

ZWISCHEN ÖFFENTLICHKEITSAUFTRAG UND GESETZESBINDUNG

ZUM DILEMMA DEUTSCHER BEHÖRDEN BEI DER EINBINDUNG PRIVATER
SOCIAL-MEDIA-WERKZEUGE UND GEODATENDIENSTE IN IHRE INTERNETANGEBOTE

Prof. Dr. Mario Martini¹, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Straße 2, D-67346 Speyer
martini@uni-speyer.de

Saskia Fritzsche², Deutschen Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer,
Freiherr-vom-Stein-Straße 2, D-67324 Speyer
fritzsche@foev-speyer.de

Zusammenfassung

Öffentlich-rechtliche Rechtsträger aller staatlichen Ebenen binden in ihre Internetpräsenzen in großem Umfang Social-Media- und Geodatendienste privater Diensteanbieter ein. Die Vielfalt reicht von Facebook-Like-, Pinterest-Pin-It- und Twitter-Tweet-Buttons über Anfahrtsbeschreibungen via Google Maps bis hin zur Liveübertragung von Bürgerdialogen via YouTube-Channel. Sie sollen die Benutzerfreundlichkeit und die Weiterverbreitung der Inhalte erhöhen. Die vergabe- und wettbewerbsrechtliche Sensibilität der privaten Angebote machen sich die öffentlich-rechtlichen Anbieter dabei häufig nicht bewusst. Dies gilt nicht minder für die urheberrechtlichen und lizenzvertraglichen sowie datenschutzrechtlichen Konfliktlagen, die sich mit der Einbettung scheinbar kostenloser, tatsächlich aber »datenvergüteter« privater Dienste verbinden. Der Beitrag legt die relevanten rechtlichen Probleme offen und zeigt Lösungsansätze zur rechtskonformen Auswahl und Einbindung privater Dienste und Tools in behördliche Internetangebote auf.³

I. Benutzerfreundlichkeit als Erfolgsfaktor für E-Government-Angebote

Die Benutzerfreundlichkeit einer Webseite ist ein zentraler Erfolgsfaktor jedes Internetauftritts.⁴ Ihre Bedeutung beschränkt sich längst nicht nur auf E-Commerce-Angebote. Auch bei

¹ Mario Martini ist Lehrstuhlinhaber an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer.

² Saskia Fritzsche ist Forschungsreferentin am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung im Forschungsverbund »Der Staat im Web 2.0«.

³ Soweit nichts anderes vermerkt ist, wurden Internetquellen zuletzt am 26.6.2013 aufgerufen.

⁴ Sie zeichnet sich nicht allein durch objektive Funktionalitätsmerkmale wie schnelle Zugänglichkeit, logische Struktur und effiziente Navigation aus, sondern auch durch das »Look and Feel«, die Shareability einer Website

behördlichen Informationsseiten, insbesondere E-Government- und Open Government-Angeboten, hängt die Nutzungsintensität und damit die gesellschaftliche Relevanz nicht unwesentlich von deren Benutzerfreundlichkeit ab.⁵ Will die Verwaltung – dem Auftrag insbesondere des § 3 Abs. 1 EGovG entsprechend – bei der Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben via Internet einen Mehrwert an Service und Partizipationsoffenheit generieren, muss sie möglichst die gesamte Bevölkerung adressieren.⁶ Das bedingt eine Ausrichtung an den digitalen Lebenswelten der Nutzer. Diese sind nicht weniger heterogen als in der analogen Welt. Die Internetaktivitäten der Digital Natives, Digital Immigrants und Digital Outsider differieren deutlich.⁷ Über alle Nutzergruppen hinweg nimmt jedoch ein Informationskanal eine Schlüsselrolle ein: die sozialen Medien. Deren intensive Nutzung ist – ungeachtet aller Unterschiede⁸ – längst nicht mehr nur ein Phänomen jüngerer Generationen.⁹ Soziale Netzwerke, wie Facebook, die nahezu alle Lebensbereiche, Personen- und Altersgruppen durchdringen, übernehmen zusehends eine Gatekeeper-Funktion als Verwalter des Informationszugangs. Ihre Beliebtheit machen sich andere Homepages zunutze, indem sie Social-Media-Werkzeuge, d. h. Fan- und Follower-, Like- und Comment-Werkzeuge sozialer Medien, integrieren. Sie erzielen dadurch reichweitenstarke Multiplikationseffekte. Die Verknüpfung von Online-Beteiligungsangeboten der Verwaltung mit sozialen Medien erschließt die Kommunikationskanäle und das Aktivierungspotenzial sozialer Netzwerke. Gerade für Online-Partizipationsangebote der öffentlichen Verwaltung ist diese sog. Shareability von besonderer Relevanz. Denn die mit großem Aufwand entwickelten staatlichen Teilnehmungsplattformen sind bei den Bürgern noch weitgehend unbekannt.¹⁰ Ihre Mission erweiterter Einwirkungsmöglichkeiten auf die öffentliche Meinungsbildung erreichen sie aber nur dann, wenn sie eine hohe Verbreitung erfahren. Soziale Medien können helfen, Teilnehmungsgräben zu überbrücken, die entlang der Grenzen von Altersgruppen, Geschlecht, Bildung und Einkommen verlaufen.¹¹ Social-Media-Werkzeuge sind daher ein wichtiger Baustein für den

sowie die subjektive Erlebnisqualität (User Experience; definiert in Teil 210 der Normreihe EN ISO 9241, die Richtlinien für den Prozess zur Gestaltung gebrauchstauglicher interaktiver Systeme normiert); vgl. *Woletz/Joisten*, in: Passoth/Wehner, Quoten, Kurven und Profile: Zur Vermessung der sozialen Welt, 2012, S. 169 (170 f.).

⁵ Vgl. *Initiative D21*, eGovernment Monitor 2012, S. 13; *Kammer*, DIVSI Magazin 2/2012, S. 5. Zur Bedeutung der Benutzerfreundlichkeit von EU-Websites *Europäische Kommission*, »Informations Providers Guide« des EU Internet-Handbuchs (abrufbar unter http://ec.europa.eu/ipg/index_en.htm), Kap. Design.

⁶ Hinsichtlich der Barrierefreiheit für Nutzer mit Behinderung kann dies sogar einer Rechtspflicht entsprechen (vgl. § 11 Abs. 1 Satz 1 BGG).

⁷ Vgl. *DIVSI*, Milieu-Studie zu Vertrauen und Sicherheit im Internet, 2012, S. 16 ff.

⁸ Der Anteil von Social-Community-Nutzern nimmt ab der Altersgruppe der über 40-Jährigen nach wie vor signifikant ab, vgl. *Busemann/Gscheidle*, media perspektiven 2012, 380 (380 f.).

⁹ So etwa die Ergebnisse der Allensbacher Computer- und Technik-Analyse (ACTA) aus dem Jahre 2012 (vgl. *Bruttel*, Kommunikationspotentiale sozialer Netzwerke, S. 3 f., abrufbar unter http://www.ifd-allensbach.de/fileadmin/ACTA/ACTA_Praesentationen/2012/ACTA2012_Bruttel.pdf); s. auch *PwC*, »Social Media Deutschland 2012«, S. 19 und *Uzler/Schenk*, in: Schenk/Jers/Gölz, Die Nutzung des Web 2.0 in Deutschland, 2013, S. 201 f.

¹⁰ Vgl. *Initiative D21* (Fußn. 5), S. 24 f. In eine ähnliche Richtung weisen auch die Zahlen der Forsa-Studie »Open Government Monitor 2013: Wünschen Bürger mehr Beteiligung?«, S. 11.

¹¹ Vgl. *Initiative D21*, D21-Digital-Index, 2013, S. 22 f., 26 f. sowie S. 36 f. Zur Relevanz soziodemografischer Faktoren für die Internetnutzung s. auch insgesamt *DIVSI* (Fußn. 7), S. 16.

Partizipationserfolg behördlicher Online-Angebote. Entsprechend machen auch zahlreiche Verwaltungsträger von ihnen Gebrauch.


Der gute Zweck heiligt allerdings nicht die Mittel. Die Integration von Social-Media- ebenso wie von nutzerfreundlichen georeferenzierten Usability-Werkzeugen (insbesondere Geodatendiensten) stößt im hoheitlichen Kontext an rechtliche Grenzen. Diese reichen vom Urheber- und Lizenzvertragsrecht (unten II.) über das Datenschutzrecht (unten III.), bis hin zum Wettbewerbs- (unten IV.) und Vergaberecht (unten V.). Sie sind bislang weder zureichend ausgeleuchtet noch sind sich Behörden bei der Einbindung solcher Angebote der komplexen Implikationen und Folgen bewusst. Häufig steuert »Sachbearbeiter Zufall« die Auswahlentscheidung. Gleichzeitig ist die unklare Rechtslage ein zusätzlicher Bremsklotz für die Entwicklung moderner Partizipationsinstrumente und die Kommunikation zwischen Staat und Bürger.¹²

II. Lizenzrechtliche und urheberrechtliche Bindungen

Mit der Einbindung von Social-Media-Werkzeugen und Geodatendiensten gehen Behörden lizenzvertragliche Bindungen ein, die auf den urheberrechtlichen Schutz dieser Dienste aufsetzen. Die Programmierschnittstellen (Application Programming Interfaces - APIs) der privaten Anbieter, über die Behörden Social-Media-Werkzeuge einbinden, können als Computerprogramm durch § 69a UrhG urheberrechtlich geschützt sein. Bildmarken, Logos und Social Icons der eingebundenen Werkzeuge genießen bei hinreichender Schöpfungshöhe als Werk der angewandten Kunst Urheberrechtsschutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG.¹³ Zudem ist die Mehrheit der Logos und Icons als Bild- oder Wort-/Bildmarke eingetragen.¹⁴ Die Rohdaten der Geodatendienste sind gemäß §§ 87a ff. UrhG von dem Leistungsschutzrecht für Datenbankhersteller erfasst.¹⁵ Sofern die Kartengestaltung der eingebundenen Ausschnitte durch

¹² Vgl. *Steria Mummert Consulting*, Branchenkompass 2012 Public Services, S. 5 sowie die vom eGovernment Monitor 2012 (Fußn. 5), S. 8, 12 und 16 ff. belegte Wichtigkeit von Datenschutz und Datensicherheit als Stellschrauben für die Nutzung von E-Government-Angeboten durch die Bürger.

¹³ Vgl. *Schertz*, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010, § 79 Rdnr. 14.

¹⁴ So etwa das Facebook-»f« (Gemeinschaftsmarke Nr. 9 724 774), der Twitter-Vogel (vgl. Gemeinschaftsmarke Nr. 10 954 253) und das YouTube-Logo (Gemeinschaftsmarke Nr. 5 227 251). Als Wort-/Bildmarke angemeldet, aber aufgrund eingelegerter Widersprüche bislang nicht eingetragen ist der Google+-Icon  (EM 10 816 569).

¹⁵ Indem eine Behörde ihren Websitebesuchern in Gestalt von Karten und Routenberechnungen die Datensätze privater Geodatendienste zugänglich macht, greift sie in die ausschließlichen Recht des Diensteanbieters an der von ihm hergestellten Datenbank ein. Denn die öffentliche Zugänglichmachung i. S. v. § 19a UrhG gehört gemäß § 15 Abs. 2 Nr. 2 UrhG zum Recht der öffentlichen Wiedergabe nach § 87b Abs. 1 UrhG. Die Tatsache, dass regelmäßig nur Teilmengen der Gesamtdatenbank abgerufen werden, steht dem nicht entgegen. Denn die Anbieter eröffnen die Abrufmöglichkeit grundsätzlich unbeschränkt: Die Website-Besucher können aufgrund der eingebundenen dynamischen Kartenfunktionalitäten (Suchfunktion, Zoomen und Navigieren in den Karte etc.) Daten aus der gesamten Geodatenbank und nicht nur einen Teil der Datensätze des Geodatendiensteanbieters abfragen. Es kommt also für das Bestehen von Leistungsschutzrechten des Diensteanbieters nicht darauf an, ob die abgerufenen (d.h. vervielfältigten) Daten des Geodatendienstes für sich genommen jeweils einen – quantitativ oder qualitativ – wesentlichen Teil der Datenbank i.S.v. § 87b Abs. 1 UrhG bzw. Art. 7 Abs. 1 DatenbankRL darstellen. Maßgebend ist vielmehr, dass die gesamte Datenbank zugänglich gemacht wird; vgl. BGH, Urteil vom 25.3.2010, GRUR 2010, 1004 (1006, Rdnr. 30). Etwas anderes gilt allerdings, wenn statt der Einbindung einer Geodatenbank

Farbgebung, Beschriftung oder Symbolgebung eine schöpferische Gestaltungshöhe aufweist, kann sie überdies als Darstellung wissenschaftlich-technischer Art gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 7 UrhG Urheberrechtsschutz genießen.

Die Einbindung der Dienste und ihrer Symbole setzt daher einen wirksamen Lizenzerwerb voraus. Diesen knüpfen die Anbieter regelmäßig an Nutzungsbedingungen.¹⁶ Sie verlangen den Behörden zum einen eine Kennzeichnung lizenzierter Datensätze, Kartenausschnitte und Icons mit dem Markenzeichen, Logo oder Copyright-Vermerk des Diensteanbieters¹⁷ bzw. dem Namen des Datenbankherstellers ab¹⁸. Zum anderen ist regelmäßig auch die optisch freistehende Platzierung der Marke bzw. des Logos, eine mit anderen eingebundenen Social-Media-Diensten hinsichtlich Größe und Sichtbarkeit vergleichbar prominente Präsentation und die regelmäßige Aktualisierung der genutzten Buttons und Icons entsprechend dem jeweils aktuell zum Download angebotenen Design vorgeschrieben.

Eine Weiterverarbeitung oder Veränderung von Kartenmaterial ist regelmäßig (außer bei Open-Data-Lizenzen auf der Grundlage der Share-Alike-Verpflichtung)¹⁹ mit der Lizenz nicht vereinbar. Zudem dürfen die Behörden ihren Website-Nutzern die eingebundenen Dienste nur zu den datenschutzrechtlichen Endnutzerbedingungen der Datenanbieter zur Verfügung stellen.²⁰

III. Datenschutzrechtliche Konfliktlagen bei der Einbindung privater Social-Media-Werkzeuge und Geodatendienste

Viele der populären Web-2.0-Dienste sind bekannt für ihren immensen »Datenhunger« und ihr nach deutschen Standards in weiten Teilen unzulängliches Datenschutzniveau. Statt durch die

via API lediglich Rohdatenauszüge, z. B. der Open-Data-Datenbank von Open Street Map (OSM), genutzt werden. In diesem Fall hängt der urheberrechtliche Schutz davon ab, ob die genutzte Rohdatenmenge im Verhältnis zur Gesamtdatenbank quantitativ oder qualitativ wesentlich ist. Dies ist allerdings nach Sinn und Zweck der Leistungsschutzrechte der Datenbankhersteller bereits dann zu bejahen, wenn der genutzte Datenbankauszug dem Umfang nach selbst den Anforderungen an eine eigenständige Datenbank genügen würde.

¹⁶ In den Google Maps/Google Earth APIs Terms of Service (<https://developers.google.com/maps/terms>) findet sich die Datenbanklizenz unter Ziff. 8.3, für Nokia HERE enthalten die Terms and Conditions for Location Platform Services (http://developer.here.com/terms_conditions) in Ziff. 4 eine entsprechende Regelung.

¹⁷ Siehe etwa Ziff. 9.4 der Google Maps/Google Earth APIs Terms of Service (Fußn. 16), Ziff. 5(iv) der Terms and Conditions für die Location Platform Services von Nokia HERE (Fußn. 16) und Ziff. 8.2(f) der Microsoft® Bing™ Maps Platform APIs' Terms Of Use (abrufbar unter <http://www.microsoft.com/maps/product/terms.html>).

¹⁸ Siehe Ziff. 4.c.i. der CC-BY SA 3.0 DE-Lizenz sowie Ziff. 4.3 der ODbL v1.0.

¹⁹ Vgl. Ziff. 4 der ODbL v1.0.

²⁰ Vgl. insoweit bspw. Ziff. 9.3.(b) der Google Maps APIs Terms of Service (Fußn. 16), die den einbindenden Lizenznehmer dazu verpflichtet, seinerseits die (End-)Nutzer des integrierten Google Maps-Angebots zur Anerkennung der Google-Nutzungsbedingungen zu verpflichten. Letztere schließen wiederum eine Datenschutzerklärung ein, nach der u.a. gerätebezogene Informationen, Protokolldaten (insbesondere Einzelheiten der Nutzung, IP-Adressen, Browser-Informationen, Cookies) und standortbezogene Informationen bei mobilem Zugriff erhoben werden. Diese Daten nutzt Google u. a., um »maßgeschneiderte Inhalte anzubieten – beispielsweise um relevantere Suchergebnisse und Werbung zur Verfügung zu stellen« (<http://www.google.de/policies/privacy/>). Eine entsprechende Nutzungsbefugnis lässt sich auch Facebook gemäß seiner Erklärung der Rechte und Pflichten, Ziff. 9 Nr. 17, einräumen (http://www.facebook.com/legal/terms?locale=de_DE). Zu den sich damit verbindenden datenschutzrechtlichen Konsequenzen siehe unten III.

datenschutzrechtlich geforderte Zurückhaltung zeichnen sie sich durch datenstromintensive Privacy-Voreinstellungen und eine unbefristete Datenarchivierung aus. Über immer neue Dienstfunktionalitäten animieren sie ihre Nutzer zur Übermittlung weiterer wertvoller personenbezogener Informationen. Der Grund dafür ist einfach: Soziale Medien, Web-2.0-Plattformen und Online-Geodatendienste finanzieren sich aufgrund der Gratiskultur des Internets nicht über Entgelte, sondern aus dem Wertschöpfungspotenzial der Datenströme, die sie hervorsprudeln lassen. Diese bilden das Öl des 21. Jahrhunderts.²¹ Um den Rohstoff zu fördern, investieren die Anbieter Milliarden an Risikokapital, das sie in Gestalt der binär codierten Währung des Internets als Rendite einzulösen trachten. Big-Data-Generatoren wie Facebook und Google verfügen dabei schon jetzt über große Datenmengen und Analysetechniken, mittels derer sie umfassende Persönlichkeitsprofile ihrer Nutzer erstellen und verschiedenste Kategorisierungen nach Eigenschaftsclustern anbieten können.

