



BfDI

Der Bundesbeauftragte
für den Datenschutz und
die Informationsfreiheit

Prof. Ulrich Kelber
Bundesbeauftragter
für den Datenschutz und
die Informationsfreiheit

POSTANSCHRIFT Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
Postfach 1468, 53004 Bonn

**Presse- und Informationsamt
der Bundesregierung
Herrn Staatssekretär Steffen Hebestreit
Dorotheenstraße 84
10117 Berlin**

HAUSANSCHRIFT Graurheindorfer Straße 153, 53117 Bonn

FON (0228) 997799-5000

E-MAIL Referat23@bfdi.bund.de

INTERNET www.bfdi.bund.de

DATUM Bonn, 17.05.2022

GESCHÄFTSZ. 23-507-3/005#0016

**Bitte geben Sie das vorstehende Geschäftszeichen
bei allen Antwortschreiben unbedingt an.**

BETREFF **Datenschutzaufsichtsbehördliches Verfahren**

HIER Anhörung nach § 28 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)

BEZUG Meine Rundschreiben vom 20. Mai 2019 und vom 21. Juni 2021; Ihr Schreiben vom 31.
Oktober 2019; Unser Treffen vom 24. November 2021

ANHÖRUNG

Sehr geehrter Herr Hebestreit,
sehr geehrte Damen und Herren,

ich beabsichtige, gegen das Presse- und Informationsamt der Bundesregierung (Bundes-
presseamt) gemäß Art. 58 Abs. 2 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) folgende Abhilfe-
maßnahmen zu erlassen:

1. Dem Bundespresseamt wird gemäß Art. 58 Abs. 2 lit. f) DSGVO bis auf weiteres un-
tersagt, die von ihm für die Bundesregierung betriebene Facebook-Fanpage
(<https://www.facebook.com/Bundesregierung/>) innerhalb von vier Wochen nach
Bekanntgabe des Bescheids weiter zu betreiben.



2. Nach meinen bisherigen Feststellungen hat das Bundespresseamt fahrlässig gegen seine Rechenschaftspflicht nach Art. 5 Abs. 2 DSGVO verstoßen, indem es im Zeitraum vom mindestens 25. Mai 2018 bis zum heutigen Tag entgegen der gebotenen Sorgfalt seine Facebook-Fangpage betrieben hat, ohne die Einhaltung der Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten nach Art. 5 Abs. 1 DSGVO nachweisen zu können. Für den vorstehenden Verstoß beabsichtige ich, das Bundespresseamt gemäß Art. 58 Abs. 2 lit. b) DSGVO zu verwarnen.

3. Weiterhin hat das Bundespresseamt nach meinen bisherigen Feststellungen fahrlässig gegen § 25 Abs. 1 S. 1 Telekommunikation- Telemedien-Datenschutzgesetz (TTDSG) verstoßen, indem seit mindestens 1. Dezember 2021 bis zum heutigen Tag auf der von Bundespresseamt betriebenen Facebook-Fanpage ohne Erfüllung der Rechtsgrundlagen Informationen in den Endeinrichtungen der Endnutzer gespeichert werden und auf Informationen, die bereits in den Endeinrichtungen der Endnutzer gespeichert sind, zugegriffen wird. Für den vorstehenden Verstoß beabsichtige ich, das Bundespresseamt gemäß Art. 58 Abs. 2 lit. b) DSGVO zu verwarnen.

4. Ferner hat das Bundespresseamtnach meinen bisherigen Feststellungen fahrlässig gegen Art. 5 Abs. 1 lit. a) DSGVO verstoßen, indem seit mindestens 25. Mai 2018 bis zum heutigen Tag auf der von dem Bundespresseamt betriebenen Facebook-Fanpage personenbezogene Daten erhoben und an Facebook übermittelt werden, obwohl hierfür keine wirksame Rechtsgrundlage gegeben ist. Für den vorstehenden Verstoß beabsichtige ich, das Bundespresseamt gemäß Art. 58 Abs. 2 lit. b) DSGVO zu verwarnen.

**Begründung:**

I.

Die Bundesregierung betreibt seit dem 20. Januar 2015 und über den 25. Mai 2018 hinaus bis heute eine eigene sog. „Fanpage“ auf dem sozialen Netzwerk Facebook (<https://www.facebook.com/Bundesregierung>). Auf dieser Seite informiert das Bundespresseamt (im Folgenden: BPA) im Namen der Bundesregierung regelmäßig Nutzer und Nicht-Nutzer von Facebook über aktuelle politische Tätigkeiten der Bundesregierung in Form von Bildern, Videos und Textbeiträgen. Laut den Angaben von Facebook zur „Seiten-Transparenz“ hat diese Fanpage Wahlwerbung bzw. Werbung zu politisch oder gesellschaftlich relevanten Themen geschaltet. Bei der Nutzung einer solcher Fanpage wird auch die Funktion „Facebook Insights“ verwendet, durch die der jeweilige Fanpage-Betreiber Statistiken zu Besucherzahlen, „Gefällt mir“-Angaben, Demographie der Besucher und der Reichweite seiner Beiträge erhält. Durch seine jeweiligen Einstellungen kann der Fanpage-Betreiber die Intensität der erhaltenen Statistiken erhöhen oder verringern. Die Statistikfunktion selbst lässt sich hierbei jedoch durch den Fanpage-Betreiber nicht selbstständig abschalten.

Die Statistiken ermöglichen dem Fanpage-Betreiber unter anderem seine Inhalte anzupassen, indem sie den Erfolg oder Misserfolg von Postings und Informationskampagnen des Fanpage-Betreibers sichtbar machen, also wie viel Aufmerksamkeit oder weniger Aufmerksamkeit diese bei den Nutzern erzeugt haben. Hierdurch kann der Fanpage-Betreiber seine Postings und Informationskampagnen so ausrichten, dass ihre Reichweite auf der Facebook-Plattform erhöht wird. Zugleich hängt von der Sammlung und Auswertung der Nutzeraktivität auf der Fanpage und den von Facebook erstellten Nutzungsprofilen der Nutzer ab, ob Inhalte auch anderen Nutzern, die die Fanpage bisher nicht besucht haben, aber in



dasselbe Profil passen wie jene Nutzer, welche dies getan haben, von Facebook vorgeschlagen werden. Facebook verknüpft diese Daten zu weiteren personenbezogenen Daten der Nutzer, insbesondere auch zu anderen Plattformen des Unternehmens und anderen Webseiten, die in das Werbenetzwerk des Unternehmens integriert sind. Auch hierdurch wird die Reichweite von Fanpages auf der Plattform beeinflusst. Darüber hinaus verwendet Facebook die gesammelten Daten der Nutzer für sein Werbenetzwerk, aus dem der wesentliche Umsatz seines Geschäftsmodells generiert wird. Grundlage all dieser Erhebungen, Profilbildungen und Auswertungen ist die Erhebung personenbezogener Daten der Nutzer mithilfe sog. Cookies.

Fanpages können - je nach Konfiguration durch die Seitenbetreiber - auch ohne vorherige Anmeldung aufgerufen und die dort verfügbaren Inhalte können daher auch von Personen gelesen werden, die nicht registrierte Nutzer von Facebook sind. Je nachdem, ob Nutzer 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.

Ein Cookie ist ein kleiner Datensatz, der zwischen dem Server und dem Browser ausgetauscht werden kann. Das hypertext transfer protocol (http) ermöglicht dem Server, die Informationen zum Setzen eines Cookies an den Browser (Client) zu übermitteln. Der Cookie kann vom Client akzeptiert, gespeichert und im späteren Kommunikationsverlauf an den Server zurückgesandt werden. Neben der Anweisung via http kann ein Cookie auch durch ein Skript auf dem Client erzeugt werden (z.B. Javascript - document.cookie). Das Skript wird vom Server an den Client übermittelt. Cookies werden mit einer Lebensdauer angelegt. Zu unterscheiden sind Session-Cookies und persistente Cookies. Session-Cookies werden nur für die aktuelle Browsersitzung vorgehalten, während persistente Cookies auch über Jahre hinweg im Browser gespeichert bleiben können.



Wenn sich ein Nutzer bei Facebook registriert und einen Facebook- Account anlegt, wird dem Account ein eindeutiger, sog. c-userCookie zugeordnet. Dieser c-user-Cookie hat eine Gültigkeit von einem Jahr und dient der Zuordnung einer eindeutigen Facebook-Kontonummer des Nutzers. Sobald der c-user- Cookie erstmals auf dem Endgerät der Nutzer gespeichert wird, mit dem Nutzer den Account erstellt haben, wird der c-user-Cookie nachfolgend auf allen weiteren Endgeräten gespeichert, über die Nutzer sich bei Facebook eingeloggt haben. Rufen Nutzer, während sie unter ihrem Account eingeloggt sind, eine Fanpage auf, wird automatisch der bereits vorhandene c-userCookie serverseitig den Anmelgenden zugeordnet und neu gespeichert. Bei nicht registrierten oder registrierten, aber nicht eingeloggten Nutzern wird das sog. datr- Cookie gespeichert und ausgelesen. Das datr- Cookie hat eine Lebensdauer von zwei Jahren und ist ein eindeutiger Identifier, der andernorts von Facebook auch für Nicht- Mitglieder bzw. nicht angemeldete Seitenbesucher gesetzt wird. Ein fr-Cookie weist eine Gültigkeit von drei Monaten auf und wird beispielweise verwendet, um Werbeanzeigen auszuliefern und ihre Relevanz zu messen oder zu verbessern.

