



EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR

Stellungnahme 7/2020

**zum Vorschlag über
eine vorübergehende
Ausnahme von der
Richtlinie 2002/58/EG
zwecks Bekämpfung
des sexuellen
Missbrauchs von
Kindern im Internet**



10. November 2020

Der Europäische Datenschutzbeauftragte (EDSB) ist eine unabhängige Einrichtung der EU und hat nach Artikel 52 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2018/1725 im „Hinblick auf die Verarbeitung personenbezogener Daten ... sicherzustellen, dass die Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen, insbesondere ihr Recht auf Datenschutz, von den Organen und Einrichtungen der Union geachtet werden“; gemäß Artikel 52 Absatz 3 ist er „für die Beratung der Organe und Einrichtungen der Union und der betroffenen Personen in allen Fragen der Verarbeitung personenbezogener Daten“ zuständig.

Am 5. Dezember 2019 wurde Wojciech Wiewiorowski für einen Zeitraum von fünf Jahren zum Europäischen Datenschutzbeauftragten ernannt.

Artikel 42 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2018/1725 besagt: „Nach der Annahme von Vorschlägen für einen Gesetzgebungsakt, für Empfehlungen oder Vorschläge an den Rat nach Artikel 218 AEUV sowie bei der Ausarbeitung von delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten, die Auswirkungen auf den Schutz der Rechte und Freiheiten natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten haben, konsultiert die Kommission den EDSB“, und gemäß Artikel 57 Absatz 1 Buchstabe g muss der EDSB „von sich aus oder auf Anfrage alle Organe und Einrichtungen der Union bei legislativen und administrativen Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten beraten“.

Gegenstand dieser Stellungnahme des EDSB, die innerhalb des in Artikel 42 Absatz 3 der Verordnung (EU) 2018/1725 vorgesehenen Zeitraums von acht Wochen nach Eingang des Ersuchens um Konsultation ergeht, sind die Auswirkungen auf den Schutz der Rechte und Freiheiten natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Hinblick auf den Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über eine vorübergehende Ausnahme von bestimmten Vorschriften der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Verwendung von Technik durch Anbieter nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste zur Verarbeitung personenbezogener und anderer Daten zwecks Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern im Internet.

Zusammenfassung

Am 10. September 2020 veröffentlichte die Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über eine vorübergehende Ausnahme von bestimmten Vorschriften der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Verwendung von Technik durch Anbieter nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste zur Verarbeitung personenbezogener und anderer Daten zwecks Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern im Internet. Es handelt sich um eine Ausnahme von Artikel 5 Absatz 1 und Artikel 6 der e-Datenschutz-Richtlinie in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten, die bei der Bereitstellung „nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste“ für die Verwendung von Technik erforderlich ist, die dem alleinigen Zweck dient, kinderpornografisches Material zu entfernen sowie sexuellen Missbrauch von Kindern im Internet aufzudecken und den Behörden zu melden.

Mit dieser Stellungnahme gibt der EDSB seine Empfehlungen zu dem Vorschlag im Rahmen einer förmlichen Konsultation durch die Kommission gemäß Artikel 42 der Verordnung (EU) 2018/1725.

Insbesondere merkt er an, dass die im Vorschlag vorgesehenen Maßnahmen in die Grundrechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens und den Schutz personenbezogener Daten sämtlicher Benutzer von sehr beliebten elektronischen Kommunikationsdiensten wie Instant-Messaging-Plattformen und -Anwendungen eingreifen würden. **Die Vertraulichkeit der Kommunikation ist ein Eckpfeiler der Grundrechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens und den Schutz personenbezogener Daten. Auch freiwillige Maßnahmen von Privatunternehmen können einen Eingriff in diese Rechte darstellen**, wenn die Maßnahmen die Überwachung und Analyse des Kommunikationsinhalts und die Verarbeitung personenbezogener Daten umfassen.

Der EDSB betont, dass die Themen, um die es hier geht, nicht spezifisch die Bekämpfung des Kindesmissbrauchs betreffen, sondern jede Initiative, die auf eine Strafverfolgungszwecken dienende Zusammenarbeit mit dem Privatsektor abzielt. Würde der Vorschlag angenommen, so würde er unweigerlich als Präzedenzfall für künftige gesetzgeberische Maßnahmen auf diesem Gebiet dienen. Für den EDSB ist es daher von wesentlicher Bedeutung, dass der Vorschlag nicht angenommen wird, nicht einmal in Form einer vorübergehenden Ausnahme, solange der Vorschlag nicht sämtliche erforderlichen Schutzvorkehrungen berücksichtigt, die in dieser Stellungnahme aufgeführt sind.

Im Interesse der Rechtssicherheit hält der EDSB insbesondere eine Klarstellung für erforderlich, ob der Vorschlag selbst als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung im Sinne der DSGVO gedacht ist oder nicht. Falls nicht, empfiehlt der EDSB, im Vorschlag selbst ausdrücklich klarzustellen, welche Rechtsgrundlage im Sinne der DSGVO in diesem spezifischen Fall anwendbar wäre. Diesbezüglich hebt der EDSB hervor, dass **Leitlinien der Datenschutzbehörden die erforderliche Rechtsgrundlage nicht ersetzen können**. Es genügt nicht, vorzusehen, dass die vorübergehende Ausnahme die DSGVO „unberührt“ lässt, und die vorherige Konsultation der Datenschutzbehörden vorzuschreiben. Der Mitgesetzgeber muss seiner Verantwortung gerecht werden und sicherstellen, dass die vorgeschlagene Ausnahme den Anforderungen genügt, die gemäß Artikel 15 Absatz 1 entsprechend der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung einzuhalten sind.

Um dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit zu genügen, **muss eine Regelung klare und präzise Regeln für die Tragweite und die Anwendung der betreffenden Maßnahme vorsehen und Mindestanforderungen aufstellen, sodass die Personen, deren personenbezogene Daten betroffen sind, über ausreichende Garantien verfügen, die einen wirksamen Schutz dieser Daten vor Missbrauchsrisiken ermöglichen.**

Abschließend hält der EDSB den vorgeschlagenen Zeitraum von fünf Jahren für unverhältnismäßig, da (a) ein vorheriger Nachweis der Verhältnismäßigkeit der vorgesehenen Maßnahme fehlt und (b) der Text der Rechtsvorschrift keine hinreichenden Schutzvorkehrungen vorsieht. Nach Ansicht des EDSB sollten vorübergehende Maßnahmen keinesfalls für mehr als zwei Jahre gelten.

INHALTSVERZEICHNIS

I. Inhalt

1. EINLEITUNG.....	6
1.1 HINTERGRUND	6
1.2 VERHÄLTNIS ZUR RICHTLINIE 2011/93/EU	7
2. HAUPTEMPFEHLUNGEN	8
3. SPEZIFISCHE EMPFEHLUNGEN	10
3.1. RECHTSGRUNDLAGE	10
3.2. NOTWENDIGKEIT UND VERHÄLTNISMÄßIGKEIT	11
3.3. ANWENDUNGSBEREICH UND UMFANG DER AUSNAHME.....	13
3.4. ZWECKBINDUNG UND SPEICHERBEGRENZUNG.....	14
3.5. MELDUNG AN ZUSTÄNDIGE BEHÖRDEN	15
3.6. TRANSPARENZ UND RECHTE BETROFFENER PERSONEN	15
3.7. STAND DER TECHNIK	16
3.8. DATENSCHUTZ-FOLGENABSCHÄTZUNG UND VORHERIGE KONSULTATION	16
3.9. GELTUNGSDAUER DER VORÜBERGEHENDEN AUSNAHME.....	17
4. SCHLUSSFOLGERUNGEN.....	18
Endnoten	20