Der »gläserne Nutzer« ist nicht nur in seinem Konsumverhalten berechen- und vorhersehbar. Die Durchleuchtung seines digitalen Nervensystems macht auch Erkenntnisse über seine sozialen Kontakte, intimen Vorlieben und gesellschaftspolitischen Orientierungen sichtbar. Auf der Basis von »Facebook-Likes« lassen sich soziografische Merkmale wie ethnische Zugehörigkeit, sexuelle Orientierung und politische Einstellung der Nutzer mit großer Genauigkeit ausforschen.²² Die »Like«-Informationen stellen aber nur eine von mindestens 84 Datengruppen dar, die Facebook aus seinen Nutzerprofilen und deren getrackten Nutzungsdaten generiert.²³ Das lässt erahnen, in welcher Bandbreite und mit welcher Präzision das Unternehmen Informationen zu jedem einzelnen Facebook-Nutzer bereitstellen kann – eine Erkenntnis, die sich etwa das Wahlkampfteam von US-Präsident Barack Obama im Wahlkampf 2012 mit Erfolg zunutze gemacht hat. Durch Verknüpfung des Obama-Netzwerks »my.barackobama.com« mit Facebook konnten Obamas Wahlkämpfer im virtuellen Freundeskreis registrierter Obama-Anhänger Unentschlossene sowie potenzielle Wechselwähler identifizieren und deren gezielte Ansprache ihren Anhängern mit Vorschlagslisten ans Herz legen.²⁴

Gleicht man die datenschutzrechtlichen Vorgaben des BDSG und des TMG mit den Nutzungsbedingungen bzw. Datenschutzerklärungen von Facebook, Google & Co. ab, treten mehrere Defizite der Datenerhebung und -verarbeitung zutage (unten 1. und 2.). Sie lassen die Frage nach der datenschutzrechtlichen Verantwortung öffentlicher Stellen in der datenschutzrechtlichen Dreiecksbeziehung auf den Plan treten (unten 3.). Aufsichtsmaßnahmen deutscher Datenschützer haben in jüngerer Zeit gleich mehrfach die datenschutzrechtlichen

²¹ Maßgeblich geprägt hat die Metapher der Blogbeitrag von *Michael Palmer* aus dem Jahr 2006 (http://ana.blogs.com/maestros/2006/11/data_is_the_new.html), der dem Zitat »Data is the New Oil« von *Clive Humby* mit schlagkräftigen Argumenten zu weltweiter Rezeption verhalf.

²² Vgl. *Kosinski et al.*, Proceedings of the National Academy of Sciences 110 (15), 5802 (5803).

²³ Vgl. dazu die von der Initiative »Europe vs. Facebook« bereitgestellte Auflistung, abrufbar unter http://www.europe-v-facebook.org/fb_cat1.pdf.

²⁴ Vgl. dazu etwa »Datenauswertung für den Wahlerfolg«, FAZ vom 2.9.2013, S. 22; »Wir wissen, wen du wählen wirst«, FAZ vom 31.8. 2013, S. 31.

Probleme und das Fehlen rechtssicherer Lösungen für die Nutzung von Social-Media-Schnittstellen durch öffentliche Stellen in den Blickpunkt gerückt.²⁵

1. Datenschutzrechtlicher Erlaubnisvorbehalt; Unwirksamkeit der Einwilligung

Als gesetzlicher Erlaubnistatbestand für die bei Social-Media- und Web-2.0-Diensten typische Erhebung und Verarbeitung von Protokoll-, Applikations-, Geräte- und Standortdaten kommt einzig § 15 Abs. 1 TMG infrage. Die Vorschrift gestattet die Erhebung und Verarbeitung derjenigen personenbezogenen Daten (unten a), die bei der Inanspruchnahme eines Telemediendienstes anfallen, soweit diese zur Dienstleistungserbringung erforderlich sind (unten b).²⁶

a) Webtracking-Daten als personenbezogene Daten

Die meisten Social-Media- und Geodatendienste-Werkzeuge zeichnen mittels Log-Dateien und Cookies²⁷ das Nutzungsverhalten der Besucher einbindender Website umfänglich auf (sog. Webtracking).²⁸ Dabei fallen u. a. Angaben über Datum und Uhrzeit des Besuchs, die URL der besuchten Seite(n), den Browser und das Betriebssystem sowie die IP-Adresse des Besuchers an.²⁹

Diese Daten sind jedenfalls dann personenbezogen (§ 3 Abs. 1 BDSG), wenn die Website-Besucher bereits namentlich registrierte Nutzer eines Social-Media-Angebots des Diensteanbieters sind. Denn der Anbieter kann den Nutzer dann im Regelfall anhand der auf dem Endgerät des Besuchers gespeicherten (sog. persistenten) Cookies³⁰ und Kennungen oder mittels Abgleich von Browser-Fingerprints³¹ identifizieren bzw. einem personenbezogenen Nutzerprofil zuordnen.³²

²⁵ Vgl. etwa die förmliche Beanstandung des Betriebs von Fanpages öffentlicher Stellen des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD), in deren Folge gegenwärtig Anfechtungsklagen beim VG Schleswig anhängig sind (vgl. den 34. Tätigkeitsbericht [2013] des ULD, S. 112) sowie die vom ULD im Dezember 2012 gegen die Facebook Inc. und die Facebook Ireland Ltd. erlassenen Anordnungen zur Entsperrung von Facebook-Nutzerkonten (dazu auch unter Fußn. 64).

²⁶ Vgl. *Runte*, in: *Lehmann/Meets*, Handbuch des Fachanwalts Informationstechnologierecht, 2. Aufl. 2011, Kap. 20 Rdnr. 191 f. und 199. Zur Abgrenzung zwischen Nutzungsdaten und sog. Inhaltsdaten bzw. der subsidiären Anwendbarkeit von §§ 28, 29 BDSG vgl. *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 15 TMG Rdnr. 3 m. w. N.

²⁷ Cookies sind kleine Datensätze, die der Webserver der besuchten Website oder der Webserver des per Plug-in eingebundenen Inhalts auf dem Rechner des Internetnutzers speichert. Sie können grundsätzlich sämtliche Informationen enthalten, die der Nutzer bei dem Besuch der gehosteten Seite kommuniziert sowie diejenigen, die der Webserver automatisch generiert. Besucht der Internetnutzer die Website erneut oder ruft er ein anderes von dem Webserver gehostetes Element auf, so ermöglicht der Cookie anhand der abgespeicherten Daten eine (zunächst meist pseudonyme) Identifikation des Nutzers.

²⁸ Zu den technischen Grundlagen des Webtracking vgl. *Karg/Thomsen*, DuD 2012, 729 (732) sowie *Ott*, K&R 2009, 308 (308 f.). Vgl. außerdem Stellungnahme 2/2010 der *Artikel-29-Datenschutzgruppe* zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting, WP 171 vom 22.6.2010, S. 6.

²⁹ Vgl. etwa die Auflistung »Von uns erhobene Informationen« in der Datenschutzerklärung von Google (Fußn. 20).

³⁰ Persistente Cookies werden anders als sog. Session Cookies über das Ende einer Browser-Sitzung hinaus bis zum Erreichen eines vom Server des Cookie-Versenders definierten Ablaufdatums gespeichert.

³¹ Vgl. zu diesen *Alich/Voigt*, CR 2012, 344 (345 f.).

³² Dazu *KG*, Beschluss vom 29.4.2011, MMR 2011, 464 (464 f.). Siehe auch *Heckmann*, in: *jurisPK-Internetrecht*, 3. Aufl. 2011, Kap. 9 Rdnr. 526 m. w. N.

Gleiches gilt, wenn der Nutzer zwar nicht registriert ist, aber gleichzeitig personenbezogene Informationen wie z. B. eine E-Mail-Adresse mit Namensbestandteilen übermittelt werden.

Andernfalls ist der Personenbezug der via Webtracking erhobenen Sachdaten weniger eindeutig. Legt man, wie die nationalen Datenschutzbeauftragten im Rahmen ihrer Aufsicht³³, einen *objektiven* Maßstab zugrunde, genügt insoweit auch eine indirekte Identifizierbarkeit durch – zumindest theoretisch möglichen – Zugriff auf Informationen Dritter, die den Personenbezug vorhandener Sachdaten herstellen.

Die unionsrechtliche Datenschutzrichtlinie teilt diese Sichtweise (nur) auf den ersten Blick. Sie berücksichtigt bei der Entscheidung über die Bestimmbarkeit alle Mittel, die »vernünftigerweise entweder von dem Verantwortlichen für die Verarbeitung oder von einem Dritten eingesetzt werden können«³⁴. »Dritter« ist aber nicht jeder denkbare Informant. Entsprechend der Zweckbestimmung der Richtlinie ist das vielmehr nur eine solche Person, die in der Einflussosphäre des Verantwortlichen steht oder mit ihm typischerweise bzw. vernünftigerweise Daten austauscht.³⁵ Entscheidend sind also die mit verhältnismäßigem Aufwand zugänglichen Identifikationsmöglichkeiten der jeweils verantwortlichen Stelle (*subjektive Bestimmbarkeit*).³⁶ Dieser Sichtweise folgt in der Sache auch das deutsche Datenschutzrecht. Das ergibt sich insbesondere aus § 3 Abs. 6 BDSG.³⁷ Er macht die Anonymität eines Datums und damit den Personenbezug von dem tatsächlich und praktisch verfügbaren Zusatzwissen, den Mitteln und Möglichkeiten der datenverarbeitenden Stelle selbst abhängig.³⁸

Doch auch von diesem weniger strengen Ausgangspunkt aus sind die von den Diensteanbietern erhobenen Daten in weitem Umfang im Sinne des § 3 Abs. 1 BDSG und § 15 Abs. 1 TMG personenbeziehbar. Denn je umfangreicher die vorhandenen Datenmengen, je größer der Anteil georeferenzierter Informationen und je ausgefeilter die Auswertungswerkzeuge werden, desto eher lässt auch ein bloßes sachbezogenes Datum durch Verknüpfung mit bereits vorhandenen bzw. öffentlich verfügbaren Personen- und Adressinformationen ohne unverhältnismäßigen Aufwand

³³ Vgl. etwa den Beschluss des *Düsseldorfer Kreises* zur »Datenschutzkonformen Ausgestaltung von Analyseverfahren zur Reichweitenmessung bei Internet-Angeboten« vom 26./27. November 2009, S. 2, demzufolge IP-Adressen generell ein personenbeziehbares Datum darstellen. Siehe auch *Weichert*, in: *Däubler/Klebe/Wedde/Weichert*, BDSG, 3. Aufl. 2010, § 3 Rdnr. 3.

³⁴ Erwägungsgrund Nr. 26 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, Abl. EG Nr. L 281 vom 23.11.1995, S. 31 ff. (EG-Datenschutzrichtlinie).

³⁵ Vgl. *Dammann*, in: *Simitis*, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 3 Rdnr. 26 ff. In diesem Sinne auch *Niemann/Scholz*, in: *Peters*, *Innovativer Datenschutz*, 2012, S. 109 (126); a.A. *Forgó/Krügler*, MMR 2010, 17 (18).

³⁶ Ebenso *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 4/2007 zum Begriff »personenbezogene Daten«, WP 136 vom 20.6.2007, S. 17 f.

³⁷ Der systematische Argumentationswert dieser Regelung hängt allerdings entscheidend davon ab, dass der Begriff der Anonymität datenschutzrechtlich als Antonym zum Begriff des Personenbezugs verstanden werden kann. Dazu *Dammann* (Fußn. 35), § 3 Rdnr. 24; *Härtling*, NJW 2013, 265 (266) veranschaulichen.

³⁸ In diesem Sinne auch *Spindler/Nink* (Fußn. 26), § 11 TMG Rdnr. 5a.; *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 3 Rdnr. 10; *Dammann* (Fußn. 35), § 3 Rdnr. 33; *Heckmann* (Fußn. 32), Kap. 9 Rdnr. 128; *Krüger/Maucher*, MMR 2011, 433 (436)

einen Rückschluss des Anbieters auf eine bestimmte natürliche Person zu.³⁹ Insbesondere Google und Facebook, die den Markt der Usability- und Shareability-Werkzeuge dominieren, können auf riesige Datenmengen zugreifen und verfügen über ausgefeilte Analyse-Werkzeuge, die immer feinere Raster über eine Person legen. Für ihre Daten ist eine Grenzziehung zwischen sachbezogenen und personenbezogenen Daten kaum mehr möglich. Aber auch kleinere Anbieter können durch Verknüpfung von Tracking-Daten, Browser-Fingerprints und öffentlichen Profil-Informationen in sozialen Netzwerken immer leichter und zuverlässiger Nutzer de-anonymisieren bzw. de-pseudonymisieren. So lassen sich etwa getrackte Nutzungsdaten über den Aufruf bestimmter Special-Interest-Websites und entsprechender Seiten in sozialen Netzwerken (Gruppen, Veranstaltungen etc.) bei Abgleich mit den dort vorfindlichen öffentlichen Nutzerprofilen im Verbund mit Google-Suchergebnissen (z. B. anderweitige Verwendung des Nutzernamens) und Informationen aus den Browser-Fingerprints (z. B. Standort) mit hoher Wahrscheinlichkeit einer bestimmten Person namentlich zuordnen.⁴⁰ Im Zweifel müssen daher auch Webtracking-Daten über das Nutzungsverhalten solcher Nutzer, die nicht bei den Websites der Tracking-Verantwortlichen registriert sind, als personenbezogene Daten behandelt werden.

b) Erforderlichkeit zur Erbringung des Dienstes

Eine Legitimationsgrundlage für die Erhebung und Verarbeitung eines Großteils dieser Daten scheint prima facie § 15 Abs. 1 TMG vorzuhalten, handelt es sich bei ihnen doch überwiegend um im dortigen Beispielskatalog genannte »Angaben zu Beginn, Ende und Umfang der jeweiligen Nutzung« sowie »Angaben über die vom Nutzer in Anspruch genommenen Telemedien«.⁴¹ § 15 Abs. 1 TMG gestattet deren Erhebung und Verarbeitung allerdings nur, soweit es ihrer zur Erbringung des jeweiligen Informations- und Kommunikationsdienstes *notwendig bedarf*.⁴² Der Zweck der Datenverarbeitung muss also unter den – vom Empfängerhorizont aus zu bestimmenden – Nutzungszweck des jeweiligen Angebots fallen.⁴³

aa) Geodatendienste

Einen durch die einbindende Website vordefinierten Kartenausschnitt einzublenden, setzt grundsätzlich keine personenbezogenen Daten des betrachtenden Nutzers voraus. Erforderlich kann allenfalls die Erhebung von Informationen über den Browser, die Sprache und die Bildschirmauflösung sein, um auf dieser Basis die bestmögliche Kartendarstellung zu gewährleisten. Sofern diese Daten personenbeziehbar sind, ist es aber nicht gerechtfertigt, sie zu

³⁹ Vgl. mit Blick auf den Personenbezug von Geodaten *Forgó/Krügel*, MMR 2010, 17 (19).

⁴⁰ Vgl. *Castelluccia/Narayanan*, Privacy considerations of online behavioural tracking, S. 9 ff., abrufbar unter http://www.enisa.europa.eu/activities/identity-and-trust/library/deliverables/privacy-considerations-of-online-behavioural-tracking/at_download/fullReport, m. w. N.

⁴¹ Dazu vgl. *Heckmann* (Fußn. 32), Kap. 9 Rdnr. 343 ff.

⁴² Zum Erforderlichkeitsprinzip vgl. *Heckmann* (Fußn. 32), Kap. 9 Rdnr. 346 ff.; *Spindler/Nink* (Fußn. 26), § 15 TMG Rdnr. 5; *Müller-Broich*, TMG, 2012, § 15 Rdnr. 2.

⁴³ Die Erforderlichkeit ist dabei für jeden einzelnen Datenverarbeitungsschritt (sämtliche Nutzungen und Übermittlungen an Dritte inbegriffen) zu untersuchen. Vgl. *Spindler/Nink* (Fußn. 26), § 15 TMG Rdnr. 5.

anderen Zwecken, insbesondere zur personalisierten bzw. individualisierten Werbung, zu verwenden und zu übermitteln.

bb) Social-Media-Dienste

Dasselbe gilt für eine Verwendung von Nutzungsdaten durch Anbieter sozialer Medien. Hier fehlt ein Erforderlichkeitszusammenhang zwischen der Erbringung des Social-Media-Dienstes und der Datenverarbeitung zu Werbezwecken. Zwar ist die Einblendung personalisierter Werbung ökonomisch notwendiger Bestandteil des Gratisangebots sozialer Netzwerke. Sie stellt aber keinen konkreten, entgeltbezogenen Abrechnungsvorgang im Sinne von § 15 Abs. 1 Satz 1 a. E. TMG dar, den das Gesetz privilegiert.⁴⁴

Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Social Plug-ins ist vielmehr von der Einholung einer Einwilligung der betroffenen Nutzer abhängig.

c) (Nicht-)Vorliegen einer informierten Einwilligung

Eine wirksame Einwilligung setzt nach § 12 Abs. 3 TMG i. V. m. § 4a Abs. 1 S. 2 BDSG voraus, dass sie auf einer freien und hinreichend informierten Entscheidung des Betroffenen basiert. Die Erklärung muss offen legen, auf welche personenbezogenen Daten sich die Datenverarbeitung bezieht und zu welchen Zwecken die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung erfolgt.⁴⁵

Facebook, Google & Co. eilt der Ruf voraus, lieber um Verzeihung als um Erlaubnis zu bitten. Sie versuchen, die Einwilligung durch das mit der Dienstenutzung konkludent erklärte Einverständnis mit der Datenschutzerklärung ihres Unternehmens zu erlangen.⁴⁶ Die Rechtsprechung des BGH lässt zwar eine formularartige Einwilligungserklärung grundsätzlich ausreichen.⁴⁷ Jedoch stellt die klauselbasierte Abfrage eines konkludenten, durch Weiterverwendung auszudrückenden Einverständnisses nicht hinreichend sicher, dass der Nutzer seine Einwilligung bewusst und eindeutig erteilt.⁴⁸ Dazu fehlt es an einem erkennbaren Warnmoment.⁴⁹

Die Datenschutzerklärungen der Social-Media- und Geodatendiensteanbieter lassen zudem regelmäßig die erforderliche Transparenz und Verständlichkeit der Unterrichtung vermissen. Auch

⁴⁴ Zum Begriff der Abrechnungsdaten vgl. *Schmitz*, in: Hoeren/Sieber, Multimedia-Recht, 33. EL 2012, Teil 16.2 Rdnr. 226.