Bei dem Aufruf der Fanpage des BPA wird ein sogenannter Einwilligungsbanner angezeigt, der sich über die gesamte Webseite erstreckt und sich nur durch Auswahl entweder des Buttons „Nur erforderliche Cookies erlauben“ oder „Erforderliche und optionale Cookies erlauben“ schließen lässt. Der gesamte Text lässt sich nur durch Scrollen lesen. Dieser Einwilligungsbanner sieht wie folgt aus:



Bild 1 ohne Scrollen

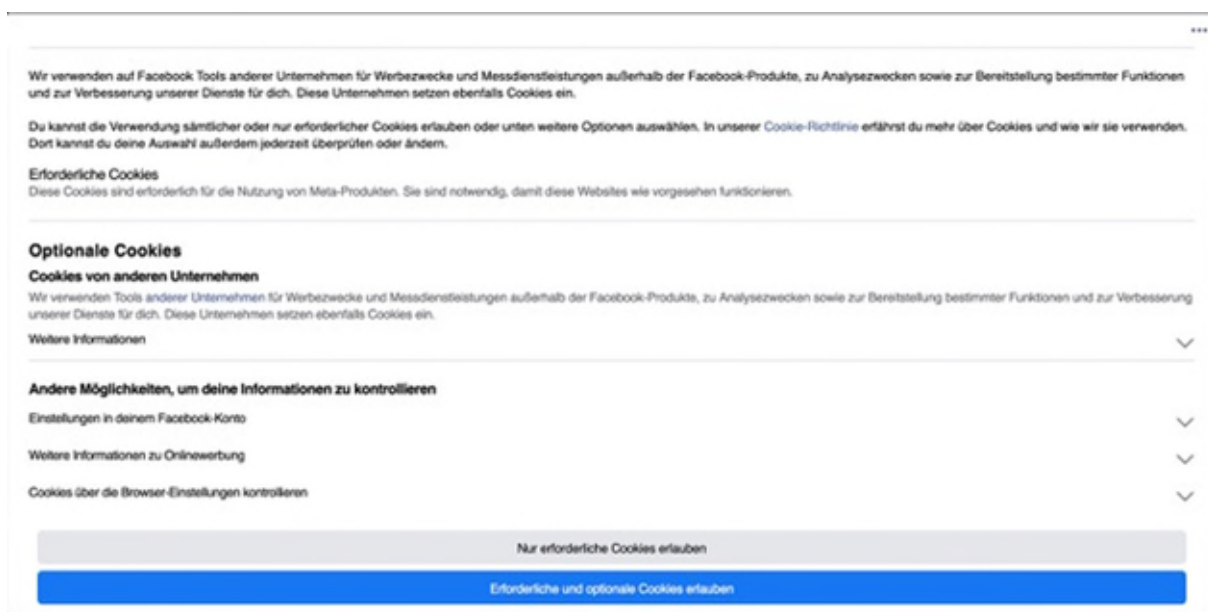


Bild 2 nach Scrollen

Das Oberverwaltungsgericht (OVG) Schleswig-Holstein stellte mit Urteil vom 25. November 2021 fest, dass bei dem Aufruf einer Fanpage die IP-Adressen der Besucher an die Server von Facebook übermittelt und Cookies in den Endeinrichtungen der Besucher platziert und in den Endeinrichtungen gespeicherte Cookies ausgelesen werden. Die Übermittlung



bestimmter Cookies ermöglicht es nach den Feststellungen des OVG Schleswig-Holstein beispielsweise, die dort registrierten und angemeldeten Mitglieder zu erkennen und die Aktivität auf der Fanpage mit den sonstigen Informationen zu verknüpfen, die Facebook aufgrund des Anmeldevorgangs über das jeweilige Mitglied hat.¹

Am 5. Juni 2018 entschied der Europäische Gerichtshof (EuGH) in der Rechtssache „Wirtschaftsakademie“², dass der Betreiber einer Facebook-Fanpage als gemeinsam Verantwortlicher im Sinne des Art. 26 Abs. 1 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) mit Facebook anzusehen ist. Am 10. Juli 2018 entschied der EuGH in der Rechtssache „Tietosuoja-valtuutettu“³, dass es nicht erforderlich ist, dass ein Verantwortlicher Zugriff auf die verarbeiteten Daten hat. In der Rechtssache „Fashion ID“⁴ entschied der EuGH am 29. Juli 2019, dass bei der Einbindung eines Facebook-„Social Plugins“ (in diesem Fall eines „Gefällt mir“-Buttons) auf einer Webseite eine gemeinsame Verantwortlichkeit für den Webseitenbetreiber für diejenigen Vorgänge der Verarbeitung personenbezogener Daten besteht, für die der Verantwortliche tatsächlich über die Zwecke und Mittel entscheidet, d. h. das Erheben der in Rede stehenden Daten und deren Weitergabe durch Übermittlung.

Die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) führte in ihrem Beschluss vom 5. September 2018 aus, dass für Fanpage-Betreiber ohne eine Vereinbarung nach Art. 26 DSGVO der Betrieb einer Fanpage rechtswidrig sei und auch öffentliche Fanpage-Betreiber die Rechtmäßigkeit der gemeinsam zu verantwortenden Verarbeitung gewährleisten und diese nachweisen können müssen. Außerdem

¹ OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 25. November 2021 – 4 LB 20/13 - juris, Rn. 5.

² EuGH, Urteil vom 5. Juni 2018, Rechtssache C-210/16, Unabhängiges Landezentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein gegen Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH - ECLI:EU:C:2018:388.

³ EuGH, Urteil vom 10. Juli 2018, Rechtssache C-25/17, Tietosuoja-valtuutettu - ECLI:EU:C:2018:551.

⁴ EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019, Rechtssache C-40/17, Fashion ID GmbH & Co. KG gegen Verbraucherzentrale NRW e.V. - ECLI:EU:C:2019:629.



könnten Betroffene ihre Rechte aus der DSGVO bei und gegenüber jedem der Verantwortlichen geltend machen. Weiterhin stellte die DSK klar, dass Facebook aufgrund des Urteils in der Rechtssache „Wirtschaftsakademie“ zwar einige Änderungen in seinem Angebot - z.B. bezüglich Cookies - vorgenommen habe, jedoch weiterhin Daten von Nutzern und Nicht-Nutzern verarbeite, wenn diese über die bloße Startseite der Fanpage hinaus Inhalte auf einer Fanpage aufrufen.⁵

Per Rundschreiben vom 20. Mai 2019 informierte ich alle Bundesministerien und obersten Bundesbehörden darüber, dass ein datenschutzkonformer Betrieb einer Facebook-Fanpage gegenwärtig nicht möglich ist. Meine Behörde wies darauf hin, dass öffentliche Stellen, die eine Facebook-Fanpage betreiben, eine Vereinbarung mit Facebook zur gemeinsamen Verantwortlichkeit abschließen müssen, die den Anforderungen des Art. 26 Abs. 1 DSGVO entspricht.

Am 4. November 2019 haben Sie mir die dem BPA von Facebook zur Verfügung gestellte „Seiten Insights-Ergänzung“ (sog. Addendum) übermittelt. Sie schilderten, dass Sie nach einem längeren Austausch mit Facebook das Addendum als Ergänzung der Facebook-Nutzungsbedingungen erhalten haben. Dieses Addendum sieht unter anderem Folgendes vor:

„Die Verarbeitung personenbezogener Daten für Seiten-Insights unterliegt möglicherweise der nachfolgenden Vereinbarung über die gemeinsame Verantwortlichkeit (Seiten-Insights-Ergänzung bezüglich des Verantwortlichen). [...]

Seiten-Insights-Ergänzung bezüglich des Verantwortlichen

⁵ DSK, Beschluss der DSK zu Facebook-Fanpages vom 5. September 2018, vgl. insbes. die Fragen 4 bis 7 der Anlage; abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20180905_dskb_facebook_fanpages.pdf.



Wenn eine Interaktion von Personen mit deiner Seite und den mit ihr verbundenen Inhalten die Erstellung eines Events für Seiten-Insights auslöst, das personenbezogene Daten enthält, für deren Verarbeitung du (und/oder jeglicher Dritter, für den du die Seite erstellt oder verwaltest) die Mittel und Zwecke der Verarbeitung gemeinsam mit Facebook Ireland Limited festlegst, erkennst du in deinem eigenen Namen (und als Vertreter für jeden solchen Dritten und in dessen Namen) an und stimmst zu, dass diese Seiten-Insights-Ergänzung bezüglich des Verantwortlichen („Seiten-Insights-Ergänzung“) gilt:

Du und Facebook Ireland Limited [...] („Facebook Ireland“, „wir“ oder „uns“; zusammen die „Parteien“) erkennen an und stimmen zu, gemeinsam Verantwortliche gemäß Artikel 26 DSGVO für die Verarbeitung dieser personenbezogenen Daten in Events für Seiten-Insights („Insights-Daten“) zu sein. Die gemeinsame Verantwortlichkeit umfasst die Erstellung dieser Events und ihre Zusammenführung in Seiten-Insights, die dann den Seitenbetreibern zur Verfügung gestellt werden. Die Parteien stimmen überein, dass Facebook Ireland und ggf. du für jegliche andere Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Zusammenhang mit einer Seite und/oder den mit ihr verbundenen Inhalten, für die keine gemeinsame Entscheidung über die Zwecke und Mittel erfolgt, eigenständige und unabhängige Verantwortliche bleiben.