DER EUROPÄISCHE DATENSCHUTZBEAUFTRAGTE –

gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, insbesondere auf Artikel 16,

gestützt auf die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, insbesondere auf die Artikel 7 und 8,

gestützt auf die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)¹,

gestützt auf die Verordnung (EG) 2018/1725 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2018 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und zum freien Datenverkehr², insbesondere auf Artikel 42 Absatz 1, Artikel 57 Absatz 1 Buchstabe g und Artikel 58 Absatz 3 Buchstabe c,

gestützt auf die Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates³ –

HAT FOLGENDE STELLUNGNAHME ERLASSEN:

1. EINLEITUNG

1.1 Hintergrund

1. Am 24. Juli 2020 hat die Kommission die Mitteilung *EU-Strategie für eine wirksamere Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern*⁴ angenommen. In der Mitteilung wird darauf hingewiesen, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie 2002/58/EG (im Folgenden „e-Datenschutz-Richtlinie“)⁵ ab Dezember 2020 durch den bereits angenommenen Kodex für die elektronische Kommunikation (im Folgenden „Kodex“)⁶ erweitert wird. Durch den Kodex wird der Anwendungsbereich der e-Datenschutz-Richtlinie auf interpersonelle Kommunikationsdienste wie Mitteilungsdienste und E-Mail, die von Over-the-Top-Anbietern (OTT) angeboten werden, erweitert. Laut der Mitteilung könnten bestimmte Unternehmen (in Ermangelung nationaler legislativer Maßnahmen nach Artikel 15 Absatz 1 der e-Datenschutz-Richtlinie) deshalb daran gehindert sein, ihre eigenen Maßnahmen zur freiwilligen Aufdeckung, Entfernung und Meldung von sexuellem Kindesmissbrauch im Internet fortzuführen.⁷

2. Am 10. September 2020 hat die Kommission einen Vorschlag über eine vorübergehende Regelung der Verarbeitung personenbezogener und anderer Daten zwecks Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern im Internet erlassen⁸, der eine vorübergehende Ausnahme von Artikel 5 Absatz 1 und Artikel 6 der e-Datenschutz-Richtlinie vorsieht (im Folgenden „Vorschlag“). Die Kommission hält eine solche Ausnahme für erforderlich, damit die derzeitigen freiwilligen Aktivitäten auch nach Dezember 2020 fortgeführt werden können. Die Ausnahme würde im Zusammenhang mit der Bereitstellung „*nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste*“⁹ (z. B. Internet-Sprachtelefonie (VoIP), Nachrichtenübermittlung (Messaging) und webgestützte E-Mail-Dienste) für die Verarbeitung personenbezogener Daten gelten, die unbedingt erforderlich ist für den Einsatz von Technik, die allein dem Zweck dient, kinderpornografisches Material zu entfernen sowie sexuellen Missbrauch von Kindern im Internet aufzudecken und Strafverfolgungsbehörden und Organisationen, die im öffentlichen Interesse den sexuellen Missbrauch von Kindern bekämpfen, zu melden. In dem Vorschlag sind mehrere Bedingungen aufgezählt, unter denen die Ausnahme anwendbar wäre; diese werden weiter unten in dieser Stellungnahme analysiert.
3. Der EDSB wurde am 16. September 2020 förmlich von der Kommission konsultiert. Am 30. September hat die Kommission eine öffentliche Konsultation eingeleitet, um Stellungnahmen zu ihrem Vorschlag einzuholen.

1.2 Verhältnis zur Richtlinie 2011/93/EU

4. Die Union hat bereits ein umfassendes Rechtsinstrument zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie erlassen, nämlich die Richtlinie 2011/93/EU (im Folgenden „Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern“).¹⁰
5. Mit der Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern wurden die Mindestvorschriften zur Definition von Straftaten und Sanktionen auf dem Gebiet des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern und des Materials von sexuellem Missbrauch von Kindern festgelegt. Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass u. a. folgende vorsätzlich begangene Handlungen, wenn sie unrechtmäßig vorgenommen werden¹¹, unter Strafe gestellt sind:
 - der vorsätzliche und bewusste Zugriff auf Kinderpornografie mittels Informations- und Kommunikationstechnologie;
 - der Vertrieb, die Verbreitung oder Weitergabe von Kinderpornografie;
 - das Anbieten, Liefern oder sonstige Zugänglichmachen von Kinderpornografie.¹²
6. Die Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern verpflichtet die Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass gewisse vorsätzlich (einschließlich mittels Informations- und Kommunikationstechnologie) begangene Handlungen, die eine Kontaktaufnahme zu Kindern für sexuelle Zwecke darstellen, unter Strafe gestellt sind.
7. Die Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern verpflichtet die Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass

Internetseiten, die Kinderpornografie enthalten oder verbreiten und sich auf Servern in ihrem Hoheitsgebiet befinden, unverzüglich *entfernt* werden, und sich zu bemühen, darauf hinzuwirken, dass derartige Seiten von Servern außerhalb ihres Hoheitsgebiets entfernt werden, sowie sicherzustellen, dass ihre zuständigen Behörden berechtigt sind, die Tatwerkzeuge und die Erträge aus Straftaten zu beschlagnahmen und einzuziehen.¹³ Die Mitgliedstaaten können Maßnahmen treffen, um den *Zugang zu Internetseiten*, die Kinderpornografie enthalten oder verbreiten, für die Internetnutzer in ihrem Hoheitsgebiet zu *sperr*en.¹⁴

8. 2010 hat der EDSB auf eigene Initiative eine Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie von Kinderpornografie¹⁵ erlassen. Die Stellungnahme enthält Erwägungen und Empfehlungen, die auch für den als Zwischenlösung angesehenen Vorschlag für eine vorübergehende Ausnahme relevant sind. Gegebenenfalls wird der EDSB die Ausführungen in seiner Stellungnahme von 2010 wiederholen oder darauf verweisen.

2. HAUPTEMPFEHLUNGEN

9. Die Vertraulichkeit der Kommunikation ist ein Eckpfeiler der Grundrechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens und den Schutz personenbezogener Daten. Auch freiwillige Maßnahmen von Privatunternehmen **können einen Eingriff in diese Rechte darstellen**, wenn die Maßnahmen die Überwachung und Analyse des Kommunikationsinhalts und die Verarbeitung personenbezogener Daten umfassen. Die im Vorschlag vorgesehenen Maßnahmen werden einen Eingriff in die Rechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens und den Schutz personenbezogener Daten der betroffenen natürlichen Personen (Benutzer, Tatverdächtige und Opfer) darstellen.
10. Eingriffe in die Vertraulichkeit der Kommunikation können zulässig sein, allerdings nur unter bestimmten Voraussetzungen. Einschränkungen dieser Rechte und Freiheiten dürfen nur vorgenommen werden, wenn sie **gesetzlich vorgesehen sind** und den **Wesensgehalt** der Rechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens und den Schutz personenbezogener Daten **achten**, wobei sie unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit **erforderlich** sein und den von der Union anerkannten dem **Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen** oder den **Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen** müssen (Artikel 52 Absatz 1 der Charta)¹⁶
11. Die Kommission behauptet, das **alleinige Ziel** des Vorschlags sei es, die **Fortführung bestimmter bestehender freiwilliger Tätigkeiten** zu ermöglichen; es sollten keine neuen Grundrechtseingriffe geschaffen werden. Allerdings wird die vorübergehende Ausnahme ja gerade deshalb vorgeschlagen, weil mit dem Inkrafttreten der EEDC-Richtlinie im Dezember 2020 der Anwendungsbereich der e-Datenschutz-Richtlinie erweitert wird. Der EDSB hebt hervor, dass sich der Unionsgesetzgeber dafür entschieden hat, den Begriff „*elektronischer Kommunikationsdienst*“ um in der Funktionsweise gleichwertige Online-Dienste zu erweitern, um einen wirksamen und gleichwertigen Schutz der Endnutzer und ihrer Rechte bei der Nutzung derartiger Dienste zu gewährleisten.¹⁷ Einschränkungen der Vertraulichkeit der Kommunikation können nicht allein damit rechtfertigt werden, dass gewisse Maßnahmen zu einem früheren Zeitpunkt, als die Dienste noch keine elektronischen Kommunikationsdienste im rechtlichen Sinne darstellten, bereits praktiziert wurden. Die in Rede stehenden Dienste werden ab dem 21. Dezember 2020 als

elektronische Kommunikationsdienste anzusehen sein, was mit dem entsprechenden rechtlichen Schutz der Vertraulichkeit einhergeht. Die vorgeschlagene Ausnahme ist daher an den Anforderungen zu messen, die sich aus Artikel 52 der Charta ergeben.