⁴⁵ Vgl. *Gola/Schomerus* (Fußn. 38), § 4a Rdnr. 26 f.

⁴⁶ Vgl. die Nutzungsbedingungen von Facebook (Fußn. 20), von Google unter <http://www.google.de/policies/terms/regional.html> und von Microsoft BING (Ziff. 1.3) unter <http://windows.microsoft.com/de-de/windows-live/microsoft-services-agreement>.

⁴⁷ BGH, Urteil vom 16.7.2008, MMR 2008, 731 (732 ff.). Ob diese Rechtsprechung für den Online-Bereich auch nach Maßgabe der sog. E-Privacy-Richtlinie (zum Umsetzungsstand Fußn. 88) in deutsches Recht Geltung beanspruchen kann, bleibt abzuwarten; siehe dazu *Fischl*, K&R 2011, I (Editorial) und *Artikel-29-Datenschutzgruppe* (Fußn. 28), S. 19 ff.

⁴⁸ So für die Datenschutzbestimmungen von Google LG Hamburg, Urteil vom 7.8.2009, CR 2010, 53 (57).

⁴⁹ Dem entspricht die Vermutung, dass eine pauschale Einwilligung AGB-rechtlich regelmäßig wegen des ihr innewohnenden Überraschungseffekts gegen § 305c Abs. 1 BGB verstößt und unter dem Gesichtspunkt der unangemessenen Benachteiligung auch nach § 307 BGB unwirksam ist, vgl. *Helfrich*, in: Hoeren/Sieber, Multimedia-Recht, 33. EL 2012, Teil 16.1 Rdnr. 44.

die Präzision der Datenschutzerklärungen ist unzureichend: Sie muss der Intensität und Reichweite der Datenerhebung und -verarbeitung entsprechen, insbesondere über die betroffenen Daten, die Verarbeitungsziele und über eventuelle Übermittlungsadressaten bzw. Drittnutzungen aufklären.⁵⁰ Vage Formulierungen und Umschreibungen des Umfangs und der Art der Datenverarbeitung, denen sich weder sämtliche zu erfassende Daten noch die Bandbreite ihrer Nutzung durch den Anbieter hinreichend eindeutig entnehmen lassen, genügen dem nicht.⁵¹ Zwar birgt der damit einhergehende Informationsumfang die Gefahr, die Aufklärung unübersichtlich und intransparent werden zu lassen.⁵² Größer als sie ist jedoch das Risiko, dass eine betont einfach formulierte und kondensierte Datenschutzerklärung überhaupt keine kritische Reflexion der Betroffenen über die Folgen ihrer IT-Nutzung auslöst und die Auswirkungen der Erklärung nicht hinreichend deutlich macht.⁵³

Die unbestimmten Formulierungen und Umschreibungen der Art, des Umfangs und des Zwecks der Datenverarbeitung, die vor allem Facebook und Google wählen, sind regelmäßig keine taugliche Basis, um eine wirksame, d. h. informierte Einwilligung in die Datenerhebung und -verarbeitung, einzuholen.

d) Unzureichende Informationen über die Datenverarbeitung

Die Informationsdefizite bei Einholung der Einwilligung setzen sich in Verstößen gegen die Informationspflichten des § 13 Abs. 1 TMG fort. Diensteanbieter müssen den Nutzer bei Aufruf eines Telemediums über Art, Umfang und Zweck der Erhebung und Verwendung ihrer personenbezogenen Daten unterrichten.

Insbesondere müssen sie ihn beim Einsatz automatisierter Verfahren, die seine spätere Identifizierung ermöglichen und eine Erhebung oder Verwendung personenbezogener Daten vorbereiten, über diese Maßnahme aufklären. Webtracking durch eingebundene Social-Media- bzw. Geodatendienste-Werkzeuge erfüllt beide Tatbestandsvoraussetzungen des § 13 Abs. 1 Satz 2 TMG. Einerseits kommen hierbei automatisierte Verfahren wie z. B. Cookies zum Einsatz; andererseits sind die auf diese Weise erhobenen Informationen aufgrund von miterfassten, abgleichbaren Nutzeridentifikationsmerkmalen (wie IP-Adressen, Browser-Fingerprints) in besonderer Weise für eine Verknüpfung mit anderen Datenbeständen geeignet, um sie nachträglich auf bestimmte Personen zu beziehen.⁵⁴ Der alleinige Hinweis, dass ein Telemediendienst Cookies verwendet, genügt der Unterrichtungspflicht des § 13 Abs. 1 Satz 2 TMG nicht – auch dann nicht, wenn der Nutzer zugleich darüber informiert wird, dass er das Ablegen des Cookies durch Browser-Konfigurationen verhindern kann.⁵⁵ Erforderlich ist vielmehr eine umfassende

⁵⁰ Vgl. *Helfrich* (Fußn. 49), Teil 16.1 Rdnr. 48; *Simitis*, in: *Simitis*, BDSG, 7. Aufl. 2011, § 4a Rdnr. 77 ff.; *Gola/Schomerus* (Fußn. 38), § 4a Rdnr. 26 f.

⁵¹ Vgl. die Google-Datenschutzerklärung (Fußn. 29), die Online-Datenschutzbestimmungen von Microsoft unter <http://privacy.microsoft.com/DE-DE/fullnotice.aspx> und die NOKIA-Datenschutzerklärung für Produkte und Dienste unter <http://here.com/services/terms?locale=de-DE#privacyPolicyDiv>.

⁵² Zu diesem Dilemma *Spiecker gen. Döhmann*, K&R 2012, 717 (719).

⁵³ *Heckmann* (Fußn. 32), Kap. 9 Rdnr. 70.1.

⁵⁴ Vgl. dazu oben unter III. 1. a.

⁵⁵ Vgl. *Heckmann* (Fußn. 32), Kap. 9 Rdnr. 208.

Unterrichtung über die Art der automatisiert gesammelten Daten und ihren Verwendungszweck. Diese Detailgenauigkeit fehlt den Datenschutzerklärungen von Facebook, Google und Microsoft.⁵⁶

Die Datenschutzerklärungen der Anbieter lassen den Rückschluss zu, dass die Anbieter mit den gewonnenen Daten Nutzerprofile erstellen. Das ist unter Verwendung von Pseudonymen nach § 15 Abs. 3 TMG zum Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien zwar grundsätzlich zulässig. Allerdings haben die betroffenen Nutzer das Recht, dieser Verwendung zu widersprechen. Darauf sind sie im Rahmen der Unterrichtung nach § 13 Abs. 1 TMG hinzuweisen. Ein solcher Hinweis ist aber in keiner der Datenschutzerklärungen der »big three« enthalten.⁵⁷

2. Besondere Arten personenbezogener Daten

Ein weiterer datenschutzrechtlicher Konflikt resultiert aus der Sensibilität der Informationen, die behördliche Online-Angebote abfragen. So können etwa Äußerungen im Rahmen von Online-Konsultationen der öffentlichen Verwaltung Rückschlüsse auf politische Meinungen zulassen. Aus einem gehäuftem Zugriff eines getrackten Nutzers auf E-Government-Angebote, die sich spezifisch an Ausländer oder Menschen mit Behinderung richten, lassen sich – insbesondere in Verbindung mit der Nutzung barrierefreier Darstellungsoptionen oder Übersetzungshilfen – mitunter Hinweise auf den Gesundheitszustand oder die Nationalität der Nutzer ableiten.

Die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung solcher »besonderer Arten personenbezogener Daten«, namentlich von »Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit und Sexualleben« (§ 3 Abs. 9 BDSG) ist besonderen Restriktionen unterworfen: Die Einwilligung muss sich ausdrücklich auf diese Daten beziehen (§ 4a Abs. 3 BDSG, Art. 8 Abs. 2 lit. a EG-Datenschutzrichtlinie) – eine Einwilligung durch schlüssiges Handeln, wie sie die privaten Anbieter für ihre Social-Media- und Geodatendienste-Werkzeuge einholen, reicht dafür nicht aus.⁵⁸ Für das einwilligungslose Erheben, Verarbeiten oder Nutzen sensibler Daten müssen nach § 13 Abs. 2, § 14 Abs. 5 und § 28 Abs. 6-9 BDSG sowohl im öffentlichen als auch im privaten Bereich besondere Ausnahmetatbestände erfüllt sein, die teilweise zusätzlich zu spezifischen Bedarfsabwägungen verpflichten.⁵⁹ Diesen besonderen Anforderungen tragen aber die Datenschutzbestimmungen der kommerziellen Social-Media- und Geodatendienste-Anbieter keine Rechnung.⁶⁰

⁵⁶ Vgl. dazu oben III. 1. c.

⁵⁷ Vgl. den Absatz »Wie wir die von uns erhobenen Informationen nutzen« der Google-Datenschutzerklärung (Fußn. 29), den Absatz zur »Verwendung Ihrer persönlichen Daten« in den Onlinedatenschutzbestimmungen von Microsoft (Fußn. 51) und den Absatz »Wofür wir Ihre personenbezogenen Daten verwenden« der NOKIA Datenschutzerklärung für Produkte und Dienste (Fußn. 51).

⁵⁸ Vgl. *Dammann* (Fußn. 35), EG-RL Art. 8 Rdnr. 9.

⁵⁹ Vgl. dazu auch *Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder*, Orientierungshilfe »Soziale Netzwerke«, Stand: 14.3.2013, S. 33 f.

⁶⁰ Lediglich die Datenschutzbestimmungen von Google (Fußn. 29) gehen überhaupt auf die Problematik sensibler Daten ein: »Für die Weitergabe jeglicher sensibler Kategorien von personenbezogenen Daten benötigen wir Ihre ausdrückliche Einwilligung.« Die Erklärung ist jedoch ungenau. Denn nicht erst allein die Weitergabe, sondern schon die Erhebung setzt eine ausdrückliche Einwilligung voraus.

In weiten Teilen entspricht das Vorgehen zahlreicher Social-Media-Anbieter danach weder dem Vorbehalt einer gesetzlichen Ermächtigung bzw. einer informierten und freiwilligen Einwilligung (§ 12 Abs. 1 und 3 TMG i. V. m. § 4 Abs. 1 BDSG) noch den Anforderungen an die Unterrichtung der Betroffenen (§ 13 Abs. 1 TMG) und an den Umgang mit Nutzungsdaten (§ 15 TMG) sowie den Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit (§ 12 Abs. 3 TMG i. V. m. § 3a BDSG).

3. Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit

Binden öffentliche Stellen Soziale Medien bzw. Geodatendienste in ihre Online-Angebote ein, unterwerfen sie sich den Datenerhebungs- und Datenverarbeitungspraktiken der jeweiligen Diensteanbieter: Um die Rohdaten, APIs und Social Icons des jeweiligen Dienstes nutzen zu dürfen, müssen sie die Nutzungs- bzw. Lizenzbedingungen der Anbieter akzeptieren.⁶¹ Den Umfang des ausgelösten Datenaustauschs können sie dabei regelmäßig weder nachvollziehen noch beschränken.⁶² Verhandlungen über die Nutzung und Auswertung der Datenströme finden regelmäßig nicht statt. Möglicherweise sind die öffentlichen Stellen für rechtswidrige Datenerhebungen aber mitverantwortlich.

a) Bindung öffentlicher Stellen

Öffentliche Stellen sind aufgrund ihres notwendig in der Bundesrepublik gelegenen Behörden- bzw. Körperschaftssitzes im Rahmen ihres Verantwortungsbereichs immer an deutsches Datenschutzrecht gebunden.⁶³ Sie müssen also dafür Sorge tragen, dass ihr Internet-Angebot und die darin eingebundenen Dienste den Anforderungen deutschen materiellen Datenschutzrechts genügen; für Verstöße sind sie nach § 12 Abs. 3 TMG i. V. m. § 3 Abs. 7 BDSG bzw. nach den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften datenschutzrechtlich verantwortlich. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, welches Datenschutzrecht auf die an der Datenerhebung oder Verarbeitung beteiligten privaten Diensteanbieter anwendbar ist.⁶⁴ Dies wird nicht zuletzt an den

⁶¹ Vgl. dazu oben II.

⁶² So konnte auch das ULD in seiner datenschutzrechtlichen Bewertung der Facebook-Reichweitenanalyse (Gutachten vom 19.8.2011, <https://www.datenschutzzentrum.de/facebook/facebook-ap-20110819.pdf>) vielfach nur Vermutungen über den Umfang der Erhebung von Logdaten und ihre Verwendung sowie den Nutzungszweck der zahlreichen bei Aufruf der Facebook-Webschnittstelle gesetzten Cookies aufstellen.

⁶³ Das gilt selbst für deutsche Botschaften und Konsulate im Ausland, da diese zusammen mit dem Auswärtigen Amt eine einheitliche Bundesbehörde bilden (§ 2 GAD) und demgemäß ihre Zentrale im Inland haben. Vgl. zur Anwendbarkeit deutschen Datenschutzrechts auf Web 2.0-Angebote der öffentlichen Hand *Hoffmann/Brackmann/Schulz*, in: Schliesky/Schulz, *Transparenz, Partizipation, Kollaboration – Web 2.0 für die öffentliche Verwaltung*, 2012, S. 163 (178).

⁶⁴ Nicht auf alle ausländischen Anbieter von Datendiensten ist das deutsche Datenschutzrecht anwendbar. Entscheidend ist, ob das Unternehmen seinen Sitz innerhalb oder außerhalb der Europäischen Union bzw. eines EWR-Vertragsstaates hat. Liegt der Sitz *außerhalb* der EU bzw. der EWR-Vertragsstaaten, ist deutsches Datenschutzrecht anwendbar, wenn das Unternehmen personenbezogene Daten im Inland erhebt, verarbeitet oder nutzt (sog. Territorialitätsprinzip; § 3 Abs. 3 Nr. 4 TMG i. V. m. § 1 Abs. 5 Satz 2 BDSG). Hat der Anbieter demgegenüber eine für die Datenverarbeitung verantwortliche Niederlassung in einem EU-Mitgliedstaat bzw. einem EWR-Vertragsstaat, so findet das dortige nationale Datenschutzrecht Anwendung (Sitzprinzip; § 1 Abs. 5 Satz 2 BDSG i.V.m. Art. 4 der EG-Datenschutzrichtlinie [RL 95/46/EG]). Davon geht für die Anbieter ein Anreiz aus, datenverarbeitende Niederlassungen nur in denjenigen Ländern der Union zu unterhalten, die sich durch einen

Regelungen zur Auftragsverarbeitung deutlich: Für den Auftraggeber gilt deutsches Datenschutzrecht auch dann, wenn der Auftragnehmer seinen Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat (§ 11 Abs. 1 BDSG i. V. m. § 3 Abs. 8 Satz 3 BDSG) oder gar im EU-Ausland hat (§ 4b Abs. 2 BDSG).