Die Verarbeitung der Insights-Daten unterliegt den Bestimmungen dieser Seiten-Insights-Ergänzung. Diese gelten für sämtliche Aktivitäten, in deren Verlauf Facebook Ireland, ihre Mitarbeiter oder ihr(e) Auftragsverarbeiter Insights-Daten verarbeiten.

Hinsichtlich der Erfüllung der Verpflichtungen aus der DSGVO durch Facebook Ireland und dich hinsichtlich der Verarbeitung von Insights-Daten wird Folgendes festgelegt:

Facebook Ireland: Facebook Ireland stellt sicher, dass sie eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der Insights-Daten hat, die in der Datenrichtlinie von Facebook Ireland dargelegt ist (siehe unter „Was ist unsere Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Daten?“). Sofern in dieser Seiten-Insights-Ergänzung nichts anderes angegeben wird, übernimmt Facebook Ireland die Erfüllung der Verpflichtungen aus der DSGVO für die Verarbeitung von Insights-



Daten (u. a. Artikel 12 und 13 DSGVO, Artikel 15 bis 21 DSGVO, Artikel 33 und 34 DSGVO). Facebook Ireland trifft im Einklang mit Artikel 32 DSGVO geeignete technische und organisatorische Maßnahmen, um die Sicherheit der Verarbeitung zu gewährleisten. [...] Alle an der Verarbeitung der Insights-Daten beteiligten Mitarbeiter von Facebook Ireland sind durch geeignete Vereinbarungen zur Wahrung der Vertraulichkeit der Insights-Daten verpflichtet.

Seitenbetreiber: Du solltest sicherstellen, dass du auch eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der Insights-Daten hast. Zusätzlich zu den Informationen, die betroffenen Personen von Facebook Ireland über die Informationen zu Seiten-Insights bereitgestellt werden, solltest du deine eigene Rechtsgrundlage angeben, ggf. einschließlich der von dir verfolgten berechtigten Interessen, den/die zuständigen Verantwortlichen auf deiner Seite, einschließlich seiner/ihrer Kontaktdaten, sowie der Kontaktdaten des/der Datenschutzbeauftragten (Artikel 13 Abs. 1 lit. a - d DSGVO), falls einschlägig.

Facebook Ireland stellt den betroffenen Personen das Wesentliche dieser Seiten-Insights-Ergänzung zur Verfügung (Artikel 26 Abs. 2 DSGVO). Dies erfolgt zurzeit über die Informationen zu Seiten-Insights-Daten, auf die von allen Seiten zugegriffen werden kann.

Facebook Ireland entscheidet nach seinem alleinigen Ermessen, wie es seine Pflichten gemäß dieser Seiten-Insights-Ergänzung erfüllt. Du erkennst an und stimmst zu, dass nur Facebook Ireland befugt ist, Entscheidungen hinsichtlich der Verarbeitung von Insights-Daten umzusetzen. [...]

Diese Seiten-Insights-Ergänzung gewährt dir kein Recht, die Offenlegung von im Zusammenhang mit Facebook-Produkten verarbeiteten personenbezogenen Daten von Facebook-Nutzern zu verlangen. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf die Seiten-Insights, die wir dir bereitstellen.

Die Parteien legen die in den Informationen zu Seiten-Insights-Daten bzw. einem diesen nachfolgenden Dokument angegebenen Kontaktmöglichkeiten als Anlaufstelle für betroffene Personen fest.



[...]

Solltest du der aktualisierten Seiten-Insights-Ergänzung nicht zustimmen, beende bitte jegliche Nutzung von Seiten. [...]

Ein Versäumnis unsererseits, irgendeinen Teil dieser Seiten-Insights-Ergänzung durchzusetzen, stellt keinen Rechtsverzicht dar. Jegliche/r von dir beantragte Änderung dieser Nutzungsbedingungen bzw. Verzicht auf diese muss in schriftlicher Form erfolgen und von uns unterzeichnet werden.

Diese Seiten-Insights-Ergänzung gilt nur für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Anwendungsbereich der Verordnung (EU) 2016/679 („DSGVO“). [...]"

Ferner informiert Facebook über Datenverarbeitungen im Zusammenhang mit Facebook-Fanpages insbesondere in den Nutzungsbedingungen auf der Webseite: <https://www.facebook.com/legal/terms>, in der Datenrichtlinie auf der Webseite: <https://www.facebook.com/about/privacy> mit gesonderten Informationen über die Rechtsgrundlagen auf der Webseite: https://www.facebook.com/about/privacy/legal_bases und über Cookies und andere Speichertechnologien auf der Webseite <https://www.facebook.com/policies/cookies>. Hinsichtlich des Inhalts der Dokumente wird in Anbetracht des Umfangs auf die jeweiligen Webseiten verwiesen.

In einem weiteren Rundschreiben vom 21. Juni 2021 wies ich alle Bundesministerien und obersten Bundesbehörden nochmals darauf hin, dass das dem BPA auf Anfrage von Facebook übermittelte, öffentlich bekannte „Addendum“ von Oktober 2019 aus Sicht der DSK weiterhin unzureichend ist und unterstrich, dass Facebook zu keinen Änderungen an seinen Datenverarbeitungen bereit ist. Deshalb hob ich hervor, dass die Ressorts und ihre Geschäftsbereiche ihrer Rechenschaftspflicht gemäß Art. 5 Abs. 2 DSGVO weiterhin nicht



nachkommen können. Insbesondere ist es nicht ausreichend, die Nutzer in Bezug auf Informationen zur Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten im Rahmen einer Facebook-Fanpage pauschal auf Facebook zu verweisen. Deshalb hatte ich nachdrücklich empfohlen, von Bundesbehörden betriebene Facebook-Fanpages bis Ende des Jahres 2021 abzuschalten und darauf hingewiesen, dass ich ab Januar 2022 beabsichtige, von Abhilfemaßnahmen nach Art. 58 DSGVO Gebrauch zu machen.

Am 24. November 2021 fand ein Treffen zwischen Vertretern meiner Behörde, des Bundeskanzleramts, des BPA und von Facebook Germany in Berlin statt. Bei diesem Treffen wurde die Problematik der Nutzung der Facebook-Fanpage durch die Bundesregierung erläutert. Den von Facebook unterbreiteten Vorschlag, dass die Bundesregierung ihre Fanpage in Zukunft ohne die Erhebung von Statistikdaten, d.h. ohne eine Verwendung von „Facebook Insights“ betreiben sollte und dadurch eine gemeinsame Verantwortlichkeit entfielen, habe ich im Anschluss umfassend geprüft. Eine verbindliche Zusage, dass eine Abschaltung der „Facebook Insights“-Funktion für die Facebook-Fanpage das BPA technisch implementiert werden kann oder wird, habe ich bis zum heutigen Tag weder vom BPA noch von Facebook erhalten.

Per Schreiben vom 4. Januar 2022 teilte ich dem BPA und Facebook mit, dass nach meiner Ansicht auch im Falle eines möglichen Abschaltens der Statistikfunktion eine gemeinsame Verantwortlichkeit des BPA und von Facebook vorliegt. Denn eine gemeinsame Verantwortlichkeit besteht zumindest weiterhin für die Datenerhebung durch das Setzen von Cookies. Zur Begründung verwies ich für die Auslegung des Begriffs der gemeinsamen Verantwortlichkeit auf die Rechtsprechung des EuGH und die Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses, wonach es darauf ankommt, ob die Beiträge der Verantwortlichen mitursächlich für die Datenverarbeitung sind.⁶ Weiterhin führte ich an, dass ein Betreiber

⁶ Siehe u.a. EuGH, Urteil vom 29.07.2019, Rs. C-40/1 - „Fashion-ID“, Rn. 68, 77f. und Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses zur Verantwortlichkeit – 7/2020, Rn. 55.



durch Eröffnen einer Fanpage die primäre Ursache setzt, die es Facebook sodann erst ermöglicht, Daten über Besucher der Fanpage zu erheben. Auch wenn Facebook keine Statistiken mehr übermittelt, findet beim Aufrufen der Fanpage eine Erhebung personenbezogener Daten der Fanpage-Besucher und deren Übermittlung an Facebook statt. Bei diesem Prozess entscheiden der Fanpage-Betreiber und Facebook gemeinsam über Mittel und Zwecke der Datenverarbeitung. Hinsichtlich der Mittel genügt es, dass der Betreiber die Fanpage in dem Wissen betreibt, dass sie zum Erheben und Übermitteln personenbezogener Daten an Facebook dient. Damit beeinflusst der Betreiber der Fanpage entscheidend das Erheben und Übermitteln der Daten der Besucher dieser Seite an Facebook, die ohne die Fanpage nicht erfolgen würden.⁷ Hinsichtlich der Zwecke kommt es darauf an, dass beide Seiten von den genannten Verarbeitungsvorgängen profitieren,⁸ was hier der Fall ist: Das BPA erhöht als Betreiber auf diese Weise seine Reichweite, da es sich die Möglichkeiten von Facebook zunutze macht. Facebook wiederum profitiert insoweit, als es mithilfe der über die Fanpage gewonnenen Daten die auf dem Netzwerk bereitgestellte Werbung optimieren kann. Die Zwecke der Betreiber der Fanpage und von Facebook ergänzen sich gegenseitig. Dies ist für die Annahme eines gemeinsamen Zweckes i.S.v. Art. 26 DSGVO ausreichend.⁹ Die (gemeinsame) Verantwortlichkeit nach Art. 4 Nr. 7, Art. 26 DSGVO ist – auch im Lichte dieser EuGH-Entscheidung – weit auszulegen, um einen wirksamen und umfassenden Schutz der Betroffenen zu gewährleisten.¹⁰ Das BPA nahm zu meinem Schreiben vom 4. Januar 2022 bisher keine Stellung.

⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 29.07.2019, Rs. C-40/1 - „Fashion-ID“, Rn. 77f.

⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 29.07.2019, Rs. C-40/1 - „Fashion-ID“, Rn. 80.

⁹ Vgl. EDSA-Leitlinien 7/2020 Rn. 60f.

¹⁰ Vgl. u.a. EuGH, Urteil vom 29.07.2019, Rs. C-40/17 – „Fashion-ID“, Rn. 70 sowie Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses zur Verantwortlichkeit –7/2020, Rn. 14.



Am 23. März 2022 stimmte die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) DSK per Beschluss einem von der Taskforce Fanpages des Arbeitskreises Medien der DSK erstellten Kurzgutachten vom 18. März 2022 zur Frage der datenschutzrechtlichen Konformität des Betriebs von Facebook-Fanpages zu.

II.

Der hiesige Sachverhalt ist nach Maßgabe zweier Regelungsregime zu bewerten. Die DSGVO und das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) enthalten Regelungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten. Der Zugriff auf die Endeinrichtung des Endnutzers durch Speicherung von Informationen in dieser, zum Beispiel durch das Setzen eines Cookies, oder der Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, unterliegt dem Gesetz zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien (TTDSG).

Das TTDSG setzt die Vorgaben der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (ePrivacy-RL) in nationales Recht um. Nach Art. 1 Abs. 2 ePrivacy-RL stellen ihre Bestimmungen eine Detaillierung und Ergänzung der Richtlinie 95/46/EG dar, gem. Art. 94 Abs. 2 DSGVO gelten Verweise auf die aufgehobene Richtlinie 95/46/EG als Verweise auf die DSGVO. Damit haben Vorschriften der ePrivacy-RL, und auch die Vorschriften des TTDSG als Umsetzungsrecht, die Vorgaben der DSGVO spezifizieren, als „lex specialis“ Vorrang vor den allgemeineren Bestimmungen der DSGVO.¹¹ Hinsichtlich der Vorgabe in Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie, umgesetzt in § 25 TTDSG, dass die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf bereits gespeicherte Informationen im Endgerät eines Nutzers grundsätzlich einer Einwilligung bedarf, hat dies

¹¹ Stellungnahme 5/2019 des Europäischen Datenschutzausschusses zum Zusammenspiel zwischen der e-Datenschutz-Richtlinie und der DSGVO, insbesondere in Bezug auf die Zuständigkeiten, Aufgaben und Befugnisse von Datenschutzbehörden, Rn. 38.



zur Folge, dass ein Rückgriff auf eine andere in Art. 6 Abs. 1 DSGVO genannte Ausnahme vom Verarbeitungsverbot nicht zulässig ist. Gleichwohl beschneidet dies nicht die Anwendung anderer Bestimmungen der DSGVO, wie das Erfordernis des Art. 5 Abs. 1 lit. a) DSGVO, wonach personenbezogene Daten auf rechtmäßige Weise und nach Treu und Glauben verarbeitet werden müssen.¹² Gemäß Art. 95 DSGVO erlegt die DSGVO natürlichen oder juristischen Personen in Bezug auf die Verarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Union keine zusätzlichen Pflichten auf, soweit sie besonderen in der Richtlinie 2002/58/EG festgelegten Pflichten unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen. Dies zielt darauf ab, Verantwortliche, die andernfalls einem vergleichbaren, aber nicht völlig gleichen Verwaltungsaufwand ausgesetzt wären, vor unnötigem Verwaltungsaufwand zu bewahren.¹³

Gemäß § 29 Abs. 2 Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) ist der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) die zuständige Aufsichtsbehörde für die Einhaltung des § 25 TTDSG, wenn die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder der Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, durch öffentliche Stellen des Bundes erfolgt.

Gemäß § 9 Abs. 1 BDSG ist der BfDI für die Datenschutzaufsicht über öffentliche Stellen des Bundes zuständig. Dies ist hier über das Setzen und Auslesen der Cookies hinaus auch für die darauf folgende Profilbildung, Auswertung und Nutzung der Fall, soweit das Dashboard von „Facebook-Insights“ nicht deaktiviert wird.

¹² Stellungnahme 5/2019 des Europäischen Datenschutzausschusses zum Zusammenspiel zwischen der e-Datenschutz-Richtlinie und der DSGVO, insbesondere in Bezug auf die Zuständigkeiten, Aufgaben und Befugnisse von Datenschutzbehörden, Rn. 39 f.

¹³ Stellungnahme 5/2019 des Europäischen Datenschutzausschusses zum Zusammenspiel zwischen der e-Datenschutz-Richtlinie und der DSGVO, insbesondere in Bezug auf die Zuständigkeiten, Aufgaben und Befugnisse von Datenschutzbehörden, Rn. 44.



Durch die Nutzung und den Aufruf der Facebook-Fanpage der Bundesregierung werden Cookies in das Endgerät der Nutzer gesetzt und ausgelesen, so dass ein Zugriff auf Informationen in Endeinrichtungen der Facebook-Nutzer in der Verantwortung des BPA als öffentliche Stelle des Bundes erfolgt, welches zusammen mit Facebook gemeinsam Verantwortlicher ist. Zudem ist das Dashboard von „Facebook-Insights“ nicht deaktiviert, kann vom BPA nicht selbstständig deaktiviert werden und es liegt keine verbindliche Zusage zur Deaktivierung oder überhaupt der technischen Umsetzbarkeit der Deaktivierung durch das BPA oder Facebook vor. Damit ist meine Zuständigkeit sowohl nach § 9 Abs. 1 BDSG als auch nach § 29 Abs. 2 TTDSG gegeben.

1.) Nach (§ 29 Abs. 3 TTDSG i.V.m.) Art. 58 Abs. 2 lit. f) DSGVO (in Einklang mit der DSGVO bzw. mit dem TTDSG) bin ich befugt, eine vorübergehende oder endgültige Beschränkung der Verarbeitung, einschließlich eines Verbots zu verhängen, wenn Verarbeitungsvorgänge nicht im Einklang mit der DSGVO stehen.

Diese Voraussetzungen sind nach den bisherigen Sachverhaltsermittlungen hier erfüllt:

a) Verantwortlicher ist gemäß Art. 4 Nr. 7 DSGVO die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Eine gemeinsame Verantwortlichkeit liegt nach Art. 4 Nr. 7, Art. 26 Abs. 1 DSGVO dann vor, wenn zwei oder mehr Verantwortliche gemeinsam die Zwecke und Mittel der Verarbeitung festlegen.

aa) Diese Voraussetzungen sind vorliegend für das BPA bei dem Betrieb einer Fanpage mit Statistikfunktion (sog. „Insights“) erfüllt. Wie der Europäische Gerichtshof (EuGH) in sei-



nem Urteil vom 5. Juni 2018 in der Rechtssache C-210/16 („Wirtschaftsakademie“) herausgearbeitet hat, ist entscheidend, ob die Beiträge der Verantwortlichen mitursächlich für die Datenverarbeitung sind und ob beide Verantwortliche von der Datenverarbeitung profitieren.¹⁴ Durch Eröffnung der Fanpage setzt das BPA als Fanpage-Betreiber die primäre Ursache, die es Facebook sodann ermöglicht, Daten über die Besucher, d.h. Nutzer und Nicht-Nutzer des Netzwerks, zu erheben. Die DSGVO hat nach Sinn und Zweck einen weiten Anwendungsbereich, der einen umfassenden Schutz der betroffenen Personen bezweckt. Davon geht auch der EuGH aus.¹⁵ Vor dem Hintergrund dieses umfassenden Schutzes der betroffenen Personen ist der Begriff der gemeinsamen Verantwortlichkeit möglichst weit auszulegen, um einen wirksamen und umfassenden Schutz der Betroffenen zu gewährleisten.¹⁶

Weiterhin stellt die Verantwortlichkeit ein funktionales Konzept dar und ein tatsächlicher Zugriff des Verantwortlichen auf die personenbezogenen Daten ist nicht erforderlich.¹⁷ Auch für den EuGH ist entscheidend, ob der Betreiber einer Fanpage einen Beitrag zu einer Entscheidung über die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung leistet.¹⁸ Der EuGH bejaht eine gemeinsame Verantwortlichkeit vor dem Hintergrund, dass die Datenverarbeitungen es Facebook unter anderem ermöglichen sollen „sein System der Werbung, die es über sein Netzwerk verbreitet, zu verbessern“ und dem Fanpage-Betreiber ermöglichen sollen, „zum Zweck der Steuerung der Vermarktung seiner Tätigkeit Statistiken, die Facebook aufgrund der Besuche dieser Seite erstellt, zu erhalten“¹⁹ sowie vor dem Hintergrund, dass der

¹⁴ EuGH, Urteil vom 29.07.2019, Rs. C-40/1 -, „Fashion-ID“, Rn. 77ff.