12. Der EDSB hebt hervor, dass die Themen, um die es hier geht, **nicht spezifisch die Bekämpfung des Kindesmissbrauchs betreffen**, sondern jede Initiative, die auf eine Strafverfolgungszwecken dienende Zusammenarbeit mit dem Privatsektor abzielt.¹⁸ Kindesmissbrauch ist ein besonders verabscheuungswürdiges Delikt, und das Ziel, eine wirksame Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern im Internet zu ermöglichen, entspricht sowohl einer von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzung als auch den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer.¹⁹ Im Hinblick auf die wirksame Bekämpfung von Straftaten, deren Opfer Minderjährige und andere schutzbedürftige Personen sind, hat der Gerichtshof hervorgehoben, dass sich aus Artikel 7 der Charta **positive Verpflichtungen** der Behörden im Hinblick auf den **Erllass rechtlicher Maßnahmen** zum Schutz des Privat- und Familienlebens ergeben können. Solche Verpflichtungen können sich aus Artikel 7 auch in Bezug auf den Schutz der Wohnung und der Kommunikation sowie aus den Artikeln 3 und 4 hinsichtlich des Schutzes der körperlichen und geistigen Unversehrtheit der Menschen sowie des Verbots der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung ergeben.²⁰
13. Der EDSB hat bereits zuvor **Anlass zu Bedenken gegen rein freiwillige Maßnahmen** zur Bekämpfung der Verbreitung kinderpornografischen Materials gesehen, und zwar wegen der Art des Eingriffs sowie des Erfordernisses der Rechtssicherheit für alle Beteiligten.²¹ Es ist erforderlich, sicherzustellen, für die Bekämpfung illegaler Inhalte **harmonisierte, klare und detaillierte Verfahren** vorzusehen, die der Aufsicht durch unabhängige Behörden unterliegen.
14. Auch wenn der Vorschlag keine *Verpflichtung* der privaten Akteure zum Eingriff in die Vertraulichkeit der Kommunikation enthält, ist doch eine Einschränkung der Vertraulichkeit der Kommunikation vorgesehen. Wegen der Art des Eingriffs, um den es hier geht, müssen Maßnahmen zur freiwilligen Aufdeckung, Entfernung und Meldung von sexuellem Kindesmissbrauch im Internet nach Ansicht des EDSB mit **einem umfassenden rechtlichen Rahmen** einhergehen, der den Anforderungen aus Artikel 7 und 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union gerecht wird. Um dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit zu genügen, muss eine Regelung **klare und präzise Regeln für die Tragweite und die Anwendung der betreffenden Maßnahme** vorsehen und **Mindestanfordernisse** aufstellen, sodass die Personen, deren personenbezogene Daten betroffen sind, über ausreichende Garantien verfügen, die einen wirksamen Schutz dieser Daten vor Missbrauchsrisiken ermöglichen.²² Die Regelung muss rechtlich bindend sein und insbesondere Angaben dazu enthalten, **unter welchen Umständen und unter welchen Voraussetzungen** eine Maßnahme, die die Verarbeitung solcher Daten vorsieht, getroffen werden darf, damit gewährleistet ist, dass sich der Eingriff **auf das absolut Notwendige beschränkt**.²³ Der Gerichtshof hat klargestellt, dass das Erfordernis, über solche Garantien zu verfügen, umso bedeutsamer ist, wenn die personenbezogenen Daten automatisiert verarbeitet werden und es um den Schutz der besonderen Kategorie sensibler personenbezogener Daten geht.²⁴
15. Dass **geeigneter Garantien** in den Vorschlag selbst aufgenommen werden, ist umso wichtiger, als es hier um eine Verordnung, nicht um eine Richtlinie, geht. Mit der Wahl

eines Rechtsinstruments, das in allen Mitgliedstaaten unmittelbare Anwendung findet, übernimmt der Unionsgesetzgeber die Verantwortung dafür, sicherzustellen, dass die geeigneten Garantien bereits auf der Unionsebene vorgesehen werden.

3. SPEZIFISCHE EMPFEHLUNGEN

3.1. Rechtsgrundlage

16. Im Erwägungsgrund 10 des Vorschlags heißt es, dass die Verordnung (EU) 2016/679 (im Folgenden „DSGVO“)²⁵ für die Verarbeitung personenbezogener Daten, die in den Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung fallen, anwendbar bleibt. Nach Artikel 6 DSGVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der sechs in Artikel 6 Absatz 1 Buchstaben a bis f festgelegten Bedingungen erfüllt ist.
17. Aus dem Vorschlag geht nicht klar hervor, ob er eine Rechtsgrundlage im Sinne von Artikel 6 DSGVO darstellen soll oder nicht. In der Begründung heißt es lediglich, dass die e-Datenschutzrichtlinie „keine explizite Rechtsgrundlage“ für die freiwillige Verarbeitung von Inhalts- oder Verkehrsdaten zum Zwecke der Aufdeckung sexuellen Missbrauchs von Kindern im Internet enthält. Ohne Rechtsvorschriften, die eine Ausnahme vorsehen, hätten Anbieter nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste künftig keine Rechtsgrundlage mehr für die weitere Aufdeckung sexuellen Missbrauchs von Kindern in ihren Diensten.²⁶
18. Im Interesse der Rechtssicherheit hält der EDSB eine **Klarstellung** für erforderlich, ob der Vorschlag selbst als **Rechtsgrundlage** für die Verarbeitung im Sinne der DSGVO gedacht ist oder nicht. Falls nicht, empfiehlt der EDSB, in den Vorschlag eine ausdrückliche Klarstellung dazu aufzunehmen, welche in der DSGVO vorgesehene Rechtsgrundlage in diesem spezifischen Fall anwendbar sein soll.
19. Dazu merkt der EDSB an, dass die im Vorschlag vorgesehene Ausnahme die *freiwillige* Verarbeitung von Inhalts- oder Verkehrsdaten zum Zwecke der Aufdeckung sexuellen Missbrauchs von Kindern im Internet betrifft. Mit anderen Worten: Der Vorschlag enthält keinerlei Verpflichtung der Anbieter nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste zur Durchführung jeglicher Verarbeitung. Deshalb kann die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung nicht in Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c DSGVO (eine Verarbeitung, die zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, der der Verantwortliche unterliegt, erforderlich ist) zu finden sein.
20. In ihrer Stellungnahme von 2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen hat die Artikel-29-Datenschutzgruppe ausgeführt, dass ein berechtigtes Interesse gegeben sein kann in „*Situationen, in denen ein für die Verarbeitung Verantwortlicher über seine in Gesetzen und Verordnungen geregelten besonderen rechtlichen Verpflichtungen hinausgeht, um zur Rechtsdurchsetzung beizutragen oder private Akteure bei ihren Bemühungen zur Bekämpfung rechtswidriger Handlungen, wie ... Anfreunden mit Kindern zu sexuellen Zwecken (Grooming) ... zu unterstützen. In solchen*

Fällen ist es jedoch besonders wichtig, dafür zu sorgen, dass die Grenzen von Artikel 7 Buchstabe f voll respektiert werden.“²⁷

21. Der EDSB merkt dazu an, dass aus den vorstehenden Ausführungen nicht folgt, dass jegliche Verarbeitung, die zum Zwecke der Bekämpfung rechtswidriger Handlungen erfolgt, automatisch als rechtmäßig im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f DSGVO angesehen werden darf. Erstens müssen hinsichtlich der betreffenden Verarbeitung drei kumulative Voraussetzungen erfüllt sein: 1. muss es ein berechtigtes Interesse geben, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder von dem bzw. den Dritten wahrgenommen wird, denen die Daten übermittelt werden, 2. muss die Verarbeitung der personenbezogenen Daten zur Verwirklichung des berechtigten Interesses erforderlich sein und 3. dürfen die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person nicht überwiegen²⁸. Zweitens handelt es sich um allgemeine Ausführungen der Artikel-29-Datenschutzgruppe, denen nicht zu entnehmen ist, dass es den für die Verarbeitung Verantwortlichen in Fällen, die einen Eingriff in die Vertraulichkeit der Kommunikation darstellen, gestattet sein könnte, das berechnigte Interesse als Rechtsgrundlage geltend zu machen.

