

## VAUNET zur Orientierungshilfe Telemedien der DSK

Datum 14. März 2022

VAUNET begrüßt die Entscheidung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK), die Interessenträger zu konsultieren, und bedankt sich für die Möglichkeit, zur aktualisierten Orientierungshilfe für Anbieter:innen von Telemedien (DSK OH TM) vom 20.12.2021 Stellung zu nehmen.

Mit der Überarbeitung und Ergänzung der Orientierungshilfe Telemedien vom März 2019 reagiert die DSK auf die neue Rechtslage, nach der mit Wirkung zum 01.12.2021 Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL durch § 25 des neuen Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes (TTDSG) in deutsches Recht umgesetzt wurde. § 25 TTDSG ist künftig beim Einsatz von jeglichen Technologien zu beachten, mittels derer Informationen auf Endeinrichtungen gespeichert oder aus diesen ausgelesen werden.

Die in der Konsultationsversion der Orientierungshilfe Telemedien niedergelegten Anforderungen und Wertungen werden die Anwendung des § 25 TTDSG in einigen Bereichen erleichtern. Einige Aspekte sind aus Sicht des VAUNET jedoch nachbesserungsbedürftig oder sollten klargestellt werden.

### **I. Auslegungskompetenz der in der DSK zusammengeschlossenen Aufsichtsbehörden; Umfang der Selbstbindung der Verwaltung**

Verwaltungsrechtlich verstehen wir die Orientierungshilfe Telemedien als Richtlinie, die fortan bundesweit eine einheitliche und gleichmäßige Entscheidungspraxis bei der Anwendung insbesondere des § 25 TTDSG sicherstellt. Unsere Mitglieder und die übrigen Rechtsanwender haben ein berechtigtes Interesse an der Klärung, ob die Orientierungshilfe Telemedien kompetenzgemäß erlassen wurde und einen verlässlichen Maßstab für ihre TTDSG-Compliance darstellt.

Dem Vernehmen nach stützen Aufsichtsbehörden der Länder, die sich an dem Beschluss der Orientierungshilfe Telemedien beteiligt haben, ihre sachliche Zuständigkeit für den Vollzug des § 25 TTDSG auf § 113 Satz 1 MStV. Das setzt voraus, dass § 25 TTDSG eine allgemeine Datenschutzbestimmung ist (zum Meinungsstand *Golland*, NJW 2021, 2238, 2241). Die Orientierungshilfe Telemedien argumentiert paradoxerweise gegen die datenschutzrechtliche Qualifikation des § 25 TTDSG und damit gegen die Beschlusskompetenz der teilnehmenden Aufsichtsbehörden. So regelt das „TTDSG (...) unter anderem den Schutz der Privatsphäre bei der Nutzung von Endeinrichtungen, unabhängig davon, ob ein Personenbezug vorliegt oder nicht“ (DSK OH TM, S. 3), was gegen eine allgemeine Datenschutzbestimmung iSd § 113 Satz 1 MStV spricht. „Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Norm [= § 25 TTDSG] wird nicht unmittelbar an einen Telekommunikations- oder Telemediendienst angeknüpft, sondern auf die Endeinrichtungen abgestellt“ (DSK OH TM, S. 6) – womit zweifelhaft ist, ob § 113 Satz 1 MStV – „Datenschutzaufsicht bei Telemedien (sic!)“ überhaupt systematisch einschlägig ist. Schließlich fordert der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) in seiner Stellungnahme (Opinion 5/2019 v. 12.03.2019, Rn. 68) eine ausdrückliche Kompetenzzuweisung

(„68. ... only if national law confers this competence on them) – der MStV vom April 2020 hatte Endgerätezugriffe iSd neuen § 25 TTDSG gar nicht im Blick.

**Stellungnahme:** Wir bitten, die Orientierungshilfe Telemedien um einen klarstellenden Abschnitt zu ergänzen, in dem die sachliche Zuständigkeit der beschlussfassenden Aufsichtsbehörden für den Vollzug des § 25 TTDSG transparent dargelegt wird.

## **II. DS-GVO-konforme Einwilligungserteilung und -verweigerung; „Akzeptieren“- und „Ablehnen“-Button**

Art. 4 Nr. 11 DS-GVO setzt für eine wirksame Einwilligung eine unmissverständlich abgegebene Willensbekundung voraus, mit der die Endnutzer:innen im Kontext des § 25 TTDSG zu verstehen geben, dass sie mit dem Speichern oder Auslesen der Informationen auf ihren Endeinrichtungen einverstanden sind. Unter dem Aspekt der „unmissverständlich und eindeutig bestätigenden Handlung“ fordert die Orientierungshilfe Telemedien, dass Endnutzer:innen ihre Ablehnung ohne Mehraufwand an Klicks (gegenüber der Zustimmung) äußern können (DSK OH TM, S. 13).

### **1. Anspruch auf Einwilligungsdiallog mit den Endnutzer:innen**

Anbieter von Telemediendiensten können berechtigterweise verlangen, dass sich die Nutzer:innen ihrer Informations-, Unterhaltungs- und Bildungsinhalte mit ihren Einwilligungsvorbehalten angemessen und ernsthaft auseinandersetzen. Einwilligungsvorbehalte wie in § 25 TTDSG ermöglichen Nutzer:innen die souveräne Entscheidung über Gerätezugriffe und Datenverarbeitungen; andererseits bedingen Einwilligungsvorbehalte die Teilnahme an relevanten Einwilligungsdiallogen. Anbieter von Telemedien können dabei den Einwilligungsdiallog mit ihren Nutzer:innen nach der DS-GVO frei gestalten, solange die Informiertheit, Freiwilligkeit und Bestimmtheit der Einwilligung gewährleistet ist. Die von der DSK geforderte „Effektgleichheit“ der zustimmenden und ablehnenden Schaltflächen (Buttons) auf der ersten Dialogebene lehnen wir konsequent ab:

