

# **Stellungnahme zur „Orientierungshilfe für Anbieter:innen von Telemedien 2021“ der DSK**

Berufsverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands (BvD) e.V.

Stand: 14.03.2022

Die Datenschutzkonferenz (DSK) hat am 20.12.2021 die „Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021“ veröffentlicht und zur Abgabe von Stellungnahmen eingeladen. Der Berufsverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands (BvD) e.V. nimmt zur „OH Telemedien 2021“ wie folgt Stellung:

Der BvD begrüßt die Handreichungen der Datenschutzkonferenz (DSK), da diese der Orientierung, Verständlichkeit der gesetzlichen Regelungen sowie der Einheitlichkeit der Handhabung durch die 18 deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden dienen. Gerade die Auslegung der gesetzlichen Regelungen durch die Datenschutzaufsichtsbehörden sind für Verantwortliche und Auftragsverarbeiter wichtig und unterstützen Datenschutzbeauftragte (DSBs), da die Beratung zur Rechtsanwendung ein Bestandteil der Tätigkeit des DSB ist. Dennoch erschien der Zeitpunkt der Veröffentlichung am 20.12.2021 eher unglücklich, da typischerweise Handlungsbedarf aufgrund von Orientierungshilfen der DSK entsteht.

## **1. Keine erkennbare Berücksichtigung der Positionen anderer Datenschutzaufsichtsbehörden in der EU**

Die in der „OH Telemedien 2021“ behandelte Regelung in § 25 TTDSG beruht auf einer Änderung der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG durch die Änderungsrichtlinie 2009/136/EG. Die Richtlinienvorgaben sind in anderen EU-Mitgliedstaaten daher – anders als in Deutschland – seit rund zehn Jahren umgesetzt und werden durch die Datenschutzaufsichtsbehörden der EU-Mitgliedstaaten ausgelegt und angewendet.

Wünschenswert wäre daher die Berücksichtigung dieser Auslegung und Anwendung der Datenschutzaufsichtsbehörden der EU-Mitgliedstaaten im Interesse einer einheitlichen Auslegung und Anwendung in der EU. Denn gerade die Dienste der elektronischen Informationsgesellschaft werden typischerweise unionsweit angeboten.

Gerade in Bezug auf die Ausführungen und Aufteilung der Anwendung des § 25 TTDSG in „Basisdienste“ und „Zusatzdienste“ wäre anstatt eines deutschen Sonderwegs eine harmonisierte Auslegung begrüßenswert (gewesen).

## **2. Räumlicher Anwendungsbereich**

Die Regelung zum Anwendungsbereich in § 1 Abs. 3 TTDSG ist insbesondere mit Blick auf Telemedien unglücklich. Denn anders als Art. 3 Abs. 2 DS-GVO und § 1 Abs. 4 BDSG wird nicht an die Verarbeitung personenbezogener Daten, sondern an die Dienstleistung angeknüpft.

Insofern ist die Klarstellung der DSK durch Bezugnahme auf die Verarbeitung personenbezogener Daten begrüßenswert.

## **3. Schaltflächen zum Akzeptieren und Ablehnen**

Wenngleich die Intention der Ausführungen zur Gestaltung der Schaltflächen nachvollziehbar ist, kann die Gestaltung der Anforderungen nicht geteilt werden. Maßgeblich ist nicht eine unterstellte, aber nicht bestätigte Erwartungshaltung der Nutzer an die Gestaltung, sondern die gesetzlichen Vorgaben. Davon ausgehend, dass ohne die aktive Einwilligung von einer solchen auch nicht ausgegangen werden kann, kann den gesetzlichen Vorgaben nicht entnommen werden, dass eine individuelle Gestaltung nicht auch auf einer zweiten Ebene des Consent-Banners möglich ist.

## **4. Bestimmtheit der Einwilligung**

Wenngleich mit Blick auf das Bestimmtheiterfordernis einer Einwilligung vage Schlagwörter nicht genügen, so ist in Bezug auf IT-Sicherheit dennoch anzuerkennen, dass eine schlagwortartige Beschreibung genügen muss. Denn eine detaillierte Beschreibung würde das Erfordernis einer Erklärung in einfacher, für die betroffene Person verständlicher Sprache konterkarieren. Eine Beschreibung, die über ein Schlagwort hinaus geht, aber sich inhaltlich in einem Mehr an Text erschöpft, schafft auch keine zusätzliche Transparenz für die betroffene Person.

Es wird angeregt, sich mit diesem Aspekt der Einwilligung im Interesse aller Beteiligten durch eine Hilfestellung näher zu befassen. Die Erwartungshaltung an die Konkretisierung einer schlagwortartigen Beschreibung sollte optimalerweise ebenfalls durch die Aufsichtsbehörden dargestellt werden.

## **5. Zulässigkeit der Kopplung**

Art. 7 Abs. 4 DS-GVO regelt schon dem Wortlaut nach kein Kopplungsverbot. Auch dient Art. 7 Abs. 4 DS-GVO nicht einem erweiterten Verbraucherschutz, sondern dem Ausgleich zwischen dem Interesse der betroffenen Person, eine freie Entscheidung zu treffen, und der Privatautonomie des Anbieters eines Dienstes der Informationsgesellschaft.