3.2. Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit

22. Da dem Vorschlag keine Folgenabschätzung beigefügt ist, wird die Kommission **nach Nachweis dafür erbringen** müssen, dass die im Vorschlag vorgesehenen Maßnahmen zum Erreichen des beabsichtigten Ziels **unbedingt erforderlich, wirksam und verhältnismäßig** sind. Der EDSB ersucht die Kommission zunächst, zusätzliche Informationen vorzulegen, anhand derer der Mitgesetzgeber beurteilen kann, ob die vorgesehenen Maßnahmen tatsächlich die Anforderungen an die Notwendigkeit, Wirksamkeit und Verhältnismäßigkeit erfüllen.²⁹

23. Zur Beurteilung der Auswirkungen einer Maßnahme auf die Grundrechte auf Privatsphäre und den Schutz personenbezogener Daten ist es besonders wichtig, Folgendes genau zu ermitteln³⁰:

- den **Umfang** der Maßnahme, einschließlich der Anzahl der betroffenen Personen; ob sie „*kollaterale Eingriffe*“ zur Folge hat, d. h. Eingriffe in die Privatsphäre von Personen, die eigentlich nicht Gegenstand der Maßnahme sind;
- die **Tragweite** der Maßnahme, einschließlich der Menge der erfassten Informationen; zeitliche Dauer; ob die zu prüfende Maßnahme die Erhebung und Verarbeitung besonderer Datenkategorien erfordert;
- das **Ausmaß des Eingriffs** durch die Maßnahme unter Berücksichtigung: **der Art der Tätigkeit**, die Gegenstand der Maßnahme ist (ob sie Tätigkeiten betrifft, die unter die Geheimhaltungspflicht fallen oder nicht, Anwalt-Mandanten-Beziehung; medizinische Tätigkeit); **des Kontextes**; ob sie auf **Profiling** der betroffenen Personen hinausläuft oder nicht; ob die Verarbeitung die Nutzung eines (teilweise oder vollständig) **automatisierten** Entscheidungsfindungssystems mit einer „Fehlermarge“ beinhaltet;
- ob sie **schutzbedürftige** Personen betrifft oder nicht;

- ob sie **auch andere Grundrechte berührt** (es könnte ein „untrennbar verbundenes“ Grundrecht geben, beispielsweise das Recht auf Schutz der Privatsphäre und das Recht auf freie Meinungsäußerung, wie in den EuGH-Entscheidungen *Digital Rights* und *Tele2*).

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die Auswirkungen für die betroffene Person gering sein können, für das Kollektiv/die Gesellschaft insgesamt jedoch erheblich bzw. äußerst erheblich.³¹

24. Der EDSB merkt an, dass verschiedene Maßnahmen zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern im Internet unter Umständen **unterschiedlich starke Grundrechtseingriffe** darstellen. Vorab stellt der EDSB dazu fest, dass eine automatische Analyse von Sprache oder Texten im Rahmen der Kommunikationsüberwachung, die darauf abzielt, Fälle der rechtswidrigen Kontaktabbahnung zu Kindern zu ermitteln, wahrscheinlich ein stärkerer Eingriff ist als der Abgleich von Bildern oder Videos auf Grundlage bereits bestätigter Fälle der Kinderpornografie.
25. In Erwägungsgrund 11 des Vorschlags heißt es dazu, dass *„[d]ie verwendete Technik ... nach dem Stand der Technik in der Branche am wenigsten in die Privatsphäre eingreifen und Kommunikationsinhalte, die Text enthalten, nicht systematisch, sondern nur bei Vorliegen konkreter Verdachtspunkte auf sexuellen Kindesmissbrauch filtern und durchsuchen [sollte]“*. Der EDSB begrüßt die zugrunde liegende Absicht, dem Umfang des Eingriffs einzugrenzen, hält jedoch einige Anmerkungen dazu für erforderlich. Erstens sollte jede Begrenzung des **Eingriffsumfangs eindeutig aus dem Text** des eigentlichen Vorschlags und nicht nur aus den Erwägungsgründen hervorgehen. Zweitens sollte ausdrücklich klargestellt werden, ob auch **Kommunikation, die andere Daten als Text enthält**, (z. B. Bilder oder Ton) der systematischen Filterung und Überwachung unterliegen dürfte. Drittens ist Klarheit darüber erforderlich, **wie in der Praxis „konkrete Verdachtspunkte“ festgestellt werden**, insbesondere, ob es dazu der Entscheidung einer zuständigen Behörde bedarf oder nicht.
26. Hinsichtlich der zur Aufdeckung von Kontaktaufnahmen zu Kindern verwendeten Technik heißt es in Artikel 3 Buchstabe c des Vorschlags, dass diese *„auf die Verwendung geeigneter Indikatoren wie Schlüsselwörter und objektiv ermittelte Risikofaktoren wie Altersunterschiede beschränkt ist und das Recht auf Überprüfung durch einen Menschen wahrt“*. Der EDSB ist der Ansicht, dass **der Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt ist, wenn sämtliche textbasierten Mitteilungen, die durch nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste übermittelt werden, allgemein, unterschiedslos und automatisiert analysiert werden, um potenzielle neue Zuwiderhandlungen zu ermitteln**. Selbst wenn die verwendete Technik auf die Verwendung *„geeigneter Indikatoren“* beschränkt sein sollte, hält der EDSB eine so allgemeine und unterschiedslose Analyse für übermäßig.
27. Hinsichtlich des in Artikel 3 Buchstabe c des Vorschlags erwähnten *„Rechts auf Überprüfung durch einen Menschen“* ersucht der EDSB den Mitgesetzgeber um weitere Klarstellung, wann ein solches Recht gegeben wäre und welche Stelle für die Durchführung dieser Überprüfung zuständig wäre. Dies ist besonders wichtig, um angemessenen **Rechtsschutz** sicherzustellen (siehe auch Abschnitte 6.5 [Meldung an staatliche Behörden] und 6.6 [Transparenz und Rechte der betroffenen Person]). Die Verwendung des Worts *„Recht“* legt nahe, dass die Überprüfung durch einen Menschen nicht standardmäßig vorgesehen ist. Der EDSB legt dem Gesetzgeber nahe, genau anzugeben, unter welchen

Umständen und durch wen eine Überprüfung durch einen Menschen gewährleistet wäre. Dies ist umso mehr notwendig, damit klargestellt wird, unter welchen Umständen der Einsatz von Technik **eine automatisierte Entscheidung** im Sinne von Artikel 22 DSGVO darstellen würde (insbesondere im Hinblick auf die möglichen Folgen für die im Vorschlag vorgesehene Meldung und Sperrung von Benutzerkonten).