Bei der Einbindung von Social Plug-ins und Geodatendiensten erwächst daraus ein Konformitätsdilemma. Denn für die Anbieter dieser Dienste besteht grundsätzlich kein Anreiz, das Datenschutzniveau ihrer Angebote ohne gesetzliche Verpflichtung an dem strengen Rechtsrahmen des deutschen Datenschutzrechts zu orientieren. Vielmehr werden sie allenfalls für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Anforderungen ihres Sitzlandes Sorge tragen. Sollten öffentliche Stellen aber auch für die Datenerhebung und -verarbeitung durch eingebundene Social-Media- und Geodatendienste datenschutzrechtlich (mit-)verantwortlich sein, stünden ihnen kaum technische Zugriffsmöglichkeiten auf die Datenverarbeitungsprozesse der Diensteanbieter offen. Sie könnten die gesetzlich geforderte Transparenz und Information, Datensparsamkeit und Zweckbindung nur in dem Maße sicherstellen, wie die privaten Anbieter ihre Datenverarbeitungspraktiken offenlegen.

b) Reichweite derivativer (Mit-)Verantwortlichkeit öffentlicher Stellen

Verantwortlich sind die öffentlichen Stellen nicht für jedes Verhalten, sondern nur so weit, wie sie personenbezogene Daten für sich selbst erheben, verarbeiten, nutzen oder dies durch andere im Auftrag vornehmen lassen (§ 3 Abs. 7 BDSG). Dieser Verantwortlichkeitsradius ist in erster Linie auf linear gestaltete, zweipolige Vertrags-, Nutzungs- und Auftragsbeziehungen zwischen Datenverarbeitern und davon Betroffenen ausgerichtet.⁶⁵ Das mehrpolige Zusammenspiel öffentlicher Stellen und privater Anbieter bei Datenerhebungen lässt sich damit nur schwer erfassen. Weder erhebt, verarbeitet oder nutzt die öffentliche Stelle die durch Einbinden der

niedrigen Datenschutzstandard auszeichnen. So erklärt sich die Niederlassung zahlreicher datenverarbeitender Unternehmen in Irland. Sieht man in den dortigen Unternehmenseinrichtungen nicht nur eine bloße Beschwerdestelle, sondern eine Niederlassung, ist auf seine Handlungen grundsätzlich irisches Datenschutzrecht anwendbar. Für Facebook hat sich diese Strategie bisher bezahlt gemacht: Das Schleswig-Holsteinische OVG hat jüngst eine datenschutzrechtliche Anordnung des Schleswig-Holsteinischen Datenschutzbeauftragten gegenüber der Facebook Germany GmbH für rechtswidrig erklärt. Da die Facebook Germany GmbH keine Daten in Deutschland erhebe, verarbeite oder nutze, sondern – anders als die Facebook Ireland Ltd. – lediglich im Bereich der Anzeigenakquise und im Bereich des Marketings tätig sei, unterliege Facebook insgesamt nicht deutschem, sondern irischem Datenschutzrecht (arg. § 3 Abs. 5 Satz 1 a. E.; vgl. Schleswig-Holsteinisches OVG, Beschluss vom 22.4.2013, NJW 2013, 1977; VG Schleswig, Beschl. vom 14.2.2013, Az. 8 B 61/12). Der Rationalität des unionsrechtlichen Datenschutzrechts entspricht es jedoch, neben der technischen Datenverarbeitung auch auf das Geschäftsmodell des Unternehmens abzustellen. Entscheidend für die räumliche Anwendbarkeit nationaler Datenschutzbestimmungen ist dann nicht, ob eine Niederlassung im Inland selbst die relevanten personenbezogenen Daten verarbeitet. Es kommt vielmehr darauf an, ob die inländische Niederlassung aufgrund der Wahrnehmung zentraler Funktionen im datenbezogenen Geschäftsmodell des Diensteanbieters eine bedeutende Rolle für die Verarbeitung personenbezogener Daten spielt. Das Geschäftsmodell von Facebook und Google ist darauf ausgerichtet, Werbekunden und Marketingpartnern mittels Datenerhebungen zielgruppenspezifizierte Werbeflächen und Reichweitenanalysen im Inland anbieten zu können. Die Inlandsniederlassung operiert zwar nicht als datenverarbeitende Stelle, aber als Bindeglied zum datennachfragenden Werbemarkt, weshalb diese Niederlassung die Anwendbarkeit deutschen Rechts begründet. In diesem Sinne zu Recht die Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen vom 25.6.2013, Rs. C-131/12, Rdnr. 60 ff.

⁶⁵ So auch *Moos*, ITRB 2012, 226 (227).

Dienste generierten Daten regelmäßig für sich selbst⁶⁶ noch werden die privaten Anbieter im Auftrag der öffentlichen Stellen datenverarbeitend tätig.⁶⁷ Eine Auftragsdatenverarbeitung setzt nämlich voraus, dass die privaten Diensteanbieter keine Entscheidungsbefugnis über die Daten haben bzw. bei der Verarbeitung unselbstständig tätig und den Weisungen des Auftraggebers unterworfen sind.⁶⁸ Erst die auf Hilfs- bzw. Unterstützungsfunktionen beschränkte Rolle des Auftragnehmers als »verlängerter Arm« rechtfertigt es, Auftraggeber und Auftragnehmer rechtlich als Einheit zu behandeln. Die Steuerungshoheit über die (technische) Ausgestaltung der Datenerhebung ebenso wie über die Aus- und Verwertung der via Social-Media-Werkzeuge bzw. Geodatendienste generierten Daten liegt jedoch nahezu ausschließlich bei den Diensteanbietern. Es ist gerade nicht die einbindende öffentliche Stelle, die den Prozess der Datenerhebung und -verarbeitung steuert.⁶⁹

Berücksichtigt man bei der Auslegung von § 3 Abs. 7 BDSG allerdings die unionsrechtliche Definition datenschutzrechtlicher Verantwortlichkeit, erscheint das Bild in einem anderen Licht. Art. 2 lit. d EG-Datenschutzrichtlinie stellt die Weichen für eine gemeinsame bzw. geteilte Verantwortung arbeitsteilig agierender Diensteanbieter und Websitebetreiber mit netzwerkartig organisierter Datenerhebungsinfrastruktur.⁷⁰ Er stellt darauf ab, ob die verantwortliche Stelle »allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet«. Die Einbindung von Diensten Dritter in eine Website kann danach eine (Mit-)Verantwortung auslösen, wenn der Dienst personenbezogene Daten an den Betreiber der Website oder Dritte übermittelt.⁷¹ Mitverantwortlich ist die einbindende öffentliche Stelle jedenfalls dann, wenn sie den Datenfluss mit dem Ziel auslöst, später auf die Ergebnisse der Datenverarbeitung des privaten Diensteanbieters in Form von Reichweitenanalysen und Nutzungsstatistiken zugreifen zu können. In diesem Fall partizipiert die öffentliche Stelle an der Datenerhebung und -verarbeitung.⁷² Sie ist in dieser Dreieckskonstellation nicht anders zu behandeln, als wenn sie die Daten selbst verarbeiten würde.

Ähnliches gilt in den Fällen, in denen der eingebundene Dienst Daten bereits übermittelt, bevor der Nutzer der Website ihn überhaupt aufruft (aktives Plug-in). In diesem Fall ist es nämlich die öffentliche Stelle, die den privaten Anbietern der eingebundenen Dienste technisch überhaupt erst die Datenerhebung ermöglicht. Sie entscheidet sich auch für eine Gestaltung, die dem Nutzer

⁶⁶ A. A. wohl KG, Beschluss vom 29.4.2011, MMR 2011, 464 (465), das den einbindenden Website-Betreiber als denjenigen ansieht, der die durch Social Plug-ins an den Drittanbieter übermittelten Daten erhebt.

⁶⁷ Vgl. *Ernst*, NJOZ 2010, 1917 (1918).

⁶⁸ Vgl. *Gola/Schomerus* (Fußn. 38), § 11 Rdnr. 3; *Heckmann* (Fußn. 32), Kap. 5 Rdnr. 113.

⁶⁹ Vgl. *Dammann* (Fußn. 35), § 3 Rdnr. 225. In einem noch unveröffentlichten Urteil vom 9.10.2013 zum Betrieb von Facebook-Fanpages verneint das VG Schleswig (Az. 8 A 218/11 u. a.) daher die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit. Der Betrieb von Fanpages unterscheidet sich indes von der Einbindung privater Web-2.0-Tools in staatliche Websites. Denn im letzteren Fall erlangt Facebook den Zugriff auf Nutzungsdaten eines hoheitlichen Angebots außerhalb seines eigenen sozialen Netzwerks.

⁷⁰ So auch *Moos*, ITRB 2012, 226 (229); *Ernst*, NJOZ 2010, 1917 (1918); *Karg/Thomsen*, DuD 2012, 729 (733) mit Verweis auf § 2 Nr. 1 TMG, wonach Diensteanbieter auch diejenigen Stellen sind, die den Zugang zur Nutzung vermitteln; wohl auch *Huppertz/Ohrmann*, CR 2011, 449 (454). A. A. *Voigt/Alich*, NJW 2011, 3541 (3541).

⁷¹ *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 1/2010 zu den Begriffen »für die Verarbeitung Verantwortlicher« und »Auftragsverarbeiter«, WP 169 vom 16.2.2010, S. 28 (Bsp. 14).

⁷² Vgl. *Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder* (Fußn. 59), S. 11.

überhaupt nicht erkennbar werden lässt, dass ein Dritter das eigene Nutzungsverhalten aufzeichnet.⁷³ Das hindert ihn faktisch an der richtigen Adressierung seiner gesetzlich gewährleisteten Betroffenenrechte auf Benachrichtigung, Löschung, Sperrung, Berichtigung und Widerspruch (§§ 13 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 7, 12 Abs. 3 TMG i. V. m. § 6 Abs. 1 BDSG). Einer interessengerechten Zuordnung von Verantwortlichkeiten entspricht es, dass der Nutzer zum Schutz dieser Rechte gerade bei komplexen, arbeitsteiligen Verarbeitungsformen sämtliche an der Datenerhebung und -verarbeitung Beteiligte als Verantwortliche in Anspruch nehmen kann. Nur so wirken sich Unklarheiten über die Verantwortlichkeit nicht zu seinen Lasten aus.⁷⁴

Das entspricht auch der Vorbildfunktion, die der öffentlichen Verwaltung im Umgang mit grundrechtssensiblen Rechtspositionen wie der informationellen Selbstbestimmung zukommt. Behörden sind insbesondere verpflichtet, ihre Online-Angebote von Störungen der öffentlichen Sicherheit freizuhalten.⁷⁵ Geschäftsmäßige Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorgaben, die systematisch den Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts unterwandern, stören die öffentliche Sicherheit.⁷⁶ Auf eine besondere Einstandsfunktion der öffentlichen Verwaltung für ein aus ihrer Sphäre stammendes Verhalten weist auch die datenschutzrechtliche Regelung des § 16 Abs. 2 BDSG hin: Sie verortet die Verantwortung für Datenübermittlungen an nicht-öffentliche Stellen allein bei den übermittelnden öffentlichen Stellen. Diese in die Verantwortung einzubeziehen, entspricht auch einem staatshaftungsrechtlichen Grundgedanken: Die öffentliche Hand kann sich von der Haftung für Rechtsverletzungen, die von zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Anspruch genommenen Dienstleistern ausgehen, nicht ohne Weiteres umfassend freizeichnen.⁷⁷

Allerdings reicht die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit öffentlicher Stellen für den von ihnen eröffneten Datenfluss auch nicht unbegrenzt. Je weiter sich die Datenverarbeitung der privaten Diensteanbieter zeitlich von der Erhebung entfernt, welche die öffentliche Stelle ermöglicht hat, desto weniger ist regelmäßig eine relevante arbeitsteilige Mitwirkung der öffentlichen Stelle an etwaigen Datenschutzverstößen begründbar. Für die öffentliche Stelle ist beispielsweise im Zeitpunkt der Datenübermittlung an private Diensteanbieter nicht absehbar, ob diese nachträglich den Zweck der Datenverarbeitung ändern, ohne die erforderliche neue Einwilligung der Betroffenen einzuholen, oder ob die Diensteanbieter bzw. ihre Werbekunden die auf der Behörden-Website erhobenen Nutzungsdaten rechtswidrig mit anderweitig gespeicherten Profildaten der Betroffenen zusammenführen. Von einem »(Mit-)Entscheiden« der Behörde i. S. v. Art. 2 lit. d EG-Datenschutzrichtlinie über diese (rechtswidrigen) Verarbeitungszwecke lässt sich

⁷³ Dies gilt in gesteigertem Maße für die Nutzung des Dienstes »Google Analytics«, der bereits ohne Aktivierung eines Social Plug-ins und damit ohne jedes Zutun des Nutzers Nutzungsdaten erhebt und verarbeitet. Allerdings bietet Google Endnutzern mittlerweile ein Browser-Add-on zur Deaktivierung von Google Analytics an (vgl. <https://tools.google.com/dlpage/gaoptout?hl=de>).

⁷⁴ So die *Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder* (Fußn. 59), S. 11.

⁷⁵ Vgl. *Frey*, DÖV 2005, 411 (420).

⁷⁶ Insoweit lassen sich auch Überlegungen zur Ordnungs- und Polizeipflichtigkeit des Zustandsstörers und des Zweckveranlassers fruchtbar machen.

⁷⁷ Vgl. dazu – wengleich mit Fokussierung auf die Möglichkeit einer hoheitlichen Qualifizierung des Handelns im Interesse der Verwaltung tätiger Unternehmen – *Notthoff*, NVwZ 1994, 771 ff..

dann nicht mehr sprechen. Anders verhält es sich aber dann, wenn ein entsprechender Umgang mit den Daten von Beginn an absehbar war (Stichwort »Datenschutzverstoß als Geschäftsmodell«⁷⁸).

Eine Behörde, welche die genannten Dienste einbindet, ist nach alledem für Datenschutzverstöße der eingebundenen Dienste dann mitverantwortlich, wenn

- sie die von den privaten Anbietern auf ihrer Website erhobenen Daten z. B. in Form von Reichweitenanalysen und sonstigen Statistiken selbst nutzt,
- sie die Einbindung so gestaltet, dass das Werkzeuge, ohne dass es der Nutzer angeklickt hat Nutzungsdaten an die privaten Anbieter übermittelt, oder
- das eingebundene Angebot mit Blick auf sein Datenschutzkonzept ersichtlich ein datenschutzrechtswidriges Geschäftsmodell verfolgt.

Vor Einbindung privater Dienste muss die Behörde daher prüfen, ob und welche Datenschutzängel das avisierte Angebot aufweist und ob diese Mängel bei Einbindung in die Behörden-Website zum Tragen kommen.

c) Originäre behördliche Datenschutzrechtsverstöße

Die Einbindung privater Social-Media-Werkzeuge und Geodatendienste kann darüber hinaus auch originäre Datenschutzrechtsverstöße begründen, die nicht den privaten Diensteanbietern, sondern allein der einbindenden Behörde zur Last fallen.

Das kann namentlich eine Folge des datenschutzrechtlichen Koppelungsverbots sein. Es kann die Freiwilligkeit einer erforderlichen datenschutzrechtlichen Einwilligung entfallen lassen. Die Freiwilligkeit steht grundsätzlich immer dann infrage, wenn ein Anbieter die Einwilligung zur Voraussetzung eines Vertragsabschlusses bzw. der Inanspruchnahme einer Leistung erhebt, ohne dass die Datenverarbeitungen dem originären Vertragszweck des verkoppelten Geschäfts dienen.⁷⁹ Für die Datenverarbeitung und Nutzung zum Zwecke des Adresshandels oder der Werbung normiert § 28 Abs. 3b Satz 1 BDSG daher ein gesetzliches Verbot der vertraglichen Koppelung von Einwilligung und Leistung, sofern dem Nutzer ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist.⁸⁰ Zwar nimmt keiner der Social-Media- bzw. Geodatendienste-Anbieter eine Monopolstellung ein. Jedoch handelt es sich bei *behördlichen* Internetauftritten und Online-Plattformen, die die Geodatendienste bzw. Social Plug-ins privater Anbieter einbinden, um nicht substituierbare, singuläre Angebote und zudem um öffentliche Einrichtungen.⁸¹ Auf deren zweckgerechte Nutzung haben die Bürger im Rahmen der Zweckbestimmung des behördlichen Online-Angebots einen gesetzlichen (Zugangs-)Anspruch. Die Nutzungsbedingungen privater Dienste dürfen ihn nicht untergraben. Nutzt eine behördlich betriebene Website Social Plug-ins oder Geodatendienste – wie etwa einen Like-Button als Abstimmungsinstrument oder einen digitalen Stadtplan als Grundlage einer

⁷⁸ Vgl. zu dieser Begriffsprägung *Weichert*, DuD 2012, 716 ff.

⁷⁹ Vgl. dazu *Gola/Schomerus* (Fußn. 38), § 4a Rdnr. 19 f.; *Zscherpe*, MMR 2004, 723 (727).

⁸⁰ Dazu *Peifer*, MMR 2010, 524 (525); zur alten Rechtslage, die das Kopplungsverbot noch im TMG verortete: *Bauer*, MMR 2008, 435 (436 f.).

⁸¹ Dazu *Frey*, DÖV 2005, 411 (411 ff.); *Roggenkamp*, Web 2.0-Plattformen im kommunalen E-Government, 2010, S. 68 ff.

Anliegenmanagement-Website – als Basisfunktion, verknüpft sie die Einwilligung in – u. a. zu Werbezwecken erfolgende – Datenerhebungen der privaten Diensteanbieter mit dem funktionalen Leistungszugang. Der Regelungsgehalt des Kopplungsverbots ist berührt. In diesen Fällen ist die eingeholte Einwilligung daher (auch) nach § 12 Abs. 3 TMG i. V. m. § 28 Abs. 3b Satz 2 BDSG (bzw. § 28 Abs. 3b Satz 2 BDSG analog) unwirksam und die die Datenerhebung daher rechtswidrig.

Zusätzlich verschärft die sog. E-Privacy-Richtlinie⁸² für öffentliche Stellen die Anforderungen an die automatisierte Datenverarbeitung. Sie verlangt für cookie-gestützte Webtracking-Verfahren, die Informationen im Endgerät des Nutzers für einen späteren Zugriff speichern, eine Einwilligung des Nutzers – und zwar unabhängig von einem Personenbezug der gespeicherten Informationen.⁸³ Sie in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Datenschutzvorschriften zu verstecken, ist unzureichend, weil intransparent.⁸⁴ Einwilligunglos ist der Einsatz von Cookies nur dann zulässig, wenn ein Dienst, den ein Nutzer ausdrücklich wünscht, dies erforderlich macht (Art. 5 Abs. 3 Satz 2 EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation in der durch die E-Privacy-Richtlinie novellierten Fassung).⁸⁵ Ist dies der Fall, dürfen Social Plug-ins zwar Session-Cookies zum Teilen oder »Liken« von Inhalten einsetzen, persistente Cookies⁸⁶ aber nur dann, wenn die automatische Wiedererkennung für den Nutzer (z. B. durch den deutlich wahrnehmbar gestalteten Hinweis »eingeloggt bleiben«) erkennbar ist. Einwilligunglos generell unzulässig sind überdies Cookies, die Nutzungsdaten für personalisierte Werbung, Verhaltensanalysen oder Marktforschung erheben.⁸⁷

Die Vorgaben der E-Privacy-Richtlinie entfalten mangels Umsetzung in nationales Recht⁸⁸ bislang zwar keine unmittelbaren Verpflichtungen für private datenverarbeitende Stellen in Deutschland. Sie begründen – wiewohl unbedingt und hinreichend genau – keine horizontale

⁸² Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009, ABl. EG Nr. L 337 vom 18.12.2009, S. 11 ff.

⁸³ Vgl. Art. 2 Nr. 5 der E-Privacy-Richtlinie, der Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. EG Nr. L 201 vom 31.7.2002, S. 37 ff., ändert.

