wahrheitsgetreu, widerspiegeln.⁴²

Sinn und Zweck einer Vereinbarung nach Art. 26 Abs. 2 DSGVO ist zunächst, dass die jeweiligen Funktionen im Verarbeitungsvorgang bzw. die Beiträge zur Verarbeitung der verschiedenen Beteiligten transparent dargestellt werden. Damit sie diesen Vorgaben genügt, müssen in einer Vereinbarung nach Art. 26 DSGVO klare Informationen mit Erläuterungen zu den verschiedenen Phasen und Akteuren der Verarbeitung gegeben werden.⁴³

Im September 2018 veröffentlichte Facebook eine sogenannte „Seiten-Insights-Ergänzung bezüglich des Verantwortlichen“ sowie „Informationen zu Seiten-Insights“.

Die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder hat ihre Position zur Verantwortlichkeit und Rechenschaftspflicht bei Facebook-Fanpages mit Beschluss vom 1. April 2019 gefasst und veröffentlicht (abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20190405_positionierung_facebook_fanpages.pdf).

Im Oktober 2019 hat Facebook eine unwesentlich aktualisierte Version der „Seiten-Insights-Ergänzung bezüglich des Verantwortlichen“ sowie der „Informationen zu Seiten-Insights“ veröffentlicht (abrufbar unter: https://www.facebook.com/legal/terms/page_controller_addendum).

Die dort enthaltenen Informationen skizzieren lediglich den Leistungsumfang von Seiten-Insights. Ob die hierfür eingesetzten Datenverarbeitungsprozesse datenschutzkonform stattfinden, kann anhand der dortigen Informationen nicht beurteilt werden. Insofern genügt ein bloßer Verweis auf diese Informationen nicht, damit Verantwortliche ihrer Rechenschaftspflicht aus Art. 5 Abs. 2 DSGVO nachkommen. Gleiches gilt für die sogenannte Datenrichtlinie von Facebook (abrufbar unter: <https://de-de.facebook.com/privacy/explanation>). Auch dort finden sich lediglich allgemeine und relativ unspezifische Informationen u. a. dazu, welche Daten(arten) verarbeitet werden und zu welchen Zwecken dies geschieht.

Die im Addendum gegebenen Informationen sind auch im Zusammenspiel mit den sonstigen öffentlich abrufbaren Informationen, die Facebook bereitstellt, wie bspw. die Informationen, die in der Facebook-Datenrichtlinie über den Link <https://www.facebook.com/policy> einsehbar sind, nicht hinreichend aussagekräftig, um auf deren Grundlage bewerten zu können, ob eine Verarbeitung auf Grundlage einer Rechtsgrundlage aus Art. 6 DSGVO rechtskonform möglich ist. Dies liegt unter anderem daran, dass die Handlungen von Nutzer:innen, die zu einer weiteren Verarbeitung in sog. Events führen, nicht vollständig, sondern nur beispielhaft dargelegt werden. Zudem werden die Nutzer-Interaktionen beschrieben, nicht aber die dadurch ausgelösten Datenverarbeitungen dargestellt. Zwar muss eine Vereinbarung nach Art. 26 DSGVO diese Informationen nicht zwangsläufig enthalten, wenn diese Informationen den Verantwortlichen anderweitig vorliegen. Regelmäßig liegen Fanpage-Betreiber:innen jedoch keine Informationen über die öffentlich abrufbaren Informationen hinaus vor, die sie in die Lage versetzen würden, die Rechtmäßigkeit der Verarbeitungen, die ihrer Verantwortlichkeit unterliegen, positiv feststellen zu können.

Auch die mit der Nutzung von Fanpages beabsichtigten Zwecke, wie z. B. der Zweck der Öffentlichkeitsarbeit, die für sich genommen nicht zu beanstanden und völlig nachvollziehbar sind, ändern das Ergebnis der Bewertung der Rechtskonformität des Betriebs einer Fanpage nicht. Selbstverständlich ist es von großer

⁴² S. dazu auch Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users, S. 36 ff.

⁴³ S. Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, Version 2.0, S. 43 f.

Relevanz, dass öffentliche Stellen eine reichweitenstarke und zielgruppenorientierte Öffentlichkeitsarbeit leisten können, auch um beispielsweise kursierenden Fehlinformationen adäquat begegnen zu können. Dieses Ziel darf jedoch nicht mit (datenschutz)rechtswidrigen Mitteln verfolgt werden.

Schon alleine mangels hinreichender Informationen über die Verarbeitungen, die im Zusammenhang mit den beim Aufruf von Facebook Fanpages erhobenen personenbezogenen Daten durchgeführt werden, scheidet ein rechtskonformer Betrieb einer Fanpage durch Betreiber:innen aus. Aus diesem Grund scheidet auch die Einholung einer wirksamen Einwilligung nach Art. 6 Abs.1 Buchst. a DSGVO, sofern diese Rechtsgrundlage überhaupt in Betracht kommt, aus, da die notwendigen Informationen, die im Rahmen der informierten Einwilligung an die betroffenen Personen übermittelt werden müssen, mangels eigener Kenntnis nicht gegeben werden können (s. o.). Die bisher von Facebook gegebenen Informationen skizzieren lediglich die Interaktionen von Nutzer:innen, an die sich eine Verarbeitung personenbezogener Daten, auch zu Zwecken der Insights, anschließt. Die Informationen sind jedoch derart oberflächlich und lückenhaft, dass eine Bewertung als Verantwortlicher auf Grundlage dieser Informationen nicht möglich ist (s. dazu auch oben).