3.3. Anwendungsbereich und Umfang der Ausnahme

28. Der Vorschlag betrifft „*nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste*“. Diese Dienste umfassen ein breites Spektrum von Diensten wie Internet-Sprachtelefonie (VoIP), Nachrichtenübermittlung (Messaging) und webgestützte E-Mail-Dienste. Es sollte klarer geregelt werden, welche **Arten von Diensten** von der Ausnahme betroffen wären. Zum Beispiel sollte eindeutig angegeben werden, ob die Ausnahmen Maßnahmen zur Aufdeckung von kinderpornografischem Material in Form von Videos und Bildern betreffen oder auch Textnachrichten und Sprachanrufe. Dies ist notwendig, um der Anforderung zu genügen, dass das Gesetz *klare und präzise* Regeln für die Tragweite und die Anwendung der betreffenden Maßnahme vorsehen muss.
29. Mehr Klarheit ist auch erforderlich hinsichtlich der **Arten von Aufdeckungsmaßnahmen**, die in den Anwendungsbereich der Ausnahme fallen. In Artikel 3 des Vorschlags sind einige Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Ausnahme aufgeführt, es gibt jedoch keine klare Beschreibung der Arten der vorgesehenen Maßnahmen.³² In Artikel 3 Buchstabe c ist von der „*Verwendung geeigneter Indikatoren wie Schlüsselwörter und objektiv ermittelte Risikofaktoren wie Altersunterschiede*“ zur Aufdeckung und Meldung sexuellen Missbrauchs von Kindern die Rede, während Artikel 3 Buchstabe e am Ende impliziert, dass es im Zuge der Aufdeckung von Kinderpornografie „*zur Erstellung einer eindeutigen, unumkehrbaren digitalen Signatur (Hashwert)*“ kommen kann. Ein klares Verständnis der genauen Art der Maßnahmen, durch die die Vertraulichkeit der Kommunikation eingeschränkt wird, ist nicht nur für die Gewährleistung von Klarheit und Rechtssicherheit notwendig, sondern auch für die Beurteilung, ob die Maßnahmen tatsächlich auf das unbedingt Notwendige beschränkt sind.
30. Drittens ist auch mehr Klarheit erforderlich hinsichtlich des **Umfangs** der Kommunikationen, auf die die *bewährte Technik* Anwendung fände. Insbesondere sollte klargestellt werden, was genau unter „*bewährter Technik*“ zu verstehen ist und ob diese Technik auf sämtliche von Benutzern ausgetauschten Kommunikationen Anwendung fände oder nur auf eine Teilmenge derselben. Sollte Letzteres der Fall sein, wäre es notwendig, die Kriterien klarzustellen, nach denen die verschiedenen Arten von Technik auf eine bestimmte Teilmenge von Kommunikationen angewendet werden.
31. Der EDSB hält es für fraglich, ob der **Umfang der vorgeschlagenen Ausnahme** zur Erreichung der im Vorschlag genannten Ziele unbedingt erforderlich ist. Insbesondere erscheint es dem EDSB fraglich, ob eine Ausnahme vom gesamten Artikel 6 der e-Datenschutzrichtlinie gerechtfertigt ist, da Artikel 6 hauptsächlich Verarbeitungstätigkeiten betrifft, die keinen Zusammenhang mit der Verarbeitung aufweisen, um die es im Vorschlag geht. Darüber hinaus ist in Artikel 6 Absatz 1 ausdrücklich geregelt, dass er Artikel 15 Absatz 1 der e-Datenschutz-Richtlinie unberührt lässt. Schließlich sind in Artikel 5 Absatz 1 auch „*damit verbundene Verkehrsdaten*“

erwähnt, die in direkterem Zusammenhang mit den dem Vorschlag zugrunde liegenden Zielen zu stehen scheinen.

3.4. Zweckbindung und Speicherbegrenzung

32. Eine der im Vorschlag genannten Voraussetzungen für die Ausnahme ist, dass die Verarbeitung *„auf das für die Aufdeckung und Meldung sexuellen Missbrauchs von Kindern im Internet und die Entfernung von Material über sexuellen Kindesmissbrauch unbedingt erforderliche Maß beschränkt ist und erfasste Daten unverzüglich gelöscht werden, es sei denn, ein sexueller Missbrauch von Kindern im Internet wurde festgestellt und bestätigt“*. Der EDSB versteht dies als Verpflichtung zur Löschung sämtlicher *„personenbezogene[n] und andere[n] Daten“*, die in den Anwendungsbereich der Ausnahme fallen. Der EDSB fordert den Mitgesetzgeber dringend auf, dies genauer zu regeln, mit **klarerer** Angaben zu den spezifischen Kategorien von Daten, die aufbewahrt werden dürfen.
33. Im Vorschlag ist auch vorgesehen, dass *„erfasste Daten“*, wenn ein sexueller Missbrauch von Kindern im Internet festgestellt und als solcher bestätigt wurde, nur zu den folgenden Zwecken und nur für den erforderlichen Zeitraum aufbewahrt werden dürfen: (i) zur Berichterstattung und zur Beantwortung verhältnismäßiger Anfragen von Strafverfolgungsbehörden und anderen einschlägigen Behörden; (ii) zur Sperrung des betreffenden Benutzerkontos; und (iii) in Bezug auf Daten, die zuverlässig als Kinderpornografie identifiziert wurden, zur Erstellung einer eindeutigen, unumkehrbaren digitalen Signatur (Hashwert). Auch hier regt der EDSB an, dass der Mitgesetzgeber im Vorschlagstext klar angibt, **welche Kategorien von Daten jeweils als „erfasste Daten“** für jeden dieser Zwecke anzusehen und **welche Empfänger mit den „anderen einschlägigen Behörden“ gemeint** sind.
34. Der EDSB fragt, ob die Meldung von Personen und die Sperrung des betreffenden Benutzerkontos wirklich in allen Fällen unbedingt erforderlich und verhältnismäßig sein werden, zumal es an näheren Angaben dazu fehlt, **was genau mit der Wendung „wenn ein sexueller Missbrauch von Kindern im Internet festgestellt und als solcher bestätigt wurde“ gemeint ist**. Würde schon der Empfang unverlangt zugesandten kinderpornografischen Materials Grund zur Meldung und/oder Sperrung geben? Beinhaltet das Bestätigungsverfahren per definitionem eine menschliche Überprüfung?³³ Wer nimmt die Bestätigung vor, und wer bestimmt, ob der Kontoinhaber tatsächlich Handlungen der in Artikel 2 Absatz 2 des Vorschlags genannten Art schuldig ist? Der EDSB unterstützt durchaus das Ziel, die Mittel zur Begehung sexuellen Missbrauchs von Kindern im Internet schleunigst zu deaktivieren; der rechtliche Rahmen sollte aber ausreichend klare und präzise Angaben zu den **Umständen enthalten, unter denen die genannten Maßnahmen ergriffen werden dürfen**.
35. Im Vorschlag ist vorgesehen, dass *„erfasste Daten“* nur so lange aufbewahrt werden dürfen, wie es für bestimmte, im Einzelnen aufgeführte Zwecke erforderlich ist; es gibt keine klaren Angaben zur **Dauer der Aufbewahrung** von Daten *„zur Beantwortung verhältnismäßiger Anfragen von Strafverfolgungsbehörden und anderen einschlägigen Behörden“*.³⁴ Der Vorschlag enthält diesbezüglich keine klare Angabe der betreffenden Frist. Der Vorschlag enthält auch keine klaren Angaben dazu, welchen Stellen gestattet

wäre, die relevanten Daten auf solche Weise weiter zu verarbeiten, dass die Identifizierung der betroffenen natürlichen Personen (Tatverdächtige und Opfer) möglich wäre.³⁵