⁸⁴ Vgl. *Artikel-29-Datenschutzgruppe* (Fußn. 28), S. 22.

⁸⁵ Außerdem ist der Einsatz von Cookies zwecks Durchführung der Übertragung einer Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz von dem Einwilligungserfordernis ausgenommen. Klarstellend dazu die Stellungnahme 4/2012 der *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, WP 194 v. 7.6.2012, S. 3. Diese Ausnahme betrifft aber nicht die durch Social Plug-ins abgelegten Tracking-Cookies oder sonstige Third-Party-Cookies, die verhaltensorientierter bzw. personalisierter Werbung, Nutzungsanalysen oder Marktforschungszwecken dienen (*Artikel-29-Datenschutzgruppe* a.a.O., S. 10 f.).

⁸⁶ Zum Begriff oben Fußn. 30.

⁸⁷ Zu dieser Differenzierung s. *Artikel-29-Datenschutzgruppe* (Fußn. 85), S. 9 f.

⁸⁸ Die in Art. 4 Abs. 1 E-Privacy-Richtlinie normierte Umsetzungsfrist ist bereits am 25.5.2011 abgelaufen. Der mit einem Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Änderung des Telemediengesetzes (BT-Drucks. 17/6765, S. 6, 9 f., 14 f.) unternommene erste Anlauf zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben ist nach Ablehnung des Gesetzesentwurfs durch die Bundesregierung gescheitert, vgl. BT-PIPr 17/198, S. 23862C - 23862D.

Drittwirkung zwischen Privaten.⁸⁹ Etwas anderes gilt aber für öffentliche Stellen. Diese sind seit Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie beim Einsatz von Webtracking-Cookies zur Einholung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung verpflichtet.⁹⁰ Sie müssen daher dafür Sorge tragen, dass für sämtliche (nicht nur personenbezogene) Datenerhebungen mittels Webtracking das Einverständnis der Nutzer vorliegt.

4. Praktische Lösungsansätze

Die Unwägbarkeiten und Fallstricke bei der Einbindung privater Datendienste in behördliche Websites offenbaren das Bedürfnis nach praktikablen Lösungsansätzen zur Überwindung des Konformitäts-Dilemmas. Solche Lösungsansätze sind jedoch rar gesät. Denn einerseits fehlt es den Behörden häufig an dem Wissen darüber, für welche Zwecke die Anbieter die Daten nutzen, andererseits auch an den technischen Möglichkeiten, auf die Datenverarbeitungspraktiken der Drittanbieter Einfluss zu nehmen.

Ein erster Lösungsansatz kann darin bestehen, den Datenfluss zwischen dem eingebundenen Dienst und der Behörden-Website durch Vorschaltung eines DOM⁹¹-manipulierenden Plug-ins zu kontrollieren. Es stellt sicher, dass nicht schon beim bloßen Aufruf bzw. Laden der Behörden-Website, sondern erst nach Anklicken des Social Plug-ins Daten beim Nutzer des Behördenangebots erhoben werden (sog. Zwei-Klick-Lösung).⁹² In diesem Rahmen kann der Nutzer durch die Einblendung eines Informationsfeldes über die Datenerhebung, insbesondere das Ablegen von Cookies, und die Nutzung der erhobenen Daten unterrichtet werden, welche die Inanspruchnahme des eingebundenen Drittangebots auslöst.

Ob sich die datenschutzrechtliche (Mit-)Verantwortung der einbindenden Website-Betreiber für Datenschutzverstöße der Diensteanbieter auf diese Weise ausschließen oder eingrenzen lässt, ist jedoch zweifelhaft. Denn eine Zwei-Klick-Lösung kann zwar mit leicht verständlich gestalteten Informationen Unklarheiten über die richtige Adressierung von Betroffenenrechten (Widerspruch, Löschung) beseitigen. Allerdings reicht die so geschaffene Transparenz immer nur so weit, wie den öffentlichen Stellen Informationen über die Datenverarbeitungsvorgänge bei den Social-Media- und Geodatendienste-Anbietern zur Verfügung stehen. Dieser Informationsbestand ist aber regelmäßig prekär. Nicht nur die Nutzer, sondern auch kooperierende Website-Betreiber bleiben erfahrungsgemäß über den Umfang und Zweck der Datenverarbeitung von Facebook & Co. im Unklaren. Hinzu kommt, dass die privaten Anbieter jederzeit – und von den einbindenden öffentlichen Stellen unbemerkt – ihre Datenschutzbestimmungen ändern können.⁹³ Stehen die Änderungen im Widerspruch zu deutschem Datenschutzrecht und können die einbindenden

⁸⁹ Zur fehlenden Bindungswirkung zwischen Privaten vgl. EuGH, Urteil vom 5.10.2004, Slg 2004, I-8835 Rdnr. 108 f.

⁹⁰ Vgl. auch *Moos*, K&R 2012, 635 (638 f.); *Martini*, in: Hill/Schliesky, Neubestimmung der Privatheit, 2013, S. 161 (191 ff.).

⁹¹ Ein Document Object Model (DOM) ist eine standardisierte Schnittstellenbeschreibung für den Zugriff auf HTML- oder XML-Dokumente.

⁹² Die bekannteste Lösung ist das vom Heise Verlag entwickelte jQuery Plug-in »SocialSharePrivacy«.

⁹³ Diesen Aspekt hebt auch die *Europäische Kommission* im Information Providers Guide (Fußn. 5) unter dem Gesichtspunkt »Legal Uncertainty« von »Third Part Tools« besonders hervor.

öffentlichen Stellen mangels rechtzeitiger Kenntnis darauf nur zeitversetzt reagieren, kann dies Datenschutzverstöße im Verantwortlichkeitsbereich der öffentlichen Hand begründen.

Aufgrund dieses Befundes vorsorglich auf die direkte Einbindung der Dienste zu verzichten und stattdessen lediglich Links zu den entsprechenden privaten Social-Media- und Geodatendiensten zu setzen, wird dem Bedürfnis nach moderner Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung nicht gerecht.⁹⁴ Denn das würde den Usability-Mehrwert für die einbindende Website deutlich schmälern. Will man Datenschutz und Nutzerfreundlichkeit in ein ausgewogenes Verhältnis bringen, erscheint vielmehr eine einzelfallbezogene Kosten-Nutzen- sowie Risikoanalyse vorzugswürdig. Eine Grenze markiert dabei das Prinzip der Gesetzesbindung der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG). Unzulässig bleibt daher die unbesehene Einbindung von Diensten, deren Datenschutzmängel sich nicht durch eine spezifische Einbindungsgestaltung auffangen lassen. Soweit die öffentliche Stelle den Nutzern allerdings gut sichtbar ergänzende Informationen über die Datenerhebung und -verarbeitung durch Dritte bei Inanspruchnahme eingebundener (zunächst deaktivierter) Social-Media-Werkzeuge bereitstellt, sie über diesbezüglich bestehende Widerspruchsrechte, Benachrichtigungs-, Löschungs-, Sperrungs- und Berichtigungsansprüche sowie über die Anspruchsgegner bzw. datenschutzrechtlich Verantwortlichen unterrichtet, ist eine Einbindung aber vertretbar. Um der Gefahr einer Umgehung der E-Privacy-Richtlinie⁹⁵ vorzubeugen, sollte die Verwaltung im Falle von cookie-gestützten Webtracking-Maßnahmen der privaten Anbieter darüber hinaus im Rahmen eines entsprechenden Informationsdialogs zusätzlich eine als Opt-in gestaltete Einwilligung der Nutzer einholen.

Den goldenen Mittelweg zwischen digitaler Abschottung der öffentlichen Verwaltung und innovationsoffener Einbindung privater Dienste beschreibt eine Ausrichtung an der Lebenswelt der Bürger und dem Leitbild des aufgeklärten Verbrauchers.⁹⁶ Dieser braucht nicht unbegrenzt vor sich selbst geschützt werden. Ihm fällt als Teil seines Selbstbestimmungsrechts grundsätzlich die autonome Entscheidung darüber zu, ob und in welchem Maße er seine Privatheit im Gegenzug gegen größeren Nutzungskomfort preisgeben will. Voraussetzung dafür ist aber eine hinreichende Information über die Reichweite und Auswirkungen seines Handelns.

Vor der Folie einer liberalen, nicht paternalistisch verstandenen informationellen Selbstbestimmung müssen öffentliche Stellen daher nicht generell auf die Einbindung benutzerfreundlicher Web-2.0-Werkzeuge privater Anbieter verzichten. Vielmehr sollte getreu dem Leitmotiv »Guter Datenschutz ist innovativ«⁹⁷ die Entwicklung technikgestützter Lösungen als Hilfsmittel informierter Verbraucherentscheidungen im Vordergrund stehen. Diesem langfristig richtigen Ansatz zur Überwindung der Datenschutzrisiken bei der Social-Media-affinen Gestaltung von Behörden-Websites gilt es auch bei der anstehenden Ausgestaltung des unionsrechtlichen

⁹⁴ So auch die Empfehlung der *Europäischen Kommission* (Fußn. 5) unter der Überschrift »Use of social media in EU communication«.

⁹⁵ Dazu oben Fußn. 82.

⁹⁶ Zum europäischen Verbraucherleitbild vgl. *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Hrsg.), *UWG*, 31. Aufl. 2013, § 5 Rdnr. 1.47 ff.

⁹⁷ Vgl. <http://www.zeit.de/2013/08/EU-Datenschutz-Initiative>.

Rahmens für das informationelle Selbstbestimmungsrecht Rechnung zu tragen.⁹⁸ Das Angebot und die Modellierung assistierender, die Bedienung komplexer Systeme und die informierte Entscheidung ermöglichende Software unterstützen dann die Nutzer in ihren individuellen Anstrengungen beim Datenschutz.⁹⁹ Als »Reservemacht« muss schließlich eine schlagkräftige Datenschutzaufsicht unter Rückgriff auf hohe Schutzstandards und funktionale Sanktionsmechanismen¹⁰⁰ über ein stabiles Datenschutzniveau sowie die Durchsetzung von Nutzerrechten gegenüber den datenverarbeitenden Anbietern wachen.

IV. Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsrecht – grundrechtliche und lauterkeitsrechtliche Vorgaben

Einer Einbindung bestimmter Social-Media- oder Geodatendienste in einen behördlichen Online-Auftritt geht eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren konkurrierenden Diensten voraus. Behördliche Auswahlentscheidungen assoziiert der Bürger regelmäßig mit einem besonders hohen Maß an Unabhängigkeit, inhaltlicher Richtigkeit und Seriosität. Dem in dieser Weise ausgezeichneten Dienst bringt der Nutzer dementsprechend ein besonderes Qualitätsvertrauen entgegen. Von der Entscheidung für einen bestimmten Dienst geht mittelbar eine Empfehlungswirkung bzw. ein latenter Werbeeffect aus. Die Einbindung privater Dienste ist folglich zumindest potenziell geeignet, den freien Wettbewerb zu beeinträchtigen und in die grundrechtlich über Art. 12 Abs. 1 GG (unten 1.) sowie einfachgesetzlich über das UWG (unten 2.) geschützte Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer einzugreifen.

1. Grundrechtliche Relevanz

a) Mittelbar-faktische Beeinträchtigung als Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG?

Die freie unternehmerische Betätigung im Wettbewerb ist als Bestandteil der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG¹⁰¹ sowie – bei der Durchführung des Unionsrechts¹⁰² – durch Art. 6 Abs. 1 EUV i.V.m. Art. 15 und 16 EU-GRCh vor hoheitlichen Eingriffen geschützt. Die Auswahl eines einzelnen von mehreren vergleichbaren privaten Diensten für ein staatliches Online-Angebot wirkt aber regelmäßig nicht gezielt auf die grundrechtliche Rechtsstellung unberücksichtigter

⁹⁸ In diese Richtung auch Art. 23 und Erwägungsgrund Nr. 61 des Entwurfs einer EU-Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO), KOM(2012) 11 endg.; dazu *Boehme-Neßler*, ZG2013, 242 (248).

⁹⁹ Zu der Forderungen nach einer solchen »Privacy by Assistance« vgl. *Heckmann*, NJW 2012, 2631 (2634). Zur Bedeutung darüber hinausgehender Selbstschutzverpflichtungen von Nutzern und damit verbundenen Anreizmechanismen anhand des verwandten Bereichs der IT-Sicherheit vgl. *Spindler*, Verantwortlichkeiten von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären, 2007, S. 299 ff.

¹⁰⁰ Zu deren gegenwärtigen Funktionsdefiziten vgl. *Spiecker gen. Döhmann*, K&R 2012, 717 (723).

¹⁰¹ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 26.6.2002, E 105, 252 (265 f.); zur grundrechtlichen Verortung vgl. *Schwieger*, Der Schutz der »Unternehmerischen Freiheit« nach Artikel 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2008, S. 40 ff.; *Jarass/Pieroth*, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 12 Rdnr. 4.

¹⁰² Z. B. bei Online-Angeboten, die in Zusammenhang mit der EU-Dienstleistungsrichtlinie stehen. Zum Anwendungsbereich der GrCh vgl. EuGH, Urteil v. 26.2.2013, NJW 2013, 1415, Rdnr. 17 ff.

Diensteanbieter ein. Die Wettbewerbsnachteile ergeben sich vielmehr mittelbar aus dem Nutzungsverhalten der Website-Besucher.

Auch solche mittelbar-faktischen Grundrechtsbeschränkungen können den grundrechtlichen Freiheitsschutz berühren. Ein Grundrechtseingriff liegt in ihnen dann, wenn die Maßnahme einem klassischen Grundrechtseingriff in ihrer Schwere und Zielrichtung funktional äquivalent ist, einen solchen klassischen Eingriff also ersetzt.¹⁰³ Diese Schwelle ist – gemessen an der Rechtsprechung zu Subventionen – regelmäßig erst dann erreicht, wenn die öffentliche Hand dem begünstigten Unternehmen durch die Bevorteilung die Möglichkeit zu einem ruinösen Wettbewerb gegenüber den Wettbewerbern verschafft¹⁰⁴ bzw. die nicht begünstigten Unternehmen angesichts erheblicher Nachteile gegenüber den geförderten Konkurrenten einem substanziellen wirtschaftlichen Risiko aussetzt.¹⁰⁵

Solche intensiven Nachteile sind mit der Einbindung von Social-Media- und Geodatendiensten regelmäßig nicht verbunden. Ihre Werbewirkung ist in der Reichweite beschränkt. Der wettbewerbliche Nachteil, den die Anbieter von Social-Media- und Geodatendiensten durch die Einbindung eines Konkurrenzangebots in eine behördliche Online-Präsenz erleiden, wirkt sich nicht existenzgefährdend auf ihre Betätigung am Markt aus.¹⁰⁶ Die Einbindung ist weder nach ihrer Zielrichtung noch nach ihrer Schwere einem klassischen Grundrechtseingriff äquivalent.

b) Derivativer Teilhabeanspruch (Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG)

Allerdings kann das Einbinden von Social Plug-ins die Grundrechte nicht nur in ihrer abwehrrechtlichen Dimension berühren. Die Auswahl zwischen mehreren Anbietern muss sich vorrangig an gleichheitsrechtlichen Anforderungen messen lassen. Die öffentliche Hand schuldet den privaten Marktteilnehmern nicht nur im Bereich klassischer staatlicher Leistungsverwaltung, sondern auch als Nachfrager am Markt nach Maßgabe des Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG Gleichbehandlung.¹⁰⁷ Sie muss die Auswahl unter mehreren konkurrierenden Angeboten diskriminierungsfrei und transparent unter Beachtung der zuvor für die Auswahl aufgestellten Kriterien vornehmen.¹⁰⁸ Differenzierungen müssen sich durch Ungleichheiten rechtfertigen, an welche die Auswahlentscheidung zur Erreichung des Sachziels zulässigerweise anknüpfen darf. Die Rechtfertigungshürden liegen dabei umso höher, je nachteiliger die Auswirkungen auf den Gebrauch von Freiheitsrechten oder sonstige Verfassungsnormen sind.¹⁰⁹ Die grundrechtliche Relevanz von Auswahlentscheidungen legt den Behörden damit im Falle einer selektiven Einbindungspraxis sowohl eine grundrechtliche Rechtfertigungs- als auch eine Begründungslast auf: Sie müssen ihre Auswahlentscheidung nachvollziehbar machen.

¹⁰³ BVerfG, Beschluss v. 26.6.2002, E 105, 252 (273); Beschluss v. 26.6.2002, E 105, 279 (303).

¹⁰⁴ Vgl. OVG NRW, Urteil v. 22.9.1982, NVwZ 1984, 522 (524).

¹⁰⁵ Vgl. etwa BVerfG, Beschluss v. 12.6.1990, E 82, 209 (223).

¹⁰⁶ Eine entsprechende Vermutung aufstellend auch *Frevert/Wagner*, NVwZ 2011, 76 (81).

¹⁰⁷ Vgl. *Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, GG, 66. EL 2012, Art. 83 Rdnr. 106.

¹⁰⁸ Vgl. zur verfahrensrechtlichen Dimension von Art. 3 Abs. 1 GG: *Gusy*, NJW 1988, 2505 (2510 f.).

¹⁰⁹ Vgl. BVerfG, Beschluss, v. 13.6.2006, NJW 2006, 3701 (3705); dazu etwa *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, 2008, S. 73 ff.

aa) Teilhaberechtliches Kapazitätsausschöpfungsgebot

Die grundrechtliche Konfliktlage ließe sich leicht dadurch entschärfen, dass die Behörde sämtlichen marktgängigen äquivalenten Social Plug-ins und Geodatendiensten Eingang in die Behörden-Homepage gewährt.¹¹⁰ Allerdings kann dieses Vorgehen die Funktionalität und Übersichtlichkeit des Angebots fühlbar einschränken: Bindet eine Behörden-Homepage nicht lediglich eine Karte ein, sondern hält stattdessen Links zu sämtlichen marktgängigen Geodatendiensten vor, ist der Nutzer genötigt, erst die Adressdaten des Behördensitzes in die Adressmaske des Angebots einzutragen, um eine Anfahrtsbeschreibung zu erhalten. Bei eingebundenen Karten- und Routenplanungsdiensten sind diese demgegenüber bereits in benutzerfreundlicher Weise voreingestellt. Jedenfalls bei *Geodatendiensten* ist die Beschränkung auf *einen* Anbieter daher sachlich gerechtfertigt. Ähnliches gilt für Usability-Werkzeuge wie Online-Übersetzer, Website-Search-Services oder Videoportale¹¹¹.