¹⁵ EuGH, Urteil vom 5. Juni 2018, Rs. C-210/16 – „Wirtschaftsakademie“, Rn. 28 sowie EuGH, Urteil vom 29.07.2019, Rs. C-40/17 – „Fashion-ID“, Rn.65f.

¹⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019, Rs. C-40/17 (Fashion ID), Rn. 70.

¹⁷ Vgl. u. a. EuGH, Urteil vom 10. Juli 2018, Rs. C-25/17 (Tietosuojavaltutettu), Rn. 69.

¹⁸ EuGH, Urteil vom 5. Juni 2018, Rs. C-210/16 – „Wirtschaftsakademie“, Rn. 29ff.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 5. Juni 2018, Rs. C-210/16 – „Wirtschaftsakademie“, Rn. 34.



Fanpage-Betreiber es Facebook ermöglicht, „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.“²⁰

bb) Darüber hinaus besteht eine gemeinsame Verantwortlichkeit für den Fall, dass die Statistiken für einen Fanpage-Betreiber abgeschaltet werden, jedoch weiterhin hinsichtlich der Datenerhebung durch das Setzen von Cookies und ähnlichen Technologien und die Übermittlung der so gewonnenen personenbezogenen Daten an Facebook.

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 29. Juli 2019 in der Rechtssache C-40/17 („Fashion-ID“) festgestellt, dass ein Webseitenbetreiber mit Facebook gemeinsam Verantwortlicher ist für die Erhebung personenbezogener Daten beim Nutzer und die Übermittlung dieser Daten an Facebook, wenn der Webseitenbetreiber entscheidend das Erheben und Übermitteln der Daten der Besucher der Webseite beeinflusst und beide Seiten von den vorgenannten Verarbeitungsvorgängen profitieren.²¹

Diese Feststellungen lassen sich auf das BPA als Betreiber einer Fanpage übertragen.

Denn eine Datenverarbeitung durch das BPA, bei der Cookies auf den Endgeräten der Besucher der Facebook-Fanpage platziert werden, die die Speicherung von Informationen in den Web-Browsern bezwecken und für die Dauer von zwei Jahren wirksam bleiben, sofern sie nicht gelöscht werden, erfolgt auch ohne die Nutzung einer Statistikfunktion. Durch Eröffnen der Fanpage setzt der Betreiber die primäre Ursache, die es Facebook sodann ermöglicht, Daten über die Besucher zu erheben. Auch wenn Facebook keine Statistiken mehr an den Fanpage-Betreiber übermitteln sollte, findet beim Aufrufen der Fanpage eine Erhebung personenbezogener Daten und deren Übermittlung an Facebook statt. Bei diesem Prozess entscheiden der Betreiber und Facebook gemeinsam über Mittel und Zwecke

²⁰ EuGH, Urteil vom 5. Juni 2018, Rs. C-210/16 – „Wirtschaftsakademie“, Rn. 35.

²¹ EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019, Rs. C-40/17 – „Fashion-ID“, Rn. 77ff.



der Datenverarbeitung, da der Fanpage-Betreiber die Nutzungsbedingungen von Facebook zu diesem Prozess akzeptiert hat. Weiterhin entbindet die Nutzung einer Plattform und der damit verbundenen Dienstleistungen nicht von der datenschutzrechtlichen Verantwortung.²² Dies wird dadurch unterstrichen, dass insbesondere bei Nutzern, die kein Facebook-Konto haben, der EuGH darauf abstellt, dass allein der Aufruf der Fanpage zu einer Datenverarbeitung führt.²³ Beides ist bei einem Weiterbetreiben der Fanpage durch das BPA der Fall, da sowohl bei Facebook registrierte Nutzer als auch nicht registrierte Nutzer auf die Fanpage zugreifen können. Insbesondere erhöht das BPA mit seiner Fanpage deutlich die Reichweite gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern und hat insofern ein Eigeninteresse an einer größeren Sichtbarkeit. Dadurch, dass gemeinsam Verantwortliche nicht identische Zwecke verfolgen müssen,²⁴ ist ein Interesse an einer weiteren Reichweite durch das BPA insofern ausreichend. Weiterhin ermöglicht eine gemeinsame Verarbeitung auch eine phasenweise Betrachtung von Datenverarbeitungsprozessen.²⁵ Nach alledem hat das BPA zumindest für die Setzung von Cookies und die damit verbundene Datenerhebung eine gemeinsame Verantwortlichkeit mit Facebook inne.

cc) Als gemeinsam Verantwortlicher ist das BPA nach Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO verpflichtet, eine Vereinbarung mit Facebook abzuschließen, die in transparenter Form festlegt, wer von den beiden Verantwortlichen welche Verpflichtungen gemäß der DSGVO erfüllt, insbesondere, was die Wahrnehmung der Rechte der betroffenen Person angeht und wer welchen Informationspflichten nach Art. 13 und 14 DSGVO nachkommt. Zwar habe ich vom BPA am 4. November 2019 eine mit Facebook geschlossene Vereinbarung über eine gemeinsame Verantwortlichkeit erhalten. Diese entsprach jedoch lediglich der allgemein von

²² EuGH, Urteil vom 5. Juni 2018, Rs. C-210/16 – „Wirtschaftsakademie“, Rn. 40.

²³ 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.

²⁴ Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 07/2020, Rn. 60ff.

²⁵ EuGH, Rs. C-40/17 (Fashion-ID), Rn. 70 und 74.



Facebook zur Verfügung gestellten „Seiten-Insights-Ergänzung bezüglich des Verantwortlichen“ (sog. Addendum), die in dieser Form auch weiterhin auf der Webseite von Facebook verfügbar ist.²⁶ Wie in meinem Rundschreiben vom 20. Mai 2019 bereits ausgeführt, kommt dieses Addendum den datenschutzrechtlichen Anforderungen des Art. 26 DSGVO nicht hinreichend nach, insbesondere da es Fanpage-Betreiber nicht in die Lage versetzt, ihren Informations- und Nachweispflichten nachkommen zu können. Denn gemäß Addendum soll Facebook die alleinige Entscheidungsmacht hinsichtlich der Verarbeitung von Insights-Daten eingeräumt werden. Außerdem soll Facebook die Beantwortung sämtlicher Betroffenenrechte übernehmen. Weiterhin stellen die von Facebook veröffentlichten Informationen die Verarbeitungstätigkeiten, die im Zusammenhang mit Fanpages und insbesondere Seiten-Insights durchgeführt werden, nicht hinreichend transparent und konkret dar. Dies ergibt sich bereits daraus, dass zu Beginn der Seiten-Insights-Ergänzung lediglich angeführt wird, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten nur „möglicherweise“ der Seiten-Insights-Ergänzung bezüglich des Verantwortlichen unterliegt. Weiterhin wird für die jeweilige Rechtsgrundlage der Verarbeitung nur pauschal auf die Datenrichtlinie von Facebook Ireland verwiesen. Daraus geht für einen objektiven Empfänger jedoch nicht klar, transparent und konkret genug hervor, welche Datenverarbeitungen aufgrund welcher Rechtsgrundlage stattfinden. Vielmehr müssten konkrete Rechtsgrundlagen für die gemeinsam erfolgende Verarbeitung bereits in dem Addendum angegeben werden und für jede Rechtsgrundlage der dadurch verfolgte Verarbeitungszweck konkret erläutert werden. Außerdem ist ein bloßer Verweis an den Fanpage-Betreiber, eigenständig für die Sicherstellung einer Rechtsgrundlage zu sorgen, nicht ausreichend. Denn gemeinsam Verantwortliche müssen auch gemeinsam eine wirksame Rechtsgrundlage – zumindest für den gemeinsam erfolgenden Teil der Verarbeitung – vorweisen können. Diese Rechtsgrundlage sollte dann ebenfalls in dem Addendum angeführt werden. Die in dem Addendum zur Verfügung gestellten Informationen sind deshalb nicht ausreichend, um den

²⁶ Vgl. https://www.facebook.com/legal/terms/page_controller_addendum - zuletzt aufgerufen am 4. Mai 2022.