3.5. Meldung an zuständige Behörden

36. Was die Meldung angeht, hat der EDSB bereits zuvor ausgeführt, dass es erforderlich ist, im Gesetzestext **präzise darzulegen, wer zur Sammlung und Aufbewahrung von Informationen befugt ist** und welche besonderen Schutzmaßnahmen ergriffen werden müssen.³⁶ Dies ist besonders wichtig mit Blick auf die Folgen einer Meldung: Neben den Informationen über Kinder können personenbezogene Daten sämtlicher irgendwie mit den im Netzwerk zirkulierenden Informationen verbundenen Personen betroffen sein, z. B. Informationen über tatverdächtige Personen (Internet-Nutzer oder Inhaltenanbieter), aber auch Informationen über eine Person, die einen verdächtigen Inhalt meldet, oder über das Opfer des Missbrauchs.³⁷
37. Diesbezüglich findet der EDSB besonders bedenklich, dass der Vorschlag keine Erklärung dazu enthält, welchem Governance-Modell die Anbieter elektronischer Dienste, die von dieser Ausnahme Gebrauch machen, unterliegen. Es ist unklar, wie die Anbieter elektronischer Dienste Meldung erstatten und bei welcher Stelle. Es gibt auch keinerlei Angaben zu den Zuständigkeiten für die Pflege und Aktualisierung der einschlägigen Datenbanken zur Erkennung künftiger Fälle sexuellen Kindesmissbrauchs im Internet.
38. Was die Anforderungen an **Qualität und Integrität** angeht, sind zusätzliche Schutzvorkehrungen zu implementieren, um zu gewährleisten, dass derartige Informationen, die als digitales Beweismaterial anzusehen sind, ordnungsgemäß erfasst und aufbewahrt werden, damit sie gerichtsfest sind. Entscheidende Bedeutung kommt Garantien bezüglich der grundsätzlich durch die Strafverfolgungsbehörden auszuübenden Aufsicht über das System zu. Als weitere Kernelemente wären in ein solches System Transparenz und unabhängige Einspruchsmöglichkeiten für Betroffene einzubauen.³⁸

3.6. Transparenz und Rechte betroffener Personen

39. Der Vorschlag enthält keinerlei Bestimmungen über **Transparenz und die Ausübung der Rechte der betroffenen Personen**. Soweit der Vorschlag die DSGVO „unberührt“ lassen soll, bleiben die Pflichten, was die Unterrichtung der betroffenen Personen und die Rechte der betroffenen Personen angeht, grundsätzlich unberührt. Der EDSB empfiehlt dem Mitgesetzgeber jedoch, trotzdem zusätzliche Maßnahmen vorzusehen, um die Transparenz und die Ausübung der Rechte der betroffenen Person zu gewährleisten, falls unbedingt erforderlich, vorbehaltlich eng definierter Beschränkungen (z. B. zur Geheimhaltung laufender Ermittlungen). Derartige Beschränkungen müssen auf jeden Fall den in Artikel 23 Absätze 1 und 2 DSGVO genannten Anforderungen genügen.
40. Was Nutzer angeht, ist der Vorschlag für eine Verordnung zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte³⁹ ein Beispiel dafür, welche Maßnahmen zur Gewährleistung der Transparenz und eines Beschwerdemechanismus möglich sind. Zusätzlich zu den allgemeinen Transparenzanforderungen (Artikel 8) und den Beschwerdemechanismen (Artikel 9) ist dort auch die Unterrichtung der Inhaltenanbieter vorgesehen (wobei diese Verpflichtung nicht gilt, wenn die zuständige Behörde entscheidet, dass aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, u. a. im Zusammenhang mit

einem Ermittlungsverfahren, keine Informationen über die Entfernung oder Sperrung terroristischer Inhalte an den Anbieter der Inhalte weitergegeben werden dürfen) (Artikel 11). Wahrscheinlich wären weitere Anpassungen erforderlich, doch diese Beispiele könnten für den Unionsmitgesetzgeber für die Aufnahme zusätzlicher Schutzvorkehrungen in den Text der Verordnung nützlich sein.

3.7. Stand der Technik

41. Artikel 3 Buchstabe a des Vorschlags beschränkt den Anwendungsbereich der Ausnahme auf „... bewährte Technik ..., die von Anbietern nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste zu diesem Zweck bereits vor dem Inkrafttreten dieser Verordnung regelmäßig verwendet worden ist ...“. Der EDSB hebt hervor, dass diese „bewährte Technik“ im Vorschlag nicht näher beschrieben wird. Dieses Fehlen einer genauen Angabe der Maßnahmen, die der Ausnahme unterliegen, dürfte die Rechtssicherheit beeinträchtigen.
42. Die Beschränkung der Maßnahmen auf diejenigen, die vor dem Inkrafttreten des Vorschlags regelmäßig verwendet wurden, würde der künftigen Entwicklung technischer und organisatorischer Maßnahmen, die weniger stark in die Grundrechte eingreifen, entgegenstehen. Laut Erwägungsgrund 11 des Vorschlags sollte eine „datenschutzfreundliche Weiterentwicklung der Technik“ nicht ausgeschlossen sein; dem wird jedoch im Text des Vorschlags nicht Rechnung getragen.
43. Der EDSB empfiehlt daher, im Wortlaut des Vorschlags klarzustellen, dass die **Bezugnahme auf Technik, die vor dem künftigen Inkrafttreten des Vorschlags regelmäßig verwendet wurde, nicht dem Einsatz von ähnlichen Zwecken dienender Technik entgegensteht**, die den Anforderungen an Datenminimierung sowie Datenschutz durch Technikgestaltung und datenschutzfreundliche Voreinstellungen genügt und deshalb datenschutzfreundlicher ist.

3.8. Datenschutz-Folgenabschätzung und vorherige Konsultation

44. In Erwägungsgrund 10 des Vorschlags wird klargestellt, dass *gegebenenfalls* die Anforderung gilt, vor Einführung der betreffenden Technik eine Folgenabschätzung für die beabsichtigten Verarbeitungsvorgänge gemäß Artikel 35 DSGVO vorzunehmen.
45. Der EDSB weist darauf hin, dass gemäß Artikel 35 Absatz 1 DSGVO eine Datenschutz-Folgenabschätzung (im Folgenden „DSFA“) vorzunehmen ist, wenn die Verarbeitung wegen der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung voraussichtlich ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge hat. Unter Berücksichtigung der einschlägigen Leitlinien dürfte die im Vorschlag vorgesehene Verarbeitung diesen Umfang sehr wahrscheinlich erreichen (da die Verarbeitung in großem Umfang erfolgt und es sich um sensible Daten oder höchstpersönliche Daten Art usw. handelt).⁴⁰
46. Der EDSB empfiehlt, nicht zuletzt im Hinblick auf die Rechtssicherheit, die ausdrückliche Anforderung aufzunehmen, dass für jede Verarbeitung, die in den Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Ausnahme fällt, eine DSFA im Sinne von Artikel 35 DSGVO vorzunehmen ist. Auch wenn eine DSFA für Verarbeitungsvorgänge, die bereits am

25. Mai 2018 ausgeführt wurden⁴¹, nicht immer obligatorisch sein mag, sollten für die Verarbeitung Verantwortliche im Rahmen ihrer allgemeinen Rechenschaftspflichten zu gegebener Zeit auch eine DSFA durchführen⁴². Würde diese Anforderung ausdrücklich hinzugefügt, böte sie zusätzliche Klarheit wie auch eine Zusicherung, dass die Verarbeitung in Einklang mit der DSGVO erfolgen wird.

47. Was die Anforderung bezüglich der vorherigen Konsultation gemäß Artikel 36 DSGVO angeht, stellt der EDSB fest, dass die vom Rat⁴³ vorgeschlagene Anforderung vorsieht, dass das in Artikel 36 DSGVO geregelte Verfahren der vorherigen Konsultation auf jede Technik Anwendung findet, die nicht bereits vor Inkrafttreten des Vorschlags verwendet wurde. Der EDSB wünscht jedoch hervorzuheben, dass eine solche Verpflichtung, wenn eine DSFA hohe Restrisiken feststellt, weiter Anwendung findet.⁴⁴
48. Abschließend hebt der EDSB hervor, dass **Leitlinien von Datenschutzaufsichtsbehörden die erforderliche Rechtsgrundlage nicht ersetzen können**. Da der Vorschlag eine Ausnahme von der Vertraulichkeit der Kommunikation vorsieht, **genügt es nicht**, vorzusehen, dass die vorübergehende Ausnahme **die DSGVO „unberührt lässt“**, und die vorherige Konsultation der Datenschutzbehörden vorzuschreiben und/oder den EDSA um den Erlass von Leitlinien zu ersuchen. Der Mitgesetzgeber muss seiner Verantwortung gerecht werden und sicherstellen, dass die vorgeschlagene Ausnahme den Anforderungen genügt, die gemäß Artikel 15 Absatz 1 nach der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung einzuhalten sind.