Bei Plug-ins sozialer Netzwerke ist die Situation hingegen anders gelagert: Hier beeinträchtigt die Einbindung mehrerer Anbieter die Funktionalität und Übersichtlichkeit des Angebots weniger intensiv. Im Gegenteil besteht grundsätzlich ein Interesse an der Einbindung verschiedener sozialer Netzwerke, um so eine möglichst große Breitenwirkung zu erzielen. Das ihnen eigene Potenzial zur Information möglichst breiter Bevölkerungsgruppen schöpfen behördliche Internetangebote erst dann aus, wenn sie ein möglichst breites Spektrum an Social Media-Kanälen einbinden.

Keinesfalls sind die Behörden jedoch verpflichtet, ihre Homepage mit Social-Media-Icons zu übersäen, um dem grundrechtlichen Verteilungsregime Rechnung zu tragen. Den Diensteanbietern steht kein originärer Anspruch auf Bereithaltung oder Erweiterung von Social-Button-Flächen auf einer Behörden-Homepage zur Seite. Den Behörden steht vielmehr grundsätzlich frei, ob sie solche Einbindungen vornehmen oder nicht. Der Einzelne hat regelmäßig nur einen Anspruch auf Ausschöpfung der von der Behörde bereitgestellten Kapazitäten; entsprechend gewidmete Ressourcen dürfen nicht ungenutzt und damit den Grundrechtsträgern nicht vorenthalten bleiben, soweit der grundrechtliche Zugangsanspruch reicht (Kapazitätsausschöpfungsgebot).¹¹²

bb) Sachgerechte Auswahl

Nimmt die Behörde ein beschränktes Angebot in ihre Homepage auf, ist sie freilich in ihrer Auswahlentscheidung gebunden. Der Staat ist als »Garant der öffentlich rechtlichen Verteilungslenkung«¹¹³ verpflichtet, zwischen gleichberechtigten Grundrechtsträgern eine sachgerechte Zuteilungslösung herbeizuführen. Die Behörde darf ihrer Auswahlentscheidung nur

¹¹⁰ So im Übrigen auch die von der Europäischen Kommission für die Shareability von europa.eu-Websites vorgeschlagene Lösung, vgl. http://ec.europa.eu/ipg/services/interactive_services/social-bookmarking-and-networking/index_en.htm.

¹¹¹ Davon unabhängig zu beantworten ist allerdings die Frage, ob Videos der öffentlichen Hand nur über ein ausgewähltes privates Video-Portal veröffentlicht werden dürfen oder auf sämtlichen verfügbaren Social-Video-Kanälen bereitgestellt werden müssen.

¹¹² BVerfG, Urteil v. 18.7.1972, E 33, 303 (331 f.); Urteil v. 8.2.1977, E 43, 291 (314 ff.); *Martini* (Fußn. 109), S. 212 ff.

¹¹³ *Martini* (Fußn. 109), S. 645.

solche Zuteilungskriterien zugrunde legen, die zur Erreichung des Zuteilungsziels objektiv sachgerecht und individuell zumutbar sind.¹¹⁴

Die Einbindung externer Dienste in den Internetauftritt einer staatlichen Einrichtung zielt ganz allgemein auf die stärkere Verbreitung und bessere Nutzbarkeit von Informationen über Betätigungsfelder und Leistungen der Verwaltung. Sie erleichtert den Zugang zu staatlichen Wissensbeständen, fördert so die demokratische Teilhabe an der staatlichen Willensbildung und vereinfacht den Nutzern die Wahrnehmung ihrer bürgerlichen Rechte wahrzunehmen.¹¹⁵ Sachgerecht ist es daher, die Auswahlentscheidung an der Benutzerfreundlichkeit des Werkzeugs, der Barrierefreiheit seines Angebots (im weitesten Sinne) und seiner allgemeinen sowie dienstspezifischen Funktionalität auszurichten.

Die Anforderungen an die dienstspezifische Funktionalität eingebundener Dienste unterscheiden sich insoweit: Für *Social-Media-Dienste* sind insbesondere die Breitenwirksamkeit des sozialen Mediums, die Art des Community-Managements sowie die Zielgruppe entscheidende Auswahlkriterien. Bei *Geodatendiensten* steht demgegenüber die Aktualität des Kartenmaterials, die Integration von Netzplänen des öffentlichen Personennahverkehrs oder Routenplanungs- und Navigationsfunktionen und die Anzeige weiterer Behördenstandorte und öffentlicher Einrichtungen im Kartenmaterial im Vordergrund. In technischer Hinsicht sind generell die mutmaßliche Betriebskontinuität des Angebots, seine Kompatibilität mit bestehenden technischen Systemen sowie von ihm möglicherweise ausgehende Risiken für die technische Sicherheit der behördlichen Homepage von Relevanz. Auch die Ausgestaltung der Nutzungsbestimmungen des privaten Anbieters und die Datenschutzkonformität des Angebots sind bei der Auswahl zu berücksichtigen. Nicht-kommerzielle, Open-Source-basierte Dienste, wie etwa Open Street Map, sind insoweit kommerziellen, proprietären Angeboten regelmäßig überlegen. Denn sie verzichten weitgehend auf die Erhebung bzw. Verarbeitung von Nutzerdaten. Sie genügen insoweit in besonderer Weise dem Gebot der Datensparsamkeit (§ 3a BDSG). Die Behörden sind allerdings nicht generell gezwungen, datensparsamere Angebote um den Preis geringerer Funktionalität und Zweckerreichung des Angebots einzusetzen. Denn der Funktionswert eines Social-Media-Werkzeugs ist gering, wenn es zwar datensparsam ist, die Nutzer aber nicht dort erreicht, wo diese sich in sozialen Netzwerken, wie Facebook, aufhalten.

Demgegenüber kann die urheberrechtliche Konzeption in bestimmten Fallkonstellationen bereits für sich genommen ausreichender sachlicher Anknüpfungspunkt sein, um einem Angebot mit offener Lizenzierung den Vorzug gegenüber einem lizenzrechtlich gebundenen bzw. proprietären Dienst zu geben. So ist es beispielsweise bei einem kartenbasierten Online-Angebot der öffentlichen Hand, wie einem georeferenzierten Mängelmelder, von großem Vorteil, wenn die Lizenz des genutzten Geodatendienstes eine Anpassung bzw. Weiterbearbeitung der Daten bzw. Datenbank ermöglicht.¹¹⁶

¹¹⁴ Vgl. etwa BVerfG, Urteil v. 8.2.1977, E 43, 291 (316 f.).

¹¹⁵ Zu diesen Vorteilen, aber auch den rechtlichen Problemen, vgl. *Frevert/Wagner*, NVwZ 2011, 76 (76 ff.).

¹¹⁶ Wettbewerbsrechtlich problematisch wäre allerdings die Auswahl eines offen lizenzierten Dienstes mit der Begründung, Open-Source-Software (OSS)-Entwicklungen fördern zu wollen. Da das politische Ziel einer Förderung von OSS nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Ziel der Auswahlentscheidung steht,

Die Komplexität und Vielfalt der denkbaren Kriterien und Abwägungsgesichtspunkte eröffnet den Behörden – wie auch sonst bei staatlichen Verteilungsentscheidungen – einen Entscheidungsspielraum, der nicht vollständig der gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Erst wenn sich die staatliche Auswahlentscheidung nicht mehr an objektiv sachgerechten Maßstäben orientiert, verletzt sie die (nicht berücksichtigten) Diensteanbieter in ihrem allgemeinen Gleichheitsrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG.

2. Wettbewerbsrechtliche Relevanz

Die Einbindung von Diensten privater Dritter in Online-Angebote der öffentlichen Hand ruft auch das einfachgesetzliche Wettbewerbsrecht auf den Plan. Anwendbar sind seine Verbotstatbestände (unten b – d) allerdings nur auf geschäftliche Handlungen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG (unten a).

a) Geschäftliche Handlung

Geschäftliche Handlungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie die Geschäftstätigkeit eines Dritten fördern.¹¹⁷ Einer subjektiven Wettbewerbsabsicht der öffentlichen Hand bedarf es dabei grundsätzlich nicht: Der Begriff knüpft an rein objektive Kriterien an.¹¹⁸

Auch Handlungen von Hoheitsträgern können geschäftliche Handlungen sein, sofern sie marktbezogen sind. Das trifft insbesondere auf erwerbswirtschaftliche Betätigungen zu. Aber auch dann, wenn die öffentliche Hand im Rahmen einer amtlichen Produktinformation (nur) ausgewählte private Anbieter¹¹⁹ benennt oder kostenlos Waren eines bestimmten Herstellers abgibt, hat die Rechtsprechung in der Vergangenheit bereits eine geschäftliche Handlung bejaht.¹²⁰ Von der Integration eines Dienstes in eine Homepage geht eine diesen Präzedenzfällen vergleichbare Empfehlungs- und Werbewirkung zugunsten des ausgewählten Angebots aus.

Steht die Tätigkeit der öffentlichen Hand allerdings im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe oder ist sie deren Teil, reicht es für die Annahme einer geschäftlichen Handlung nicht aus, wenn sich die Förderung nur als notwendige Begleiterscheinung der öffentlichen Aufgabe darstellt. Denn dann ist sie grundsätzlich bereits von der gesetzlichen Handlungsermächtigung umfasst. In diesem Fall muss die Wettbewerbsförderung vielmehr als selbstständiger Zielgehalt der Tätigkeit zutage treten. Erst dann, wenn die mit der öffentlichen Aufgabenerfüllung einhergehende Förderung des Dritten nach Art und Umfang sachlich nicht

darf es auch nicht unmittelbar die sachliche Zuteilungsentscheidung prägen. Vielmehr kann es nur im Verbund mit anderen legitimen Zielsetzungen wie etwa Systemoffenheit, technischer Barrierefreiheit oder Anpassungsoffenheit der Quellcodes berücksichtigt werden. Vgl. zur verwandten Problematik vergabefremder Zwecke *Burgi*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Band IV, Kap. B.13 Rdnr. 33 ff.

¹¹⁷ Vgl. OLG Karlsruhe, Urteil v. 28.4.1999, NJWE-WettbR 2000, 6 (6 f.); *Köhler*, in: ders./Bornkamm, UWG, 31. Aufl. 2013, § 4 Rdnr. 13.18; generell von einem geschäftlichen Handeln der öffentlichen Hand bei Auftreten als Nachfragerin auf einem durch privatrechtliche Beziehungen geprägten Markt ausgehend *Keller*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 3. Aufl. 2013, § 2 Rdnr. 55.

¹¹⁸ Vgl. *Poppen*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2010, § 66 Rdnr. 71.

¹¹⁹ Zur Benennung nur ausgewählter privater Anbieter durch Hoheitsträger vgl. etwa BGH, Urteil v. 22.4.2009, GRUR 2009, 1080; Urteil v. 24.2.1994, GRUR 1994, 516; Urteil v. 21.9.1989, GRUR 1990, 463 (464).

¹²⁰ Vgl. etwa BGH, Urteil v. 26.02.2009, GRUR 2009, 606; Urteil v. 8.7.1993, GRUR 1993, 917.

geboten ist, liegt eine selbstständige und zielgerichtete Wettbewerbsförderung vor, die eine geschäftliche Handlung öffentlicher Stellen begründet.¹²¹

Die Einbindung von Social-Media- und Geodatendiensten ist Teil der behördlichen Öffentlichkeitsarbeit. Sie dient der Information über die eigene Erreichbarkeit. Sie bildet damit einen Annex zum hoheitlich zugewiesenen Aufgabenerfüllungsauftrag. Dieser Auftrag impliziert grundsätzlich auch Einwirkungen auf den Wettbewerb. Er weist insoweit eine Doppelnatur auf. Dass das Verwaltungshandeln Auswirkungen auf den Wettbewerb hat, rechtfertigt damit noch nicht einen Schluss auf einen wettbewerbsbeeinflussenden Zielgehalt der hoheitlichen Tätigkeit. Allerdings stehen der öffentlichen Hand zum einen auch eigene »Bordmittel« für die Verbreitung der eingebundenen Informationen zur Verfügung, mit deren Einsatz keine Einwirkung auf den Wettbewerb korrespondiert. Zum anderen ließe sich statt nur einzelner auch ein breiteres Spektrum an Social-Media-Diensten einbinden. Wählt eine Behörde dessen ungeachtet einzelne private Angebote zur Einbindung in ihren Online-Auftritt aus, tritt die darin liegende Wettbewerbsförderung in Gestalt der Empfehlungs- und Werbewirkung aus dem Schatten der hoheitlichen Aufgabenerfüllung. Die objektiv feststellbare, tatsächlich vermeidbare Begünstigung des ausgewählten Werkzeugs indiziert das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung.¹²² Dies gilt insbesondere deshalb, weil die öffentliche Hand sachlich berechnete Interessen privater Wettbewerber bei der Gestaltung ihrer Aufgabenwahrnehmung nicht außer Acht lassen darf.¹²³ Die Aufgabe der »Öffentlichkeitsarbeit« enthebt sie nicht ihrer lauterkeitsrechtlichen Bindungen bei der Einbindung von Angeboten privater Dritter.¹²⁴

b) Unlauterkeitstatbestand des § 4 Nr. 1 UWG

Einen Verbotstatbestand kann eine solche geschäftliche Handlung womöglich dadurch erfüllen, dass die Verbraucher den Äußerungen der öffentlichen Verwaltung besonderes Vertrauen entgegenbringen.¹²⁵ Ihnen ist bewusst, dass den Staat eine besondere Neutralitäts- und Objektivitätsverpflichtung bindet.¹²⁶ Ein Missbrauch des darauf gerichteten Vertrauens kann die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher unangemessen und unsachlich beeinträchtigen (§ 4 Nr. 1 UWG). Maßgeblich dafür sind der konkrete Gehalt der jeweiligen Information und das Informationsinteresse der Bürger an der behördlichen Auskunft.¹²⁷ Abzustellen ist insoweit auf den Horizont des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers, der dem UWG als Leitbild zugrunde liegt.¹²⁸

¹²¹ OLG Stuttgart, Urteil v. 30.1.1998, NJWE-WettbR 1999, 3 (4); Köhler (Fußn. 117), § 4 Rdnr. 13.22; Frevert/Wagner, NVwZ 2011, 76 (78).

¹²² Vgl. Koos, in: Fezer, UWG, 2. Aufl. 2010, § 4-S15 Rdnr. 15.

¹²³ OLG Stuttgart, Urteil v. 5.8.2010, WRP 2011, 1207 (1209 f.).

¹²⁴ So generell angesichts der umfänglichen Begründbarkeit öffentlicher Aufgaben Köhler (Fußn. 117), § 4 Rdnr. 13.22.

¹²⁵ BGH, Urteil v. 22.4.2009, GRUR 2009, 1080; Heimlich, NVwZ 2000, 746 (748) m. w. N.

¹²⁶ Dies folgt bereits aus § 20 f. VwVfG, vgl. auch: Prieß, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, Beck'scher VOB-Kommentar, VOB/A, 2002, § 2 Rdnr. 102 f.

¹²⁷ Vgl. BGH, Urteil v. 22.4.2009, GRUR 2009, 1080, der hervorhebt, dass es neben dieser objektiven Bewertung nicht auf die subjektive Vorstellung der Behörde bei Erteilung der Auskunft ankommt.

¹²⁸ Vgl. Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl. 2010, § 2 Rdnr. 96 f. m. w. N.

Unlauter handelt eine Behörde bei Einbindung von privaten Diensten in ihr Online-Angebot demgemäß etwa dann, wenn sie auf ihrer Homepage den Bürgern nur ganz bestimmte Datendienste z. B. als rechtskonform oder besonders sicher zur Nutzung empfiehlt, andere, ebenso geeignete Dienste aber ohne sachlichen Grund unerwähnt lässt.¹²⁹

Die unkommentierte Einbindung eines bestimmten Dienstes wird der Durchschnittsnutzer eines behördlichen Online-Portals allerdings nicht als dezidierte Empfehlung verstehen. Das gilt jedenfalls solange, wie beim ihm nicht fälschlich der Eindruck entsteht, es handle sich bei dem ausgewählten Tool um die einzige Möglichkeit, sich sozial zu vernetzen, Social-Bookmarking zu betreiben oder eine Route kostenfrei zu berechnen. Die nur inzidente Empfehlungswirkung reicht demgegenüber für sich genommen regelmäßig nicht aus, um die von § 4 Nr. 1 UWG aufgestellte Schwelle eines »unangemessenen unsachlichen Einflusses« oder das von § 3 UWG als Korrektiv für Bagatellfälle normierte Kriterium der Spürbarkeit¹³⁰ zu überschreiten.¹³¹

c) Unlauterkeitstatbestand des § 4 Nr. 3 UWG

Die Einbindung kann aber womöglich den Werbecharakter und die damit einhergehende Förderung des ausgewählten privaten Angebots im Sinne des § 4 Nr. 3 UWG verschleiern. Diese Verbotsnorm erfasst sowohl die Verschleierung des werblichen Charakters einer Kontaktaufnahme zum Verbraucher als auch die Tarnung von Werbung als fachliche, neutrale Äußerung. Ein Verschleierungstatbestand kann sich insbesondere aus einer einseitig anpreisenden, behördlicher Objektivität und Neutralität zuwiderlaufenden Darstellung eines privaten Angebots sowie aus einer Einbindung ergeben, die optisch einer amtlichen Empfehlung ähnelt oder die das ausgewählte Angebot in einer Weise hervorhebt, die den Eindruck entstehen lässt, das Angebot müsse notwendig in Anspruch genommen werden. In beiden Fällen entstünde ein unrichtiger, mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmender Eindruck. Beides trifft auf die typischen Beispiele einer Einbindung von Wegbeschreibungen in Behörden-Homepages aber nicht zu. Weder erzeugt die Gestaltung der Anfahrtsinformationen bzw. Kontaktangaben den Eindruck einer spezifisch amtlichen Information noch suggeriert die Integration bestimmter privater Geoinformationsdienste, dass nur der eingebundene Dienst den Weg zur Behörde sachgerecht vermittelt.