Aus den gleichen Gründen können Seitenbetreiber:innen auch nicht ihren Verpflichtungen aus Art. 13 DSGVO nachkommen. Insofern hat auch das OVG Schleswig geurteilt, dass die Seitenbetreiber gegen die Transparenzpflichten aus dem damals geltenden § 13 TMG verstoßen haben. Diese Feststellung lässt sich auch heute treffen.

D. Drittlandübermittlungen

Jedwede Übermittlung personenbezogener Daten, die bereits verarbeitet werden oder nach ihrer Übermittlung an ein Drittland oder eine internationale Organisation verarbeitet werden sollen, ist nur zulässig, wenn die Vorgaben der Art. 44 ff. DSGVO eingehalten werden.

Gemäß Urteil des EuGH in der Rechtssache C-311/18 („Schrems II“) muss – sofern für ein Drittland kein Angemessenheitsbeschluss gem. Art. 45 DSGVO vorliegt – sorgfältig geprüft werden, ob die geeigneten Garantien (gem. Art. 46 DSGVO) das EU-Schutzniveau gewährleisten können. Ob zur Ergänzung der geeigneten Garantien (Art. 46 DSGVO) gegebenenfalls eingesetzte zusätzliche Maßnahmen ausreichen, um die Einhaltung des Schutzniveaus der EU für personenbezogene Daten zu gewährleisten, ist von den Datenexporteuren in jedem Einzelfall – soweit angemessen, in Zusammenarbeit zusammen mit den Datenimporteuren zu prüfen - und gegebenenfalls im Rahmen Ihrer Rechenschaftspflicht darzulegen.

In den Datenrichtlinien von Facebook steht Folgendes:

„Wir teilen die von uns erhobenen Informationen weltweit, sowohl intern zwischen unseren Niederlassungen und Rechenzentren als auch extern mit unseren Partnern, Anbietern, Dienstleistern und Dritten. Da Meta global tätig ist und Nutzer, Partner sowie Mitarbeiter auf der ganzen Welt hat, sind Übermittlungen aus vielerlei Gründen notwendig [...]“⁴⁴

„Von Meta Platforms Ireland Limited kontrollierte Informationen werden in folgende Länder übertragen oder übermittelt oder dort gespeichert und verarbeitet:

- *Orte, an denen wir Infrastruktur oder Rechenzentren haben, wie u. a. die USA, Irland, Dänemark und Schweden*
- *Länder, in denen Produkte der Meta-Unternehmen verfügbar sind*

⁴⁴

<https://www.facebook.com/privacy/policy/?subpage=9.subpage.1-WhyIsInformationTransferred>.

- *Andere Länder außerhalb des Landes, in dem du lebst, in denen unsere Partner, Anbieter, Dienstleister und Dritten ansässig sind, für die in dieser Richtlinie beschriebenen Zwecke*⁴⁵

Bezüglich der Drittstaatenübermittlung führt Meta Folgendes an:

✕

Mechanismen, die wir für die globale Datenübermittlung nutzen

Wir stützen uns auf angemessene Mechanismen für internationale Datenübermittlungen. Beispiel: Für [Informationen, die wir erheben](#):

- verlassen wir uns auf die Beschlüsse der Europäischen Kommission, gemäß denen sie anerkennen, dass bestimmte Länder und Gebiete außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums ein [angemessenes Datenschutzniveau](#) [↗](#) für personenbezogene Daten gewährleisten. Diese Beschlüsse werden als „Angemessenheitsbeschlüsse“ bezeichnet. Übermitteln wir die [von uns erhobenen Informationen](#) aus dem Europäischen Wirtschaftsraum nach Argentinien, Israel, Neuseeland und in die Schweiz und, sofern die Entscheidung anwendbar ist, nach Kanada und verlassen uns dabei auf einen Angemessenheitsbeschluss. [Erfahre mehr](#) zu Angemessenheitsbeschlüssen für die jeweiligen Länder.
- In anderen Fällen verlassen wir uns bei der Datenübermittlung in ein Drittland auf [Standardvertragsklauseln](#) [↗](#), die von der Europäischen Kommission genehmigt wurden (und auf die entsprechenden Standardvertragsklauseln des Vereinigten Königreichs, sofern anwendbar), oder auf Ausnahmen, die nach anwendbarem Recht vorgesehen sind. Beispielsweise liegt derzeit kein Angemessenheitsbeschluss für die USA vor, daher verlassen wir uns bei der Datenübermittlung an Meta Platforms, Inc. auf Standardvertragsklauseln.
- Zusätzlich zu den Standardvertragsklauseln ergreifen wir auch [ergänzende Maßnahmen](#) [↗](#), um einen entsprechenden Schutz bei der Übermittlung deiner Daten gewährleisten zu können.