3.9. Geltungsdauer der vorübergehenden Ausnahme

49. Gemäß Artikel 4 des Vorschlags gilt die Verordnung vom 21. Dezember 2020 bis zum 31. Dezember 2025, d. h. für einen Zeitraum von fünf Jahren. In Erwägungsgrund 16 heißt es, dass die Geltungsdauer der Verordnung gewählt wurde, weil dies ein *„Zeitraum [ist], der vernünftigerweise für die Annahme eines neuen langfristigen Rechtsrahmens mit detaillierteren Schutzvorkehrungen erforderlich sein dürfte“*. Sollten die angekündigten langfristigen Rechtsvorschriften vor diesem Tag angenommen werden und in Kraft treten, so sollte die Verordnung aufgehoben werden.
50. Der EDSB hält den Zeitraum von fünf Jahren für zu lang und für unverhältnismäßig, da der Text der Rechtsvorschrift weder (a) einen vorherigen Nachweis der Verhältnismäßigkeit der vorgesehenen Maßnahmen noch (b) hinreichende Schutzvorkehrungen vorsieht. **Er empfiehlt, dass die Geltungsdauer der vorübergehenden Maßnahme keinesfalls mehr als zwei Jahre betragen sollte.**
51. Sollte der Vorschlag angenommen werden, so wird er unweigerlich als Präzedenzfall für künftige Rechtsvorschriften zur Bekämpfung der Verbreitung rechtswidriger Inhalte im Internet dienen, insbesondere in Bezug auf vertrauliche Kommunikationen. **Der EDSB hält es für sehr wichtig, dass der Vorschlag nicht angenommen wird, nicht einmal in Form einer vorübergehenden Ausnahme, solange der Vorschlag nicht sämtliche erforderlichen Schutzvorkehrungen und alle noch fehlenden Elemente enthält, die in diesen Empfehlungen aufgeführt sind.**

4. SCHLUSSFOLGERUNGEN

52. Die im Vorschlag vorgesehenen Maßnahmen würden einen Eingriff in die Grundrechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens und den Schutz personenbezogener Daten sämtlicher Benutzer sehr beliebter elektronischer Kommunikationsdienste wie Instant-Messaging-Plattformen und -Anwendungen darstellen. Auch freiwillige Maßnahmen von Privatunternehmen können einen Eingriff in diese Rechte darstellen, wenn die Maßnahmen die Überwachung und Analyse des Kommunikationsinhalts und die Verarbeitung personenbezogener Daten umfassen.
53. Die Themen, um die es hier geht, betreffen nicht spezifisch die Bekämpfung des Kindesmissbrauchs, sondern jede Initiative, die auf die Strafverfolgungszwecke dienende Zusammenarbeit mit dem Privatsektor abzielt. Würde der Vorschlag angenommen, so würde er unweigerlich als Präzedenzfall für künftige gesetzgeberische Maßnahmen auf diesem Gebiet dienen. Für den EDSB ist es daher von wesentlicher Bedeutung, dass der Vorschlag nicht angenommen wird, nicht einmal in Form einer vorübergehenden Ausnahme, solange der Vorschlag nicht sämtliche erforderlichen Schutzvorkehrungen berücksichtigt, die in dieser Stellungnahme aufgeführt sind.
54. Im Interesse der Rechtssicherheit hält der EDSB eine Klarstellung für erforderlich, ob der Vorschlag selbst als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung im Sinne der DSGVO gedacht ist oder nicht. Falls nicht, empfiehlt der EDSB, im Vorschlag selbst ausdrücklich klarzustellen, welche Rechtsgrundlage im Sinne der DSGVO in diesem spezifischen Fall anwendbar wäre. Diesbezüglich hebt der EDSB hervor, dass Leitlinien der Datenschutzbehörden die erforderliche Rechtsgrundlage nicht ersetzen können. Es genügt nicht, vorzusehen, dass die vorübergehende Ausnahme die DSGVO „unberührt“ lässt, und die vorherige Konsultation der Datenschutzbehörden vorzuschreiben. Der Mitgesetzgeber muss seiner Verantwortung gerecht werden und sicherstellen, dass die vorgeschlagene Ausnahme den Anforderungen genügt, die gemäß Artikel 15 Absatz 1 nach der vom Gerichtshof vorgenommenen Auslegung einzuhalten sind.
55. Um dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit zu genügen, muss eine Regelung klare und präzise Regeln für die Tragweite und die Anwendung der betreffenden Maßnahme vorsehen und Mindestanforderungen aufstellen, sodass die Personen, deren personenbezogene Daten betroffen sind, über ausreichende Garantien verfügen, die einen wirksamen Schutz dieser Daten vor Missbrauchsrisiken ermöglichen.
56. Das Fehlen einer genauen Angabe, welche Maßnahmen der Ausnahme unterliegen, dürfte die Rechtssicherheit beeinträchtigen.
57. Abschließend hält der EDSB den vorgeschlagenen Zeitraum von fünf Jahren für unverhältnismäßig, da (a) ein vorheriger Nachweis der Verhältnismäßigkeit der vorgesehenen Maßnahme fehlt und (b) der Text der Rechtsvorschrift keine hinreichenden Schutzvorkehrungen vorsieht. Nach Ansicht des EDSB sollten vorübergehende Maßnahmen keinesfalls für mehr als zwei Jahre gelten.

Brüssel, 10. November 2020

Wojciech Wiewiorowski

(elektronisch unterzeichnet)

Endnoten

¹ ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1.

² ABl. L 295 vom 21.11.2018, S. 39.

³ ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 89.

⁴ COM(2020) 607 final, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-security/20200724_com-2020-607-commission-communication_de.pdf

⁵ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) (ABl. L 201 vom 31.7.2002, S. 37 bis 47).

⁶ Verordnung (EU) Nr. 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) (ABl. L 321 vom 17.12.2018, S. 36).

⁷ COM(2020) 607 final, S. 5. In der Mitteilung wird ausgeführt, dass die e-Datenschutz-Richtlinie keine Rechtsgrundlage für die *freiwillige* Verarbeitung von Inhalts- und Verkehrsdaten zum Zwecke der Aufdeckung von sexuellem Kindesmissbrauch bietet, sodass die Anbieter solche Maßnahmen nur aufgrund einer nationalen legislativen Maßnahme anwenden können, die die in Artikel 15 der e-Datenschutzrichtlinie vorgesehenen Anforderungen an die Einschränkung des Rechts auf Vertraulichkeit (Verhältnismäßigkeit usw.) erfüllt. Ohne solche legislativen Maßnahmen würden Maßnahmen zur Aufdeckung von sexuellem Kindesmissbrauch, die von diesen Anbietern, die Inhalts- oder Verkehrsdaten verarbeiten, ergriffen werden, einer Rechtsgrundlage entbehren.