§ 4 Nr. 3 UWG erfasst daneben tatbestandlich auch die fehlende Offenlegung des Förderungscharakters.¹³² Allerdings ist dieser in der ganz überwiegenden Mehrzahl der Fälle für jedermann erkennbar.¹³³ Bei eingebundenen Social-Media-Werkzeugen gilt dies schon aufgrund des der Marke entsprechenden Icon-Designs. Auch Kartenausschnitte privater Geodatendienste sind regelmäßig mit einem Copyright-Vermerk versehen, aus dem sich für den Verbraucher nicht

¹²⁹ Zu weiteren Fallkonstellationen eines Vertrauensmissbrauchs durch fehlende Objektivität und Neutralität der Amtsführung *Köhler* (Fußn. 117), § 4 Rdnr. 13.39.

¹³⁰ Dazu siehe *Köhler* (Fußn. 117), § 3 Rdnr. 118 ff.

¹³¹ Vgl. *Poppen* (Fußn. 118), § 66 Rdnr. 95. Zur Berücksichtigung des Spürbarkeitserfordernisses bzw. der Bagatellgrenze des § 3 Abs. 1 UWG im Rahmen der Unlauterkeitstatbestände des § 4 Nr. 1 - 6 UWG *Köhler*, WRP 2010, 1293 (1299 f.).

¹³² Vgl. *Köhler* (Fußn. 117), § 4 Rdnr. 3.47.

¹³³ Vgl. *Fehling*, in: Hill/Schliesky, Herausforderung eGovernment, 2009, S. 167 (183).

nur die Urheberschaft, sondern auch die Bereitstellung des Angebots durch einen privaten Dritten ergibt. Diesem »Bereitstellerhinweis« wohnt dann auch nicht seinerseits ein verschleierter Werbecharakter inne. Er ist vielmehr aus Transparenz- und Urheberrechtsgründen geboten. Eine Verschleierung findet damit insgesamt nicht statt.

d) Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG

Da auch die weiteren Beispielstatbestände des § 4 UWG in Fällen der Einbindung privater Social-Media- und Geodatendienste in ein hoheitliches Angebot im Regelfall nicht einschlägig sind, lässt sich das marktrelevante Verhalten allenfalls unter die Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG subsumieren. Diese greift als Auffangtatbestand nur dann ein, wenn der Unrechtsgehalt einer geschäftlichen Handlung nicht schon durch die geregelten Beispieltatbestände erfasst und daher bereits in ihrem Rahmen grundsätzlich berücksichtigungsfähig ist (wohl h. M.).¹³⁴ Dies ist aber hier der Fall. Denn tatbestandlich erfassen § 4 Nr. 1 und § 4 Nr. 3 UWG bereits den möglichen Unwertgehalt des Verhaltens, wengleich die Unlauterkeitsschwelle beider Tatbestände im Ergebnis regelmäßig nicht erreicht sein dürfte.

Die Vorgaben des einfachgesetzlichen Wettbewerbsrechts hindern die Behörde daher nicht an der Einbindung der Dienste, solange sie den jeweils eingebundenen Dienst nicht unzutreffend als singuläres Angebot darstellt oder den Eindruck einer amtlichen Empfehlung erweckt.

V. Vergaberecht – Ausschreibungspflicht für die Nutzung unentgeltlicher Social-Media-Werkzeuge und Geodateninformationsdienste?

Die Einbindung privater Datendienste in einen behördlichen Online-Auftritt wirft neben wettbewerbsrechtlichen auch vergaberechtliche Fragen auf. Denn sie stellt sich grundsätzlich als vertragliche Beschaffung einer Dienstleistung (Social-Media-Werkzeug bzw. Geoinformationsdienst) bzw. einer Ware (digitales Kartenmaterial) durch die öffentliche Hand dar.

1. Vergaberechtlich relevante entgeltliche Leistung

Die vergaberechtliche Ausschreibungspflicht knüpft an entgeltliche synallagmatische Leistungsbeziehungen an (§ 99 Abs. 1 i. V. m. § 91 Abs. 1 GWB bzw. § 55 BHO¹³⁵). Facebook,

¹³⁴ Vgl. *Podszun*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 3. Aufl. 2013, § 3 Rdnr. 76 ff.; *Piper/Ohly/Sosnitza* (Fußn. 128), § 3 Rdnr. 62. Zum Meinungsstand auch *Tieben*, WRP 2011, 1101 (1106).

¹³⁵ Eine unionsrechtliche Ausschreibungspflicht entsteht bei Überschreitung der in der Verordnung 1251/2011 festgesetzten und in § 2 VgV übernommenen Schwellenwerte. Diese liegen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge aktuell bei 200.000,00 € bzw. bei Aufträgen oberster oder oberer Bundesbehörden bei 130.000,00 €. Selbst bei hoch eingestuften medialen Leistungsindikatoren der Behörden-Websites dürfte die Einbindung privater Datendienste diese Beträge als geschätzten Auftragswert (§ 3 VgV) – in Abhängigkeit von der Dauer der Zurverfügungstellung und der Prominenz des Auftritts – kaum je erreichen. So kostet beispielsweise eine 12-monatige Festplatzierung auf der Einstiegsseite des Stadtportals *bremen.de* mit über 10 Mio. Seitenzugriffen im Monat für eine Anzeige in der Größe von 140 x 140 Pixel nur 4.000 €, vgl. http://www.bremen.de/fastmedia/36/Festplatzierung_Portalseite.pdf. Damit bewegt sich die Einbindung privater Social Media- und Geodatendienste außerhalb des »Radars« des europäischen Kartellvergaberechts. Ihre einfachrechtliche Ausschreibungspflicht richtet sich vielmehr nach den vergaberechtlichen Regelungen des

Google & Co bieten ihre Dienste aber grundsätzlich kostenfrei an. Social-Media-Werkzeuge und Geodatendienste binden daher keine staatlichen Haushaltsressourcen. Jedoch versteht das Vergaberecht unter Entgeltlichkeit nicht notwendig eine Geldleistung. Ausreichend ist vielmehr jeder geldwerte Vorteil,¹³⁶ z. B. die Einräumung von Nutzungsrechten. Sofern die erbrachte Leistung einen irgendwie gearteten haushaltswirtschaftlichen Bezug aufweist, ist ihre Vergabepflichtigkeit nicht unbedingt an eine Leistungsgewährung unmittelbar aus eigenen (Haushalts-)Mitteln des öffentlichen Auftraggebers gebunden.¹³⁷

Bei der Einbindung eines an sich kostenfreien Social-Media-Werkzeugs oder Geodatendienstes kommen insoweit als Anknüpfungspunkte drei mögliche geldwerte Gegenleistungen in Betracht: der Marketingwert der behördlichen Dienstenutzung, die mit der Einbindung ermöglichte Datenerhebung beim Nutzer des behördlichen Angebots sowie die Platzierung des Dienste-Icons bzw. Logos auf der Behörden-Website.

a) Der Marketingwert der behördlichen Dienstenutzung und die Erhebung von Nutzungsdaten als geldwerter Vorteil

Regelmäßig lassen sich die Anbieter von Social-Media- und Geodatendiensten, beispielsweise Google im Rahmen der Google Maps APIs Terms of Service¹³⁸, von dem einbindenden Website-Betreiber eine sog. Marketing-Lizenz einräumen. Google darf deshalb mit der behördlichen Nutzung von Google Maps für sein Angebot werben.

Zwar lässt sich die dadurch zu erzielende öffentliche Aufmerksamkeit nicht unmittelbar monetär messen. Ob und in welcher Höhe sie sich in Auftragszuwächsen bzw. Mittelzuflüssen niederschlägt, lässt sich nur mutmaßen. Entscheidend ist aber nicht die Messbarkeit des Vorteils, sondern seine Typizität. Lediglich ein ausschließlich immaterieller Vorteil würde dem vergaberechtlichen Begriff der Entgeltlichkeit nicht genügen.¹³⁹

aa) Einordnung als Verwaltungssponsoring

Die Einräumung des Rechts, werbend auf die behördliche Nutzung von Dienstleistungen hinzuweisen, ist ein typisches Kennzeichen von Verwaltungssponsoring. Dritte wenden der Verwaltung dann unentgeltlich Geld, Sach- bzw. Dienstleistungen oder sonstige Formen der Unterstützung bei der Aufgabenerfüllung zu. Im Gegenzug erhalten sie eine kommunikative Gegenleistung (z. B. in Form einer Sponsorennennung). Unternehmen erhalten das Recht, eine Verbindung zwischen ihrem Namen, ihrer Marke, ihren Leistungen oder Tätigkeiten und der

nationalen Haushaltsrechts, hier also den Vorschriften der Bundes- bzw. Landeshaushaltsordnungen sowie den Verdingungsordnungen. § 55 BHO/LHO und die entsprechenden Vorschriften der GHVOen der Länder gebieten grundsätzlich jenseits einer Bagatellgrenze von 500 EUR (§ 3 Abs. 6 VOL/A) eine öffentliche Ausschreibung.

¹³⁶ Vgl. *Weyand*, Vergaberecht, 3. Aufl. 2011, Teil 1 – GWB § 99 Rdnr. 1606 ff.; *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 99 GWB Rdnr. 35; *Wegener*, in: *Pünder/Schellenberger*, Vergaberecht, § 99 GWB Rdnr. 46; zum weiten Verständnis des vergaberechtlichen Entgelt-Begriffes siehe auch *Pünder*, in: *Müller-Wrede*, Kompendium des Vergaberechts, 2008, Kap. 3 Rdnr. 27.

¹³⁷ Vgl. *Heuvels/Höb/Kuß/Wagner*, Vergaberecht, § 99 Rdnr. 20; *Ziekow* (Fußn. 136), § 99 GWB Rdnr. 37.

¹³⁸ Vgl. Ziff. 11.2 der Google Maps/Google Earth APIs Terms of Service (Fußn. 16). Ähnlich auch Navteq im Rahmen der Terms and Conditions für die Location Platform Services von Nokia HERE (Fußn. 16). Siehe auch oben II.

¹³⁹ Vgl. *Weyand* (Fußn. 136), Teil I-GWB § 99, Rdnr. 1629.

geförderten Veranstaltung, Organisation oder Person herzustellen.¹⁴⁰ In Abgrenzung zu einem klassischen Werbesachverhalt steht beim Verwaltungssponsoring nicht das Erkaufen einer Werbeplatzierung, also die Aufforderung zum Erwerb von Produkten oder Dienstleistungen, sondern die Absicht des Privaten im Vordergrund, die Verwaltung zu fördern und darauf zu Zwecken des Eigenmarketings hinweisen zu dürfen. Ob eine entsprechende Motivlage des Privaten gegeben ist, muss anhand äußerlich erkennbarer, objektiver Umstände ermittelt werden.

Auf eine nicht allein werbende, sondern zugleich fördernde Zielrichtung der kostenlosen Zurverfügungstellung von eingebundenen Social-Media-Werkzeugen und Geodatendiensten deutet der Umstand hin, dass die mit der Einbindung erreichbaren Werbevorteile den Geldwert der Programmierung, Pflege und Wartung des hinter dem Tool stehenden sozialen Mediums bzw. des Geodatendienstes regelmäßig nicht aufwiegen.¹⁴¹

Der mittelbare geldwerte Werbeeffect eines Verwaltungssponsorings reicht nach überkommenem Verständnis grundsätzlich aber aus, um von einer Entgeltlichkeit des Vertrages zu sprechen und die Anwendbarkeit des Vergaberechts zu begründen.¹⁴² Es lässt sich indes in Zweifel ziehen, ob der Zweck der vergaberechtlichen Regelungen dort einschlägig ist, wo – wie regelmäßig bei Sponsoringmaßnahmen – keine private Konkurrenz um die Förderung besteht, sondern umgekehrt staatliche Stellen um Unterstützung werben.¹⁴³ Die Anwendung des Vergaberechts dürfte in diesen Fällen das Sponsoring der Verwaltung eher verhindern als begünstigen. Das ist aber noch nicht entscheidend. Wichtiger ist ein anderer Aspekt: Alleine die Berechtigung, den Staat als Imageträger nutzen zu dürfen, weist grundsätzlich nicht den erforderlichen haushaltswirtschaftlichen Bezug auf.¹⁴⁴ Das GWB kennt insbesondere auch Gegenleistungen, die trotz ihres Geldwertes nicht als Entgelt eingestuft werden, insbesondere die Einräumung eines befristeten Rechtes zur Verwertung der eigenen Dienstleistung auf eigenes Risiko (Dienstleistungskonzession). Dienstleistungskonzessionen unterliegen nicht dem Vergaberecht.¹⁴⁵ Unionsrechtlich ergibt sich dies aus Art. 17 VKR und Art. 18 der Sektorenkoordinations-RL (SKR) 2004/17/EG, im nationalen Vergaberecht aus § 55 BHO¹⁴⁶ bzw. § 99 GWB.

¹⁴⁰ Vgl. auch die medienrechtliche Begriffsbestimmung von »Sponsoring« in § 2 Abs. 2 Nr. 9 RStV; vertiefend Köhler (Fußn. 117), § 4 Rdnr. 3.47, der sich zur Begriffsbestimmung am Kodex der Internationalen Handelskammer (ICC) zur Praxis der Werbe- und Marketingkommunikation orientiert.

¹⁴¹ In der (von etwas anderen Vorzeichen geprägten) medienrechtlichen Terminologie steht die Einbindung von Drittdiensten in Behörden-Homepages einer Produktplatzierung (§ 2 Abs. 2 Nr. 11 RStV) am nächsten. Auch das Medienrecht macht deren Zulässigkeit davon abhängig, dass »kein Entgelt geleistet wird« (§ 15 S. 1 Nr. 2, § 44 Satz 1 Nr. 2 RStV) und die Verkaufsförderung nicht zu sehr in den Vordergrund tritt sowie die Unabhängigkeit nicht beeinträchtigt (§ 7 Abs. 7 Satz 2 RStV).

¹⁴² So etwa Burgi, NZBau 2004, 594 (599); Kasper, DÖV 2005, 11 (13 f.); Pünder (Fußn. 136), Kap. 3 Rdnr. 35.

¹⁴³ Vgl. Wegener (Fußn. 136), § 99 GWB Rdnr. 60.

¹⁴⁴ Vgl. auch Burgi, NZBau 2004, 594 (599).

¹⁴⁵ Baukonzessionen sind demgegenüber auf der Grundlage der den Anwendungsbereich des Vergaberechts ausweitenden Vorschrift des § 99 Abs. 6 GWB dem Vergaberecht unterworfen. Das gilt etwa für Straßenbaufinanzierungsprojekte, mit denen sich ein Privater vertraglich dazu verpflichtet, eine Autobahn auf eigene Kosten zu erbauen. Vgl. Remmert, DÖV 2010, 583 (589).

¹⁴⁶ Vgl. Pache, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rdnr. 112 ff.

(1) Verwaltungssponsoring als Dienstleistungskonzession?

In Konstellationen der Dienstleistungskonzession erlangt der Private als Gegenleistung für seine Leistung statt einer Vergütung das ausschließliche Recht zur kommerziellen Nutzung und Verwertung des Leistungssubstrats (ggf. zuzüglich der Zahlung eines Preises)¹⁴⁷ – Art. 1 Abs. 4 der Vergabekoordinations-RL (VKR) 2004/18/EG. Der Konzessionär erhält sein Entgelt von den Nutzern seiner Leistung und trägt das wirtschaftliche Risiko der Verwertung allein.¹⁴⁸ Eine Verfügung über öffentliche Haushaltsmittel, die das Vergaberecht in den Blick nimmt und den Kern seines ursprünglichen Anliegens ausmacht, findet nicht statt. Es entsteht ein Dreiecksverhältnis zwischen dem Auftraggeber, dem Erbringer der Dienstleistung und ihrem Nutzer.

(α) Gemeinsamkeiten

Diese Dreiecksbeziehung, die die Dienstleistungskonzession kennzeichnet, ist auch für die Einbettung privater Social-Media-Werkzeuge und Geodatendienste in ein behördliches Angebot typisch: Die Verwaltung ermöglicht dem Diensteanbieter, seine in Datengold zu vergütenden Dienste auf der Behörden-Homepage anzubieten. Das Risiko, ob der Förderungszweck, welcher der öffentlichen Hand zuteilwird, sich für das Unternehmen auszahlt, trägt das Unternehmen grundsätzlich selbst.

Darauf beschränkt sich die rechtliche Beziehung zwischen öffentlicher Hand und Diensteanbieter aber nicht: Die öffentliche Hand verpflichtet sich mit Anerkennung der Entwickler-Nutzungsbedingungen auch, den Bürger den integrierten Datendienst nur auf Basis der Endnutzerbedingungen des privaten Diensteanbieters zur Verfügung zu stellen.¹⁴⁹ Diese wiederum sehen eine umfassende Datenerhebung vor. Insbesondere akzeptiert die Behörde darin auch die Bedingung, von ihren Endnutzern eine Einwilligung in die Erhebung und Verarbeitung ihrer Nutzungsdaten einzuholen. Diese Daten können die Diensteanbieter aufgrund der umfassend erteilten Einwilligung kommerziell, z. B. durch Bereitstellung kostenpflichtiger Reichweitenanalysen oder zur Verarbeitung im Zusammenhang mit zielgruppenoptimierten Werbeangeboten, nutzen. Die so generierten Daten sind daher monetär verwertbar und stellen ein geldwertes Äquivalent für die Lizenzierung des jeweiligen Dienstes bzw. der Einbindungsfunktion dar.