Fanpage-Betreibern die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung der personenbezogenen Daten der Besucherinnen und Besucher ihrer Fanpage zu ermöglichen. In der Folge ist ein Verstoß gegen Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO gegeben.

b) Die Taskforce Facebook-Fanpages hat sich in ihrem Kurzgutachten unter anderem intensiv mit der Frage befasst, ob der Betrieb von Facebook-Fanpages mit den Vorgaben des TTDSG vereinbar ist. Die nachfolgenden Ausführungen, die ich teile, sind diesem Kurzgutachten entnommen, soweit der darin zu Grunde gelegte Sachverhalt und die darin getätigten Aussagen weiterhin Bestand haben:

Für die bei Besuch einer Fanpage ausgelöste Speicherung von Informationen in den Endeinrichtungen der Endnutzer und den Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, ist keine wirksame Rechtsgrundlage gegeben.

aa) Für die bei dem Besuch einer Fanpage gesetzten Cookies ist das TTDSG gem. § 1 Abs. 1 Nr. 7 TTDSG anwendbar. Beim c_user-Cookie, dat_r-Cookie und fr-Cookie handelt es sich um Informationen, die mittels Zugriff auf die Endeinrichtungen der Nutzer gespeichert werden und auf die nachfolgend zugegriffen wird.

bb) Die Verpflichtungen aus § 25 TTDSG treffen das BPA als Betreiber einer Facebook-Fanpage. Bei Betreibern von Facebook-Fanpages handelt es sich um Anbieter von Telemedien im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG. Denn das BPA vermittelt als juristische Person mit seiner Fanpage den Zugang zur Nutzung von fremden Telemedien. Damit trifft es – neben anderen Verpflichtungen für Anbieter von Telemediendiensten, wie beispielsweise die Pflicht gemäß § 5 TMG ein Impressum zu führen – auch die Verpflichtung, den durch den Besuch des Telemediendienstes Fanpage bedingten Zugriff auf Informationen, die bereits in der



Endeinrichtungen gespeichert sind, und die Speicherung von Informationen in den Endeinrichtungen der Nutzer nur dann vorzunehmen, wenn die Voraussetzungen des § 25 TTDSG erfüllt sind.

cc) Nach § 25 Abs. 1 TTDSG ist die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung der Endnutzer oder der Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, nur zulässig, wenn die Endnutzer 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 unterschiedlich viele Cookies gespeichert und ausgelesen, je nachdem, ob die Nutzer in diesem Zeitpunkt als Mitglied des Netzwerks eingeloggt sind oder nicht. Der Unterschied besteht im Wesentlichen darin, dass bei eingeloggten Nutzer der c_user-Cookie eingesetzt wird und bei Nicht-Mitgliedern des Netzwerkes der datr-Cookie. Der fr-Cookie wird ausschließlich der Cookie-Richtlinie von Facebook verwendet, um Werbeanzeigen auszuliefern sowie ihre Relevanz zu messen und zu verbessern. Er hat eine Speicherzeit von 90 Tagen.

dd) Von dem Grundsatz der Einwilligungsbedürftigkeit sind in § 25 Abs. 2 TTDSG zwei Ausnahmen vorgesehen. Diese greifen für die Cookies „c_user“, „datr“ und „fr“ nicht, womit es bei dem Grundsatz verbleibt, dass es für das Speichern und Auslesen der Cookies beim Besuch einer Fanpage einer Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG bedarf.

Im Einzelnen:

Die erste Ausnahme richtet sich an Anbieter von Telekommunikationsdiensten i. S. v. § 3 Nr. 1 TKG. Diese kommt vorliegend nicht in Betracht. Die zweite Ausnahme adressiert im Unterschied dazu die Anbieter von Telemediendiensten gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG. Eine



Ausnahme nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG greift hier jedoch aus folgenden Gründen jedoch nicht.

§ 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG fordert ausnahmsweise 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 ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen können.

Die Erstellung von Insights ist kein von den Nutzern ausdrücklich gewünschter Telemediendienst. Der von Nutzern ausdrücklich gewünschte Telemediendienst ist vorliegend eine jeweils bestimmten Betreibern zugeordnete Unterseite in einem sozialen Netzwerk, über die von den Betreibern veröffentlichte Inhalte wahrgenommen werden können und Nutzern gegebenenfalls eine diesbezügliche Interaktion mit den Inhalten über das Netzwerk ermöglicht wird. Letzteres kann nur in vollem Umfang wahrgenommen werden, sofern die jeweiligen Nutzer auch bei Facebook registriert sind.

Die Messung und Analyse der Nutzungsdaten im Rahmen der Erstellung von Insights sind nicht dem ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zuzurechnen. Die Insights sind ein für die Betreiber von Fanpages bereitgestelltes, entgeltfreies Tool der Reichweitenmessung. Eine Nutzerorientierung in dem Sinne, dass die Funktionalität einen unmittelbaren Zusatznutzen für die Nutzer von Fanpages bringt, und daher dem ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zugerechnet werden müsste, ist nicht zu erkennen.

Sowohl für den c-user- als auch für den datr-Cookie lassen sich zwar in anderen Zusammenhängen Anwendungsfälle finden, die zu einer Ausnahme nach § 25 Abs. 2 TTDSG führen könnten. Sofern der c-user-Cookie für die Bereitstellung des Telemediendienstes „soziales, interaktives Netzwerk“ erforderlich ist, greift im Verhältnis Facebook zu Nutzern die



Ausnahme aus Art. 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG. Insoweit ist der Cookie Voraussetzung, um die Verarbeitung personenbezogener Daten auf Grundlage von Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO durchzuführen.

Nach den Angaben von Facebook dient der c-user-Cookie neben dem Zweck der Authentifizierung registrierter Nutzer den weiteren, abstrakt formulierten Zwecken, dass der Zugriff auf Meta-Produkte erleichtert und passende Nutzererlebnisse sowie geeignete Funktionen bereitgestellt werden können. Hierzu hat das OVG Schleswig-Holstein im Wesentlichen festgestellt:

„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.“²⁷ Ferner hat das OVG festgestellt: „Die Erstellung dieser Statistiken 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.“²⁸

²⁷ OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 25. November 2021 – 4 LB 20/13 - juris, Rn. 95.

²⁸ OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 25. November 2021 – 4 LB 20/13 - juris, Rn. 96 ff.



Nach den Feststellungen des Gerichts wird der c-user-Cookie somit zur Erstellung von Nutzerprofilen, Seitenstatistiken über die Nutzung von Fanpages und zu Werbezwecken genutzt. Die vorgenannten Zwecke können nicht als Funktionen eingestuft werden, die von Nutzern ausdrücklich gewünscht oder dem Basisdienst zuzurechnen sind.

Zum datr-Cookie führt das OVG Schleswig-Holstein 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.“²⁹

Die Cookie-Richtlinie von Facebook ist bzgl. des datr-Cookies unergiebig. Facebook hat in der Vergangenheit vorgetragen, dass das „datr“-Cookie helfen könnte, falsche Profile herauszufiltern und Cyber-Attacks 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.³⁰

Dem entgegenstehend entspricht die Spezifizierung des Cookies einem typischen Cookie, wie er für Profilbildung genutzt wird, welcher die langfristige und zielgerichtete Nachverfolgung des Verhaltens einzelner Nutzer zum Ziele hat.

Falls das datr-Cookie tatsächlich ausschließlich zur Gewährleistung der Sicherheit des sozialen Netzwerks eingesetzt würde, greift diesbezüglich die Ausnahme nach § 25 Abs. 2 Nr.

²⁹ OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 25. November 2021 – 4 LB 20/13 - juris, Rn. 160.

³⁰ ZD-Aktuell 2015, 04886, s. a. späteres Urteil des EuGH vom 15. Juni 2021, Rechtssache C-645/19, Facebook Ireland u.a.



2 TTDSG allerdings nur dann, wenn die damit zusammenhängenden Prozesse hierfür erforderlich sind.

Bei der Bewertung der unbedingten Erforderlichkeit ist insbesondere 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 ist das datr-Cookie in der konkreten technischen Ausgestaltung selbst für den Zweck der Betrugsprävention als nicht erforderlich anzusehen.

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. 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 fallen. Die Ausspielung von Werbung ist nicht technisch erforderlich, um den von den Nutzern gewünschten Dienst – die Anzeige der Webseite www.facebook.com – erbringen zu können.

ee) Die Anforderungen an eine Einwilligung sind nicht erfüllt und es wird keine wirksame Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG über das Einwilligungsbanner eingeholt.

Dem auf der Webseite von Facebook angezeigten Einwilligungsbanner kann nicht eindeutig entnommen werden, dass eine Einwilligung gemäß § 25 TTDSG eingeholt werden soll. In der Cookie-Richtlinie von Facebook, die im Einwilligungsbanner verlinkt ist, findet sich



zwar ebenfalls kein ausdrücklicher Hinweis auf § 25 TTDSG. Es findet sich allerdings der folgende Hinweis:

„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.“

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 unklar, ob von ihnen eine Einwilligung gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG und/oder eine Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DS-GVO abgefragt wird.

§ 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. 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 DS-GVO.

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; Einwilligungen für Datenverarbeitungen 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 DS-GVO 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; an wie viele Verantwortliche die Daten offengelegt werden. Aus Art. 7 Abs. 3 S. 3 DS-GVO 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 oben eingefügten Screenshots (Bild 1 ohne Scrollen und Bild 2 nach Scrollen) zu entnehmenden Informationen an die Nutzer gegeben. Es werden zwar drei Zwecke genannt. Bei diesen ist aber ein ausreichender Konkretisierungsgrad nicht gegeben. 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 Facebook-Produkte und mittels anderer Unternehmen informiert, es fehlt allerdings die Information, für wie viele Facebook-Produkte und von wie vielen anderen Unternehmen die Cookies verwendet werden. Hinzu kommt, dass der Satz „Dort 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 DS-GVO zu werten ist.