Bereits unter dem TDDSG und dem TMG war anerkannt, dass der Anbieter nicht indirekt durch das Datenschutzrecht verpflichtet werden kann, seine Leistungen kostenfrei anzubieten.

Auch die Anerkennung des „Bezahlens mit Daten“ in der Digitale-Inhalte-Richtlinie (Richtlinie (EU) 2019/770) sowie im Kodex für elektronische Kommunikation (Richtlinie (EU) 2018/1972) spricht für diese Wertung; selbst wenn diese Regelungen klarstellen, dass das Datenschutzrecht unberührt bleibt.

Insofern ist nicht nachzuvollziehen, weshalb laut Orientierungshilfe ein Verweis auf andere Angebote nicht zur Wahrung der Freiwilligkeit führt.

Es braucht daher eine deutliche Klarstellung in der Orientierungshilfe, dass jedenfalls eine Entkoppelung dadurch möglich ist, dass das Angebot gegen Zahlung eines Entgelts ebenfalls zugänglich ist.

## **6. Widerruf der Einwilligung**

Nach Art. 7 Abs. 3 DS-GVO muss der Widerruf der Einwilligung ebenso leicht möglich sein, wie die Erteilung. Soweit hierfür eine auf jeder Unterseite einer Internetpräsenz erreichbare Schaltfläche „Widerruf“ gefordert wird, übersteigt dies jedoch die gesetzlichen Vorgaben. Jedenfalls muss eine Widerrufsmöglichkeit in der Datenschutzerklärung der jeweiligen Internetpräsenz diesen Anforderungen genügen.

Insbesondere auch in diesem Punkt wäre eine Harmonisierung der Bewertung in der EU geboten gewesen.

## **7. Unbedingte Erforderlichkeit im Sinne des § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG**

Wenngleich sich ErwG 66 der Änderungsrichtlinie 2009/136/EG als Ansatz heranziehen lässt, dass nur eine strenge Betrachtung als technisch zwingend erforderlich genügen kann, ist diese Auslegung nicht zwingend. Denn ErwG 66 der Änderungsrichtlinie 2009/136/EG ist letztlich

nur zu entnehmen, dass eine technische Erforderlichkeit zur Ausnahme von einer Einwilligung führt. Nicht zwingend kann hieraus jedoch geschlossen werden, dass nur diese dazu führt.

Hinzu kommt, dass sich auch eine wirtschaftliche Erforderlichkeit als zwingend erweisen kann, wenn nämlich ohne Finanzierung der Dienst überhaupt nicht erbracht werden kann. Dabei wird vorausgesetzt, dass dies im Bedarfsfall belegt werden kann.

## **8. Ausführliche Darstellung von Kriterien**

Der BvD begrüßt die ausführliche Darstellung von Anwendungsbeispielen und Prüfkriterien in Ziffer III. 3. c) der Orientierungshilfe – trotz kritischer Anmerkungen zur Auslegung in der Orientierungshilfe –, da diese eine wesentliche Erleichterung der Handhabung in der Praxis darstellt.

## **9. Verhältnis zur „OH Telemedien 2019“**

Während die „OH Telemedien 2019“ nur die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten im Kontext des Einsatzes von Tracking-Anwendungen beleuchtet, ist der Schwerpunkt der „OH Telemedien 2021“ die Auslegung und Anwendung des § 25 TTDSG mit dem Hinweis, dass sich die Verarbeitung personenbezogener Daten (weiterhin) nach der DS-GVO, insbesondere Art. 6 DS-GVO, bestimmt. Dies spricht dafür, dass die „OH Telemedien 2019“ für die Bewertung der Verarbeitung personenbezogener Daten weiterhin Gültigkeit hat. Gleichwohl ist – bspw. in Bezug auf die „Reichweitenmessung“ – nicht hinreichend klar, ob von der „OH Telemedien 2019“ durch die „OH Telemedien 2021“ abgewichen wird. Wünschenswert ist eine deutliche Klarstellung, ob die „OH Telemedien 2019“ noch anwendbar ist und – falls ja – welche Aspekte nun abweichend bewertet werden und warum.

## **Über den BvD**

Mit mehr als 30 Jahren Erfahrung ist der Berufsverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands (BvD) e.V. die älteste Interessenvertretung für betriebliche und behördliche Datenschutzbeauftragte und -berater. BvD-Mitglieder sind in allen Branchen vertreten, insbesondere IT und IKT, Industrie/Produktion, Handel/Vertrieb, Beratung und Gesundheits- und Sozialwesen – und dort als konstruktiv-lösungsorientierte Datenschutzexperten ein wichtiger Partner für die verantwortliche Unternehmensleitung. Alle Vorstände, alle Leiter von Arbeitskreisen, Ausschüssen und Regionalgruppen des BvD bringen ihre praktische Erfahrung unentgeltlich in die Verbandsarbeit ein. Mit der Gründung des Europäischen Dachverbandes EFDPO hat der BvD die Weichen für verstärkte Vernetzung und Kommunikation auf EU-Ebene gestellt.

## **Impressum**

Berufsverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands (BvD) e.V.  
Budapester Straße 31, 10787 Berlin  
Telefon (030) 26 36 77 60. • Telefax (030) 26 36 77 63  
E-Mail: [bvd-gs@bvdnet.de](mailto:bvd-gs@bvdnet.de) • [www.bvdnet.de](http://www.bvdnet.de)  
Stand: 14. März 2022