Die Gegenleistung erbringt allerdings nicht unmittelbar die öffentliche Hand, sondern die Nutzer des öffentlichen Angebots. Die Gegenleistung der Verwaltung liegt insoweit allenfalls in der Konzessionierung der Dienstleistung »Bereitstellung eines Datendienstes auf der Behörden-Website«, für deren Nutzung der Diensteanbieter von den Bürgern gewissermaßen als Gegenwert eine Einwilligung in die Erhebung und Verarbeitung kommerziell verwertbarer Daten bzw. Informationen verlangen kann. Zwar schafft die öffentliche Hand durch Einbindung des Dienstes

¹⁴⁷ Dienstleistungskonzessionen schließen ihrem Wesen nach Geldleistungen zwischen dem Auftraggeber und dem Dienstleister nicht gänzlich aus, solange das wirtschaftliche Risiko der Leistung bei dem Dienstleister liegt.

¹⁴⁸ Vgl. dazu *Martini* (Fußn. 109), S. 218 mit Fußn. 1283.

¹⁴⁹ Siehe dazu Fußn. 20.

in das behördliche Angebot die Grundlage für den Datenzugriff des privaten Diensteanbieters. Den Daten(ab-)fluss aktiviert aber (außer bei Einbindung aktiver Plug-ins) erst der Nutzer, indem er den privaten Dienst in Anspruch nimmt und seine Einwilligung zur Datenerhebung erteilt. Die öffentliche Stelle ist hingegen rechtlich nicht in der Lage, über die bei der Nutzung der Dienste anfallenden Nutzungsdaten zu verfügen.¹⁵⁰ Die Einwilligung können vielmehr allein die betroffenen »Datenspender« erteilen.

Ob der private Anbieter die erwünschten Daten der Nutzer erhält, hängt somit ausschließlich von der Nutzungsbereitschaft der Website-Besucher sowie deren Bereitschaft zur Her- und Freigabe von Daten ab. Die Website betreibende Behörde garantiert demgegenüber weder eine bestimmte Anzahl an Nutzungsvorgängen noch den Anfall eines bestimmten Datenvolumens. Wie für die Dienstleistungskonzession charakteristisch, trägt daher der Anbieter des Geodatendienstes das mit dem Angebot der konzessionierten Dienstleistung verbundene wirtschaftliche Risiko.

(β) Unterschiede

Anders als bei einer Dienstleistungskonzession konzessioniert die Verwaltung die Möglichkeit zur entgeltsubstituierenden Datenerhebung beim Nutzer allerdings nicht durch Einräumung eines Nutzungsrechts für einen bestimmten Zeitraum, sondern allein durch die tatsächliche bzw. technische Gestaltung und durch Annahme der jeweiligen Lizenzbedingungen. Es mangelt an einer verbindlichen Regelung der Konzessionslaufzeit. Auch gesteht die Verwaltung dem Anbieter des Geodatendienstes kein *ausschließliches* Recht zur Nutzung der Nutzerdaten zu. Ein solches ausschließliches Recht zur kommerziellen Nutzung und Verwertung des Leistungssubstrats ist aber ebenso wie eine vertragliche Bestimmung der Laufzeit des Konzessionsvertrages Kennzeichen der Dienstleistungskonzession.¹⁵¹ Die dem privaten Drittanbieter eröffnete Möglichkeit zur Erhebung und Verarbeitung kommerziell verwertbarer Daten lässt sich daher nicht reibungsfrei unter den Tatbestand einer Dienstleistungskonzession subsumieren.

(2) Analoge Anwendung der Regeln für Dienstleistungskonzessionen auf Verwaltungssponsoring

Allerdings sind die Parallelen zur Rechtsfigur der Dienstleistungskonzession unverkennbar. Die Austauschbeziehung berührt in beiden Fällen keine öffentlichen Haushaltsmittel, deren effizienter Einsatz im Interesse der Steuerzahler der Fokus des nationalen Vergaberechts ist. Die fiskalische Bedeutsamkeit einer Einbindung privater Datendienste ist überdies deutlich geringer als diejenige der Dienstleistungskonzession. Denn da die Laufzeit nicht geregelt und die Nutzung des Leistungssubstrates nicht exklusiv ist, bindet sich die Verwaltung in noch geringerem Maße an einen Dienstleister. Damit fällt dessen Privilegierung ungleich schwächer aus als im gesetzgeberisch geregelten Fall einer Dienstleistungskonzession. Aufgrund der insoweit bestehenden wertungsmäßigen Gleichheit der Fallgestaltungen ist grundsätzlich eine analoge

¹⁵⁰ Insofern zutreffend *Hoffmann/Schulz/Brackmann* (Fußn. 63), S. 170.

¹⁵¹ Vgl. zur Ausschließlichkeit der Rechtseinräumung OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.9.2004, NZBau 2005, 650 f.; *Wegener* (Fußn. 136), § 99 GWB Rdnr. 54; *Böckel*, LKV 2003, 393 (395).

Anwendung der Vorschriften und Regeln zur Dienstleistungskonzessionen a maiore ad minus auf die Auswahl von Social-Media- und Geodatendiensten gerechtfertigt.¹⁵²


bb) Schlussfolgerungen

Unter dieser Prämisse ist der Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht eröffnet und die Einbindung des Dienstes nicht ausschreibungspflichtig. Allerdings entfallen dadurch nicht sämtliche Anforderungen an das Verfahren der Sponsorenauswahl. Vielmehr sind die für die Gewährung einer Dienstleistungskonzession zu beachtenden Anforderungen entsprechend heranzuziehen: Nach den Grundsätzen der Art. 34, 49 und 56 AEUV¹⁵³ bzw. den gleichheitsrechtlichen Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG muss die Auswahl des einzubindenden Dienstes zum einen auf der Grundlage *objektiver Kriterien* und zum anderen in einem *transparenten Verfahren* mit angemessener *Öffentlichkeit* erfolgen.¹⁵⁴

Der Umfang der gebotenen Transparenz und Öffentlichkeit¹⁵⁵ hängt von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere von dem Marketingwert der kostenlosen Tool- bzw. Dienstebereitstellung, dem Wert des einzubindenden Dienstes für den behördlichen Online-Auftritt und von der Angemessenheit des Bekanntmachungsaufwands im Verhältnis zur Sponsoringleistung ab.¹⁵⁶ Die Sachgerechtigkeit der Kriterien beurteilt sich nach dem Zweck, den die Einbindung verfolgt (dazu oben IV. I. b. bb.).

b) Social Icons und Anbieter-Lohos als geldwerte Werbeplatzierung

Regelmäßig verpflichten die Diensteanbieter in ihren Nutzungsbedingungen die Betreiber der einbindenden Websites, ihr Anbieterlogo oder andere Marken- und Anbieterhinweise einzublenden. Beispielsweise ist nach den Nutzungsbedingungen für Google Maps das mit einem

Hyperlink versehenen Google-Logo  notwendiger Bestandteil des eingebundenen Kartenausschnitts.¹⁵⁷ Geht die darin liegende Gewährung eines Empfehlungs- und Werbeeffekts über eine zurückhaltende Lenkung von Aufmerksamkeit auf die Leistung des Sponsors hinaus, erzeugt sie einen geldwerten Vorteil i. S. v. § 99 GWB. Die Förderung verliert dann ihren Charakter als bloßes Verwaltungssponsoring.¹⁵⁸

Das wird insbesondere daran deutlich, dass Werbeplatzierungen auf Websites der öffentlichen Hand als Randnutzung des staatlichen Internetauftritts regelmäßig nur gegen Entgelt angeboten

¹⁵² Vgl. ähnlich *Wegener* (Fußn. 136), § 99 GWB Rdnr. 60.

¹⁵³ Siehe etwa EuGH, Urteil v. 21.2.2008, Slg. 2008, I-619 (671 f.); Urteil vom 21.7.2005, Slg. 2005, I-7287 (7316 f.).

¹⁵⁴ Vgl. *Remmert*, DÖV 2010, 583 (590) sowie oben IV I. b.

¹⁵⁵ Vgl. etwa die Allgemeine Verwaltungsvorschrift des Bundesministeriums des Innern zur Förderung von Tätigkeiten des Bundes durch Leistungen Privater (Sponsoring, Spenden und sonstige Schenkungen) vom 7.7.2003, O 4-634 140 - 1/7.

¹⁵⁶ Vgl. dazu *Remmert*, DÖV 2010, 583 (590) mit Fußn. 89.

¹⁵⁷ Vgl. Ziff. 9.4 der Google Maps/Google Earth APIs Terms of Service (Fußn. 16).

¹⁵⁸ Vgl. auch die Wertung des § 7 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 RStV. Sie sieht – unter den etwas anderen, die unbeeinflusste öffentliche Meinungsbildung in den Blick nehmenden Vorzeichen des Medienrechts – die Grenze einer zulässigen Produktplatzierung bei kostenlos zur Verfügung gestellten Gütern unabhängig von ihrem Wert dann als überschritten an, wenn das Produkt zu stark herausgestellt wird (vgl. auch Fußn. 141).

werden. Sofern die Platzierung der Marke, des Logos oder des Social Icons eines Diensteanbieters in Größe und Gestaltung solchen kostenpflichtigen Werbeanzeigen entspricht, ohne durch funktionelle Erfordernisse wie Bedienfreundlichkeit oder die Hinweisfunktion gerechtfertigt zu sein, verzichtet die öffentliche Hand gegenüber dem Diensteanbieter demnach auf einen Mittelzufluss, der ihr als geldwerter Vorteil zugestanden hätte. Die unentgeltliche Bereitstellung eigentlich wirtschaftlich verwertbarer Werbeflächen weist einen haushaltswirtschaftlichen Bezug auf. Das begründet eine vergaberechtliche Ausschreibungspflicht.

2. Sonderfall: Offen lizenzierte bzw. freie Web-2.0-Werkzeuge, die keine Nutzerdaten erheben und keine Markenanbringung voraussetzen

Anders als kommerzielle soziale Netzwerke bzw. proprietäre Geodatendienste machen dezentralisierte und quelloffene soziale Netzwerke, wie Diaspora und Friendica, bzw. offenzulizenzierte und freie Geodatendienste, wie Open Street Map, die Einbettung in ein Drittangebot weder von der Anbringung eines Anbieterlogos noch von einer Nutzerdatenerhebung abhängig. Ihre Einbindung gewährt den Anbietern daher regelmäßig weder geldwerte Vorteile in Gestalt unmittelbarer wirtschaftlicher Werbeeinflüsse noch in Gestalt eines Nutzerdatenflusses. Damit entfallen grundsätzlich die für die Einbindung bestehenden vergaberechtlichen Verfahrenspflichten und prozeduralen Sicherungen.¹⁵⁹

VI. Fazit

Die Einbindung eines privaten Social-Media- oder Geodatendienstes in einen behördlichen Online-Auftritt ist regelmäßig kein entgeltlicher Beschaffungsvorgang. Vielmehr handelt es sich bei ihr um eine nicht ausschreibungspflichtige Erscheinungsform des Verwaltungssponsorings, die mit der Dienstleistungskonzession verwandt ist. Eine öffentliche Ausschreibung kann aber ausnahmsweise dann erforderlich sein, wenn die Platzierung des Social Icons oder der Marke des eingebundenen Dienstes in Größe, Gestaltung und Werbewirkung einer kostenpflichtigen Werbeanzeige entspricht, die nicht lediglich zurückhaltend Aufmerksamkeit auf das Leistungsangebot lenkt.

Aufgrund ihrer inzidenten Empfehlungswirkung ist die Einbindung von Drittdiensten in behördliche Internetauftritte regelmäßig eine marktbezogene, wettbewerbsrelevante Betätigung der öffentlichen Hand. Ihre faktisch-mittelbaren Auswirkungen auf die Wettbewerbsfreiheit der konkurrierenden Anbieter erreichen aber nur im äußersten Ausnahmefall die Eingriffsschwelle einer nachhaltigen, existenzgefährdenden Benachteiligung.

Die Einbindung privater Dienste verletzt im Regelfall auch keinen wettbewerbsrechtlichen Unlauterkeitstatbestand – wiewohl sie eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG darstellt. Denn sie übt normalerweise weder einen unangemessenen unsachlichen Einfluss

¹⁵⁹ So rechtfertigt sich auch, dass die Unterlage für die Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen (UfAB V) die eigenhändige Beschaffung von Open-Source-Software als vergaberechtlich nicht relevanten Sachverhalt klassifiziert; vgl. Ziff. 4.42.3 der UfAB V Version 2.0 vom 15.06.2010, S. 234.

auf die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher aus (§ 4 Nr. 1 UWG) noch ist ihr, weil erkennbar, ein verschleierter Werbecharakter eigen (§ 4 Nr. 3 UWG). Bei der Präsentation der Social-Media-Werkzeuge und Geodatendienste auf der behördlichen Internetseite ist aber jeder unangemessene unsachliche Einfluss auf die Nutzungsbereitschaft ebenso wie der Eindruck einer spezifisch amtlichen Information zu vermeiden.

Aufgrund ihrer Ausstrahlungen auf die Wettbewerbspositionen der konkurrierenden Anbieter muss die Auswahl des eingebundenen Dienstes den Grundsätzen der Art. 34, 49 und 56 AEUV bzw. den gleichheitsrechtlichen Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG Rechnung tragen: Sie hat auf der Grundlage *objektiver Kriterien* in einem *transparenten Verfahren* mit angemessener *Öffentlichkeit* zu erfolgen.

Sachgerecht sind solche Kriterien, die sich an der Funktionalität und Benutzerfreundlichkeit des Dienstes als Teil der Öffentlichkeitsarbeit orientieren sowie dem datenschutzrechtlichen Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit Rechnung tragen. Im Zweifel gebührt denjenigen Diensten der Vorzug, die Nutzerdaten gar nicht oder nur im Rahmen des unbedingt Notwendigen erheben. Für die Einbindung sozialer Netzwerke folgt aus der mit ihnen intendierten Reichweitensteigerung, dass regelmäßig nicht nur Facebook, sondern daneben auch alle anderen gesellschaftlich relevanten Netzwerke einzubinden sind. Bei Geodatendiensten ist hingegen regelmäßig auch die Auswahl nur eines einzelnen Dienstes sachgerecht.

Vor Einbindung privater Datendienste muss die Behörde prüfen, ob und welche Datenschutzängel das avisierte Angebot aufweist und inwieweit sie sich ggf. durch ergänzende Informationen überwinden lassen. Außerdem sollte die Behörde den Nutzer vor Beginn des Datenflusses in Form eines Informationsdialogs über Umfang und Zweck der Datenerhebung und -verarbeitung, über die datenschutzrechtlich Verantwortlichen und über das Bestehen und die richtige Adressierung von Betroffenenrechten (Widerspruch, Löschung u. a.) informieren. Die Nutzungsbedingungen privater Diensteanbieter genügen den datenschutzrechtlichen Anforderungen des TMG und BDSG regelmäßig nicht. Es besteht daher das Risiko, dass ihre Datenerhebung und -verarbeitung auf der Behörden-Website nicht durch eine wirksame Einwilligung gedeckt ist oder jedenfalls gegen die datenschutzrechtlichen Informationspflichten des TMG verstößt. Für die Einhaltung dieser Pflichten kann die einbindende Behörde als den Datenverarbeitungsprozess ermöglichende Stelle datenschutzrechtlich (mit)verantwortlich sein. Dies gilt zum einen dann, wenn eine Behörde solche Dienste zu Zwecken der Reichweitenanalyse oder anderer statistischer Erhebungen über die Nutzung der eigenen Behörden-Website einsetzt. Zum anderen ist sie mitverantwortlich, wenn das Tool bereits ohne Anklicken Nutzungsdaten an die privaten Anbieter übermittelt (aktives Plug-in) und wenn der in Betracht gezogene Dienst ausweislich seiner Nutzungs- und Datenschutzbedingungen ein offensichtlich datenschutzrechtswidriges Geschäftsmodell verfolgt.

Als Teil ihrer originären datenschutzrechtlichen Verantwortung muss die Behörde daneben dem Kopplungsverbot des § 28 Abs. 3b Satz 2 BDSG (bzw. § 28 Abs. 3b Satz 2 BDSG analog) Rechnung tragen. Sie darf daher den funktionalen Leistungszugang zu ihrem Online-Angebot nicht von der (Mit-)Nutzung eines Social-Media- oder Geodatendienstes abhängig machen, der Daten zu Werbezwecken erhebt. Sofern die Behörde cookie-gestützte Webtracking-Verfahren

einsetzen will, muss sie aufgrund ihrer unmittelbaren Bindung an die E-Privacy-Richtlinie sicherstellen, dass eine entsprechende, auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen erteilte Einwilligung ihrer Website-Nutzer vorliegt. Gleiches sollte sie tun, wenn allein die eingebundenen privaten Dienste Cookies einsetzen.

Die Wahlentscheidung bei der Einbindung privater Drittanbieter in Homepages verlangt den Behörden hohe Seemannskunst ab. Sie sehen sich einem Dilemma zwischen Skylla (Öffentlichkeitsauftrag) und Charybdis (Gesetzesbindung) ausgesetzt. So wie *Odysseus* den Lockrufen der Sirenen widerstand, indem er sich an einen Pfahl band, sollten die Behörden bei ihrer Öffentlichkeitsarbeit im Internet sich dem Zauber der einfachsten Lösung versagen und strikt dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verpflichtet bleiben. Insofern gibt ein alter Rat von *Mahatma Gandhi* weiterhin die richtige Kompassrichtung vor: »Nichtzusammenarbeit mit dem Schlechten gehört ebenso zu unseren Pflichten wie die Zusammenarbeit mit dem Guten.«