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 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.

c) Das vorgenannte Kurzgutachten der Taskforce Fanpages hat weiterhin folgende Aussagen über die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung durch den Betreiber einer Facebook-Fanpage getroffen, die auch in Bezug auf das BPA gelten. Die nachfolgenden Ausführungen, die ich teile, sind diesem Kurzgutachten entnommen, soweit der darin zu Grunde gelegte Sachverhalt und die darin getätigten Aussagen weiterhin Bestand haben:

Für den Betrieb einer Fanpage durch eine öffentliche Stelle im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit kommen weder Art. 6 Abs. 1 lit. a noch lit. f) DSGVO in Betracht. Sofern eine Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO in Betracht gezogen wird, gelten die obigen Ausführungen unter Abschnitt II. 1. b) ee) entsprechend. Seitenbetreibern sind – nach wie vor – auf Grundlage der ihnen verfügbaren Informationen nicht in der Lage, die notwendigerweise vorzunehmende Prüfung der Rechtskonformität vor Aufnahme einer verantwortlichen Verarbeitung durchzuführen. Dies gilt z. B. auch für eine Interessenabwägung im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO.



Die vorrangig für öffentliche Stellen zu prüfende Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 lit. e) DSGVO (i. V. m. der jeweils einschlägigen bundesrechtlichen Vorschrift), 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 Verantwortung 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.

d) Gemäß Art. 5 Abs. 2 DSGVO ist der (gemeinsam) Verantwortliche für die Einhaltung des Art. 5 Abs. 1 DSGVO verantwortlich und muss dessen Einhaltung nachweisen können („Rechenschaftspflicht“). Dies bedeutet, dass ein Verantwortlicher sowohl Kenntnis von allen Datenverarbeitungen haben muss als auch die Rechtmäßigkeit der jeweiligen Verarbeitungen in Bezug auf Rechtsgrundlage und die Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Sinne des Art. 5 Abs. 1 DSGVO prüfen und diese jeweils nachweisen können muss. Der Verantwortliche muss damit nicht nur seine Pflichten aus der DSGVO erfüllen, sondern ist auch in der Pflicht, über die Einhaltung dieser Pflichten Rechenschaft abzulegen. Die Rechenschaftspflicht des Art. 5 Abs. 2 DSGVO bezieht sich auf den Nachweis des Vorliegens sämtlicher Grundsätze des Datenschutzes nach Art. 5 Abs. 1 DSGVO. Das BPA ist jedoch nicht in der Lage, seine gesetzliche Rechenschaftspflicht zu erfüllen und verstößt mit der dennoch betriebenen Fanpage gegen Art. 5 Abs. 2 DSGVO.

Im Einzelnen:

aa) Insbesondere hat das BPA keine Rechenschaft über die Rechtmäßigkeit nach Art. 5 Abs. 1 lit. a) DSGVO vorgelegt und kann seiner gesetzlichen Rechenschaftspflicht beim Betrieb der Fanpage nicht erfüllen.



Nach Art. 5 Abs. 1 lit. a) DSGVO müssen personenbezogene Daten auf rechtmäßige Weise, nach Treu und Glauben und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden („Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz“). Aus Erwägungsgrund 40 der DSGVO ergibt sich, dass für eine rechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen zulässigen Rechtsgrundlage verarbeitet werden müssen. Diesbezüglich bestehen Zweifel, dass eine Einwilligung der betroffenen Personen oder eine sonstige Rechtsgrundlage die Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit dem Betrieb der Facebook-Fanpage rechtfertigt. Es ist für das BPA nicht vollumfänglich klar, in welchem Umfang Daten von Facebook verarbeitet werden, zu welchen Zwecken diese weitergegeben werden und an welche Empfänger diese übermittelt werden. Dem BPA fehlen insbesondere Informationen zu den genauen Rechtsgrundlagen sowie den konkreten Zwecken der jeweiligen Verarbeitungsvorgänge. Außerdem ist anhand der nicht ausreichenden Informationen die notwendige Transparenz gegenüber den Nutzern nicht gegeben.

Das BPA hat mir bis heute keine hinreichenden Nachweise erbracht, die die Einhaltung der Grundsätze des Art. 5 Abs. 1 DSGVO im Rahmen der ihm obliegenden Rechenschaftspflicht als gemeinsam Verantwortlicher nachweisen würden. Dies ist dem BPA auch gar nicht möglich, da sie nicht genügend Informationen seitens Facebook vorliegen haben, aufgrund welcher Rechtsgrundlage und zu welchen konkreten Zwecken die Datenverarbeitungen stattfinden.

Ein entsprechender Nachweis ist zusätzlich auch deshalb nicht möglich, da keine Rechtsgrundlage gegeben ist.

Denn die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder der Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, nach § 25



Abs. 1 TTDSG ist nur zulässig, wenn der Endnutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen eingewilligt hat, wobei die Information des Endnutzers und die Einwilligung gemäß der DSGVO zu erfolgen haben. Eine Ausnahme gilt nach § 25 Abs. 2 Ziffer 2 TTDSG für Fälle, in denen die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung oder der Zugriff auf in der Endeinrichtung gespeicherte Informationen unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Telemediendienstes einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen kann. Es liegen jedoch keine wirksame Einwilligungen für die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung der Endnutzer oder der Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert werden, von den Besuchern der Facebook-Fanpage des BPA vor. Zudem ist die vorgenommene Speicherung oder Zugriff nicht unbedingt erforderlich, um den vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung zu stellen.

bb) Gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. b) Hs. 1 DSGVO müssen personenbezogene Daten für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden und dürfen nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden („Zweckbindung“). Die Bundesverwaltung darf zwar Öffentlichkeitsarbeit betreiben und hierbei auch Daten verarbeiten. Diese Verarbeitung ist jedoch begrenzt auf diesen Zweck der Öffentlichkeitsarbeit. Sofern aus der Fanpage erhobene Daten auch für andere Zwecke von Facebook verarbeitet werden – wie Profilbildung und zielgerichtete Werbung – sind diese anderen Zwecke nicht mehr von der Rechtsgrundlage der ursprünglichen Verarbeitung gedeckt, so dass mir das BPA vorliegend auch die Einhaltung des Grundsatzes der Zweckbindung nicht wirksam nachweisen konnte.

cc) Nach Art. 5 Abs. 1 lit. c) DSGVO müssen personenbezogene Daten dem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein („Datenminimierung“). Der Grundsatz der Datenminimierung ist bezogen auf das Ausmaß der Daten, d.h. Daten dürfen nur insoweit verarbeitet werden, als sie als Mittel



zur Erreichung des Zwecks erforderlich sind.³¹ Das Gebot der Datenminimierung verlangt weiterhin nicht nur eine Verringerung der Anzahl der verarbeiteten Daten, sondern auch, die Anzahl der Nutzungen von Daten reduziert vorzunehmen, d.h. mehrfache Auswertungen von Daten, die weitgehend die gleichen Informationen enthalten, sind rechtswidrig.³² Indem durch die auf der Facebook-Fanpage gesetzten Cookies Daten von Nutzern und von Nicht-Nutzern von Facebook erhoben werden, die über das für die reine Information der Besucher der Fanpage erforderliche Maß hinausgehen, kann das BPA den Nachweis der Einhaltung des Grundsatzes der Datenminimierung nicht führen. Weiterhin ist die Statistikfunktion „Facebook Insights“ beim Eröffnen und Betreiben einer Fanpage voreingestellt. Aufgrund der dadurch erfolgenden, übermäßigen Verarbeitung von Daten von Nutzern und Nicht-Nutzern ist das BPA auf Grundlage seiner bisherigen Informationslage von Facebook auch nicht in der Lage nachzuweisen, dass es durch diese umfangreiche Verarbeitung den Grundsatz des Datenschutzes durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen nach Art. 25 Abs. 1 DSGVO einhalten kann.

dd) Gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. e) Hs. 1 DSGVO müssen personenbezogene Daten in einer Form gespeichert werden, die die Identifizierung der betroffenen Personen nur so lange ermöglicht, wie es für die Zwecke, für die sie verarbeitet werden, erforderlich ist („Speicherbegrenzung“). Indem die konkrete Speicherdauer der auf der Facebook-Fanpage erhobenen Daten aus Sicht des objektiven Empfängerhorizonts auf Grundlage der bisherigen Datenschutzinformationen nicht hinreichend und unzweideutig klar definiert ist und zum Teil eine dauerhafte Speicherung der Daten durch Facebook, teilweise auch nach Antrag auf

³¹ *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Art. 5 DSGVO, Rn. 116.

³² *Pötters*, in: Gola, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 5, Rn. 22.



Löschung durch Betroffene erfolgt,³³ hat mir das, BPA die Einhaltung des Grundsatzes der Speicherbegrenzung vorliegend nicht hinreichend nachgewiesen.