⁸ COM(2020) 568 final, 2020/0259 (COD), Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über eine vorübergehende Ausnahme von bestimmten Vorschriften der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Verwendung von Technik durch Anbieter nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste zur Verarbeitung personenbezogener und anderer Daten zwecks Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern im Internet, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/interim-regulation-processing-personal-and-other-data-purpose-combatting-child-sexual-abuse>

⁹ In Artikel 2 Absatz 5 der EECC-Richtlinie ist der Begriff „*interpersoneller Kommunikationsdienst*“ definiert als „*gewöhnlich gegen Entgelt erbrachter Dienst, der einen direkten interpersonellen und interaktiven Informationsaustausch über elektronische Kommunikationsnetze zwischen einer endlichen Zahl von Personen ermöglicht, wobei die Empfänger von den Personen bestimmt werden, die die Kommunikation veranlassen oder daran beteiligt sind; dazu zählen keine Dienste, die eine interpersonelle und interaktive Kommunikation lediglich als untrennbar mit einem anderen Dienst verbundene untergeordnete Nebenfunktion ermöglichen*“. Ein „*nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienst*“ ist „*ein interpersoneller Kommunikationsdienst, der weder eine Verbindung zu öffentlich zugewiesenen Nummerierungsressourcen, nämlich Nummern nationaler oder internationaler Nummerierungspläne, herstellt noch die Kommunikation mit Nummern nationaler oder internationaler Nummerierungspläne ermöglicht*“ (Artikel 2 Absatz 7 des Kodex).

¹⁰ Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates, ABl. L 335 vom 17.12.2011, S. 1.

¹¹ Das Tatbestandsmerkmal „*unrechtmäßig*“ bedeutet, dass die Mitgliedstaaten Rechtfertigungsgründe vorsehen können, etwa für Handlungen im Zusammenhang mit pornografischem Material, beispielsweise für Handlungen, die medizinischen, wissenschaftlichen oder ähnlichen Zwecken dienen. Handlungen können auch aufgrund nationaler Ermächtigungsgrundlagen gestattet werden, etwa der legitime Besitz von Kinderpornografie zu behördlichen Zwecken, beispielsweise um Strafverfahren durchzuführen oder Straftaten zu verhindern, aufzudecken oder zu untersuchen. Andere Rechtfertigungsgründe oder entsprechende relevante Rechtsgrundsätze, nach denen unter bestimmten Umständen keine strafrechtliche Verantwortung gegeben ist, sind nicht ausgeschlossen, beispielsweise in Bezug auf die Aktivitäten von Telefon- oder Internet-Hotlines, die derartige Fälle melden. Erwägungsgrund 25 der Richtlinie 2011/93/EU.

¹² Artikel 5 Absätze 3, 4 und 5 der Richtlinie 2011/93/EU.

¹³ Artikel 11 und Artikel 25 Abs. 1 der Richtlinie 2011/93/EU.

¹⁴ Artikel 25 Absatz 2 der Richtlinie 2011/93/EU.

¹⁵ Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie von Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI vom 10. Mai 2010, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/10-05-10_child_abuse_de.pdf.

¹⁶ Gerichtshof der Europäischen Union, La Quadrature du Net u. a., verbundene Rechtssachen C-511/18, C-512/18 und C-520/18, 6. Oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:791, Rn. 121.

¹⁷ Erwägungsgrund 15 der Richtlinie (EU) Nr. 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) (ABl. L 321 vom 17.12.2018, S. 36).

¹⁸ Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie von Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI, Rn. 5.

¹⁹ Gerichtshof der Europäischen Union, La Quadrature du Net u. a., verbundene Rechtssachen C-511/18, C-512/18 und C-520/18, 6. Oktober 2020, ECLI:EU:C:2020:791, Rn. 128.

²⁰ Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union, La Quadrature du Net u. a., verbundene Rechtssachen C-511/18, C-512/18 und C-520/18, 6. Oktober 2020, ECLI: EU:C:2020:791, Rn. 126.

²¹ Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie von Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/ JI vom 10. Mai 2010, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/10-05-10_child_abuse_de.pdf, Rn. 7.

²² Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union, La Quadrature du Net u. a., verbundene Rechtssachen C-511/18, C-512/18 und C-520/18, 6. Oktober 2020, ECLI: EU:C:2020:791, Rn. 132.

²³ Ebenda.

²⁴ Ebenda.

²⁵ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1-88.

²⁶ Begründung des Vorschlags für die vorübergehende Verordnung, S. 2.

²⁷ Artikel 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG, WP 217, 9. April 2014, S. 36 f.

²⁸ Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache Fashion ID, 29. Juli 2019, C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629, Rn. 95.

²⁹ Vgl. auch: Der Europäische Datenschutzbeauftragte, Beurteilung der Erforderlichkeit von Maßnahmen, die das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten einschränken: Ein Toolkit, 11. April 2017, S. 10 Schritt 1 der Checkliste für die Beurteilung der Erforderlichkeit neuer Legislativmaßnahmen verlangt „*eine detaillierte faktische Darstellung der vorgeschlagenen Maßnahme und ihres Zwecks, die jeder Beurteilung vorausgeht*“.

³⁰ Leitlinien des EDSB für die Bewertung der Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen, die die Grundrechte auf Privatsphäre und den Schutz personenbezogener Daten einschränken, 19. Dezember 2019, S. 23 (abrufbar unter https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/19-12-19_edps_proportionality_guidelines2_de.pdf).

³¹ Leitlinien des EDSB für die Bewertung der Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen, die die Grundrechte auf Privatsphäre und den Schutz personenbezogener Daten einschränken, 19. Dezember 2019, S. 23, abrufbar unter https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/19-12-19_edps_proportionality_guidelines2_de.pdf

³² Während die vorgeschlagenen Maßnahmen gemäß Artikel 3 des Vorschlags „*aufbewährte Technik beschränkt [bleiben], die von Anbietern nummernunabhängiger interpersoneller Kommunikationsdienste zu diesem Zweck bereits vor dem Inkrafttreten dieser Verordnung regelmäßig verwendet worden ist ...*“, sind dem Vorschlag keine näheren Angaben zu der „*bewährten Technik*“ zu entnehmen, die Rechtssicherheit hinsichtlich der zulässigen Maßnahmen schaffen könnten.

³³ In Erwägungsgrund 11 des Vorschlags heißt es, dass „[d]er Verweis auf die Technik ... *erforderlichenfalls auch eine menschliche Überprüfung [einschließt], die sich unmittelbar auf die Verwendung und Beaufsichtigung der Technik bezieht*“. Daraus wird jedoch nicht deutlich, unter welchen Umständen eine menschliche Überprüfung erfolgt, sondern lediglich, dass eine solche nicht in allen Fällen stattfindet.

³⁴ Vgl. dagegen z. B. Artikel 7 (Aufbewahrung von Inhalten und zugehörigen Daten) des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, Brüssel, 12.9.2018, COM(2018) 640 final.

³⁵ Im Vorschlag heißt es, dass in Bezug auf Daten, die zuverlässig als Kinderpornografie identifiziert wurden, Daten nur zur Erstellung einer eindeutigen, unumkehrbaren digitalen Signatur (Hashwert) aufbewahrt werden dürfen; es gibt jedoch weder ausdrückliche Angaben dazu, welche Stellen befugt wären, eine Kopie der als Kinderpornografie identifizierten Originaldaten aufzubewahren, noch dazu, zu welchem Zeitpunkt der Anbieter gehalten wäre, die zuverlässig als Kinderpornografie identifizierten Daten zu löschen.

³⁶ Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie von Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI, 10. Mai 2010, Nr. 12, abrufbar unter https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/10-05-10_child_abuse_de.pdf.

³⁷ Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie von Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI, Nr. 13.

³⁸ Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie von Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI, Nr. 15.

³⁹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, Brüssel, 12.9.2018, COM(2018) 640 final.

⁴⁰ Vgl. Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zur Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) und Beantwortung der Frage, ob eine Verarbeitung im Sinne der Verordnung 2016/679 „*wahrscheinlich ein hohes Risiko mit sich bringt*“, WP 248 Rev. 01, 4. Oktober 2017.

⁴¹ Verarbeitung, die von einer Datenschutzaufsichtsbehörde nach Konsultation positiv beschieden wurde.

⁴² Ebenda, S. 17.

⁴³ Ministerrat der EU, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a temporary derogation from certain provisions of Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council as regards the use of technologies by number-independent interpersonal communications service providers for the processing of personal and other data for the purpose of combatting child sexual abuse online, 23. Oktober 2020, 2020/0259(COD).

⁴⁴ Ebenda, S. 18-19.