Wenn du Fragen zu den internationalen Datenübermittlungen und den Standardvertragsklauseln von Meta hast, kannst du [uns kontaktieren](#) [↗](#).

45

<https://www.facebook.com/privacy/policy/?subpage=9.subpage.2-WhereIsInformationTransferred>.

Ausweislich der Datenrichtlinie stützt sich Meta auf die Standarddatenschutzklauseln der Europäischen Kommission und ergreift zusätzliche Maßnahmen:

We also use a number of supplementary measures to protect your data. These include:

- **Encryption and security:** We take a range of measures to protect your data. We implement a comprehensive security program, including measures such as encryption when data is in transit, to protect user data at all times. We adapt and improve our security to keep ahead of the evolving risks and security threats that we face.
- **No "back door" governmental access:** We do not provide any government with direct access or encryption "back doors." We believe that intentionally weakening our services in this way would undermine the security that is necessary to protect people who use our global service.
- **Robust policies:** For a long time, we have had comprehensive policies in place governing how we evaluate and respond to government requests for user data. We review each request and only provide information in response to requests that we determine are valid, producing only information that is narrowly tailored to respond to that request.
- **Standing up for our users:** Where government requests are deficient (e.g. overbroad or legally deficient), we push back and engage governments to address any apparent deficiency. Where necessary, we will challenge or reject unlawful government requests. We would also challenge any order seeking to require us to redesign our systems in a way that would undermine the security we provide to protect people's data, or that attempted to gag us from disclosing the existence of such an order and our efforts to fight it.
- **Providing transparency:** We strive to be open and proactive about the way we safeguard people's privacy, security and access to information online. For this reason, it is our policy to notify users of requests for their information prior to any disclosure, unless we are prohibited by law from doing so or in exceptional circumstances when notice would be counterproductive such as when a child is at risk of harm. Since 2013, we've published [biannual transparency reports](#) concerning the nature and extent of government requests we receive for user data, including as much information as we can provide about the number of requests received under the United States Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) during the reporting period in compliance with US law. These reports give our community visibility into how many requests we receive, and how we apply our policies and respond to data requests.

You can also learn more about [standard contractual clauses](#). For more information on the safeguards and measures we have in place to protect your data when it is transferred to the US, please see [our FAQs](#).

Quelle: <https://about.fb.com/news/2021/03/steps-we-take-to-transfer-data-securely/>

Der mit „our FAQs“ überschriebene Link führt zu einer Seite auf der ein Transparenzbericht veröffentlicht ist. Weitere Informationen finden sich zudem hier: <https://transparency.fb.com/data/government-data-requests/further-asked-questions/>

Für Betreiber:innen von Fanpages verbleibt es auch nach Lektüre der durch Meta veröffentlichten Informationen jedoch weitgehend unklar, inwiefern die zusätzlichen Maßnahmen tatsächlich geeignet sind, die spezifischen Risiken des Zugriffs auf Nutzer:innendaten zu verhindern.

Soweit tatsächlich ein Transfer der Nutzungsdaten von Besucher:innen der jeweiligen Fanpages von Meta Plattform Ireland Limited zu Meta LLC stattfindet, sind für diese Verarbeitungen die Vorgaben der Artt. 44 ff. DSGVO von den Betreibern von Fanpages einzuhalten, soweit die gemeinsame Verantwortlichkeit reicht. Sollte eine Übermittlung tatsächlich nicht per se angelegt sein, sondern nur das Risiko des Zugriffs auf in der

EU verarbeitete personenbezogene Informationen aufgrund FISA u. a. rechtlicher US-Vorschriften gegeben sein, ist dies mindestens im Hinblick auf die datenschutzrechtliche Rechtmäßigkeit eines solchen Zugriffs zu prüfen.

E. Ergebnis

Durch die Bereitstellung einer Fanpage übernimmt der oder die Fanpage-Betreiber:in die Rolle eines Anbieters von Telemedien im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG. Dadurch ergibt sich nach § 25 Abs. 1 TTDSG die Pflicht, eine wirksame Einwilligung für das Speichern von Informationen in den Endeinrichtungen der Endnutzer:innen, sowie den Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, für nicht im Sinne des § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG unbedingt erforderliche Cookies einzuholen. Eine solche Einwilligung wird beim Betreiben einer Facebook Fanpage nicht eingeholt.

Darüber hinaus besteht auf Grund sich ergänzender Interessen der Fanpage-Betreiber:innen und Meta eine gemeinsame Verantwortlichkeit mindestens für die Verarbeitung der auf Basis der gesetzten Cookies erhobenen, personenbezogenen Daten. Diesbezüglich sind keine wirksamen Rechtsgrundlagen gegeben.

Abschließend werden die sich aus Art. 13 DSGVO ergebenden Informationspflichten nicht hinreichend erfüllt.