Weiterhin kann das BPA nicht nachweisen, wie Daten durch Facebook nach Setzen der Cookies weiterverarbeitet werden. Folglich kann es die Besucher seiner Fanpage nicht transparent gemäß Art. 13 Abs. 1 DSGVO informieren. So kennt das BPA beispielsweise nicht alle Zwecke der Verarbeitung im Sinne des Art. 13 Abs. 1 lit. c) DSGVO und kennt auch nicht aller Empfänger gemäß Art. 13 Abs. 1 lit. e) DSGVO. Denn die von Facebook im Adde-nedum und auf seiner Webseite gemachten Angaben zu Verarbeitungszwecken in Verbindung mit der jeweils einschlägigen Rechtsgrundlage sind nicht hinreichend konkret. Denn für Fanpage-Betreiber und Nutzer ist nicht erkennbar, welche ihrer Daten aufgrund welcher Rechtsgrundlage und zu welchen konkreten Zwecke verarbeitet werden. Jedoch müssten insbesondere nicht registrierte Nutzer besonders transparent über die (weitere) Datenverarbeitung informiert werden, da ihre vernünftigen Erwartungen nicht mit einer derartig umfangreichen Verarbeitung rechnen müssen, wie sie durch Facebook erfolgt. Die insofern bestehende besondere Schutzbedürftigkeit der nicht registrierten Nutzer kann folglich vom BPA nicht garantiert werden.

2.) Nach § 29 Abs. 3 TTDSG i.V.m. Art. 58 Abs. 2 lit. b) DSGVO bin ich befugt, einen Verantwortlichen oder einen Auftragsverarbeiter zu verwarnen, wenn er mit Verarbeitungsvorgängen gegen die DSGVO verstoßen hat.

Wie unter 1.) dargelegt, hat das BPA die Fanpage der Bundesregierung im Zeitraum vom mindestens 25. Mai 2018 bis zum heutigen Tag betrieben, ohne seine Nutzer über die we-

³³ Siehe Bericht der norwegischen Aufsichtsbehörde: *Datatilsynet*, „Risk assessment: Should the Norwegian Data Protection Authority Create a Page on Facebook?“, S. 9 und 12, abrufbar unter: https://www.datatilsynet.no/contentassets/8561465062b04a6b904c8c3573a24687/report-en_should-the-norwegian-dpa-create-a-page-on-facebook.pdf - zuletzt aufgerufen am 16. Februar 2022.



sentlichen Verarbeitungsvorgänge informieren zu können und ohne seiner Rechenschaftspflicht im Sinne des Art. 5 Abs. 2 DSGVO vollständig nachkommen zu können. Zudem besteht bis heute keine Vereinbarung zwischen Facebook und dem BPA, die den Anforderungen des Art. 26 DSGVO gerecht würde. Hierbei war dem BPA spätestens seit dem Urteil des EuGH vom 5. Juni 2018 in der Rechtssache „Wirtschaftsakademie“ sowie des DSK-Beschlusses vom 5. September 2018 eindeutig klar, dass es als Fanpage-Betreiber eine gemeinsame Verantwortlichkeit mit Facebook innehat. Ebenfalls wies ich das BPA durch meine Rundschreiben vom 20. Mai 2019 und vom 21. Juni 2021 nochmals ausdrücklich darauf hin, dass eine datenschutzkonforme Nutzung einer Facebook-Fanpage nicht möglich ist. Vor diesem Hintergrund kann ab diesen Zeitpunkte sogar von Vorsatz ausgegangen werden.

Indem das BPA die Facebook-Fanpage der Bundesregierung trotz all der genannten Informationen weiterhin betrieben hat, hat es zumindest fahrlässig, d.h. ohne die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, und damit schuldhaft gegen seine Rechenschaftspflicht aus Art. 5 Abs. 2 DSGVO verstoßen.

III.

Ich treffe meine Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen gemäß § 40 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

Die beabsichtigte Maßnahme dient dem legitimen Zweck der Herstellung eines datenschutzkonformen Zustandes. Sie ist für diesen Zweck geeignet und es drängt sich kein milderes Mittel auf, mit dem dieser ebenso wirksam erreicht werden könnte. Zudem ist nicht ersichtlich, dass zwischen diesem Ziel, dem Mittel und den möglichen Folgen ein offensichtliches Missverhältnis bestünde.



Insbesondere ist eine Anweisung nach Art. 58 Abs. 2 lit. d) DSGVO, Verarbeitungsvorgänge auf bestimmte Weise innerhalb eines bestimmten Zeitraums in Einklang mit der DSGVO zu bringen, vorliegend mehr nicht zielführend und damit nicht gleich geeignet. Denn aufgrund des nur begrenzten Einflusses des BPA auf die durch Facebook erfolgende, umfassende Datenverarbeitung ist keine Veränderung der Verarbeitungstätigkeit ersichtlich, die einen datenschutzkonformen Betrieb einer Fanpage ermöglichen würde. Gespräche mit Facebook haben insoweit zu keiner wesentlichen Änderung geführt. Versuche des BPA auf Facebook einzuwirken, um einen datenschutzkonformen Zustand herzustellen, sind gescheitert. Dem BPA wurde nur das allgemein schon bekannte Addendum zur Verfügung

gestellt, das nicht ausreichend ist, um den Anforderungen an eine Vereinbarung zur gemeinsamen Verantwortlichkeit und der Rechenschaftspflicht zu genügen. Da das BPA mit seinen Bemühungen gescheitert ist, wäre eine Anordnung zur Beseitigung gegenüber BPA nicht zielführend, um die Mängel zu beseitigen. Vielmehr liegt es vor dem Hintergrund des Scheiterns des Einwirkens des BPA auf Facebook nahe, dass es dem BPA nunmehr unmöglich ist einen datenschutzkonformen Zustand überhaupt noch herzustellen. Die Rechtsverletzungen gegenüber den Nutzenden durch das BPA können daher nur noch durch eine Einstellung des Betriebs der Fanpage abgestellt werden.

Dem steht auch nicht entgegen, dass das BPA eine Informationspflicht gegenüber der Öffentlichkeit hat. Denn auch diese darf durch das BPA nur auf rechtmäßige Weise auf rechtskonformen Plattformen betrieben werden und muss sich an Recht und Gesetz halten. Facebook ist dabei nur ein Kanal von vielen. Durch das bloße Einstellen der Fanpage wird das verfassungsrechtlich gebotene Informationsniveau nicht unterschritten, weil noch genügend weitere - rechtmäßige - Informationsmedien zur Verfügung stehen, unter anderem die eigene Homepage, Mastodon u.v.m.



Nicht zuletzt hat das BPA als öffentliche Stelle des Bundes eine Vorbildfunktion inne. Das bedeutet, dass sie bei ihrem Handeln an Recht und Gesetz gebunden ist und deshalb besonders auf die Rechtmäßigkeit seiner Datenverarbeitungen achten muss. Wenn eine öffentliche Stelle sichtbar eine rechtswidrige Datenverarbeitung vornimmt, droht aufgrund der Vorbildfunktion der öffentlichen Stelle diese rechtswidrige Verarbeitung legitimiert zu werden.

Als Datenschutzaufsichtsbehörde kann ich auch direkt zur Abhilfemaßnahme der Untersagung greifen, um eine Datenverarbeitung sofort abzustellen. Da es dem BPA nicht möglich

ist, einen datenschutzkonformen Zustand herzustellen, ist die Untersagung die einzige Möglichkeit, um rechtswidrige Eingriffe in die Rechte der Betroffenen zu unterbinden. Facebook hat zwar die Deaktivierung der Statistik angeboten, aber eine verbindliche Zusage zur tatsächlichen Deaktivierung oder überhaupt deren technische Machbarkeit wurde mir bis heute weder von Facebook noch dem BPA vorgelegt. Zudem würde die Deaktivierung des Dashboards allein die rechtlichen Defizite noch nicht beseitigen. Diese allein würde die rechtswidrige Cookie-Setzung und das Auslesen von Informationen nicht unterbinden. Vor diesem Hintergrund besteht für das BPA derzeit keine Möglichkeit, einen datenschutzkonformen Zustand herzustellen.

Zudem beabsichtige ich neben der Untersagungsanordnung auch die vergangenen Verstöße durch Verwarnung zu ahnden.

Nach Erwägungsgrund 148 DSGVO sollen die Datenschutzbehörden berücksichtigen, dass im Interesse einer konsequenten Durchsetzung der Verordnung bei Verstößen zusätzlich oder anstelle von sogenannten geeigneten Maßnahmen (Anweisungen oder Anordnungen)



auch Sanktionen (Verwarnungen oder Geldbußen) verhängt werden sollen. Die Verwarnung ist dabei aus Sicht des europäischen Gesetzgebers als eine gegenüber der Geldbuße mildere Sanktion für geringfügige Verstöße gedacht. Geldbußen sind gegen öffentliche Stellen in Deutschland nicht möglich, Art. 83 Abs. 7 DSGVO i. V. m. § 43 Abs. 3 BDSG.

Die Verwarnung dient der Ahndung des bisherigen datenschutzwidrigen Verhaltens. Sie ist zu diesem Zweck geeignet und es ist kein milderes Mittel erkennbar, mit dem dieser Zweck ebenso effektiv erreicht werden könnte. Zudem ist nicht ersichtlich, dass zwischen diesem Ziel, dem Mittel und den möglichen Folgen der Verwarnung ein offensichtliches Missverhältnis bestünde.

Bevor ich in der Sache eine endgültige Entscheidung treffe, gebe ich Ihnen bis zum

20. Juni 2022

gemäß § 28 VwVfG Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern.

Mit freundlichen Grüßen

Ulrich Kelber