- Der EuGH hat bereits entschieden, dass bei der Gestaltung des Einwilligungsdiallogs darauf zu achten ist, dass keine zusätzlichen Anforderungen die Nichterteilung der Einwilligung ungebührlich beeinträchtigen. Der Einwand der „ungebührlichen Beeinträchtigung“ ist sodann Gegenstand der tatrichterlichen Würdigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls (EuGH ZD 2021, 89 Rn. 50 – Orange România), also der konkreten Gestaltung des Einwilligungsdiallogs. Die Orientierungshilfe Telemedien ignoriert das unionsrechtliche Tatbestandsmerkmal der ungebührlichen Beeinträchtigung.
- Der Bundesrat hatte im TTDSG-Gesetzgebungsverfahren bereits effektgleiche „Einwilligung“- und „Ablehnung“-Schaltflächen (Buttons) gefordert (BR-Drs. 163/21 [Beschluss] v. 26.03.2021, S. 6). Der Bundestag hatte zutreffend auf die Unvereinbarkeit einer solchen Gestaltungsvorgabe mit Art. 4 Nr. 11, 7 DS-GVO hingewiesen (BT-Drs. 19/28396 v. 13.04.2021, S. 9). Die Orientierungshilfe Telemedien greift die Idee eines zwingenden „Ablehnen“-Buttons auf der ersten Dialogebene gleichwohl wieder auf.
- Die aufsichtsbehördliche Wertung ist maßgeblich auf Erwägungsgrund 32 S. 6 der DS-GVO gestützt (DSK OH TM, S. 13), wonach die elektronische Einwilligungsabfrage den Dienst, für

den die Einwilligung erteilt werden soll, nicht unnötig unterbrechen soll. Von einer unnötigen Unterbrechung kann jedoch keine Rede sein, wenn bequeme Nutzer:innen die Einwilligung auf der ersten Dialogebene durch einen Klick erteilen kann, während interessierte Nutzer:innen zunächst seine granularen Einwilligungsoptionen unterbreitet bekommt, einschließlich der vollständigen Ablehnoption als Default-Einstellung.

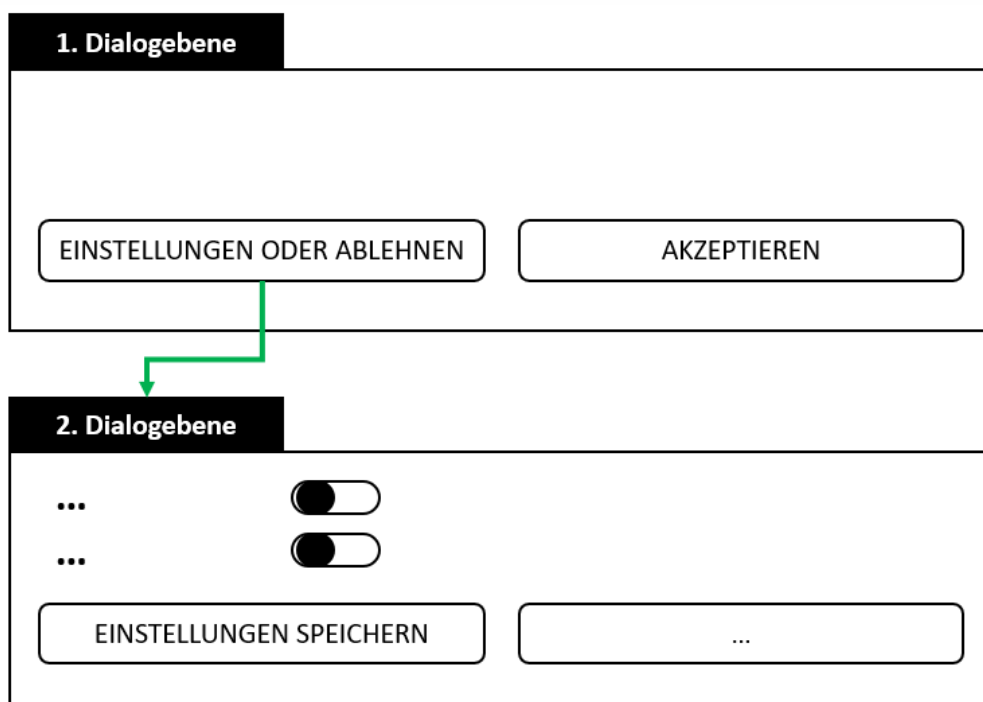
- Die Freiwilligkeit der Einwilligung ist nur in Fällen der Täuschung, Einschüchterung, Nötigung oder beträchtlicher nachteiliger Folgen (z. B. erhebliche Zusatzkosten) beeinträchtigt (EDSA, Leitlinien 05/2020 v. 04.05.2020, Rn. 24). Die Erwägung der Orientierungshilfe Telemedien, dass ein zweistufiger Einwilligungsdialog einen derart messbaren Mehraufwand auslöse, der die Freiwilligkeit der Einwilligung ausschließe (DSK OH TM, S. 17), ist mit dem abgestimmten EDSA-Maßstab unvereinbar.

**Stellungnahme:** Die Orientierungshilfe Telemedien sollte von Eingriffen in den Einwilligungsdialog zwischen den Anbietern von Telemediendiensten und ihren Nutzer:innen absehen, soweit die Informiertheit, Freiwilligkeit und Bestimmtheit der Einwilligung gar nicht beeinträchtigt ist. Insbesondere ist die Forderung nach einem „Einwilligung“- und „Ablehnen“-Button auf der ersten Dialogebene unionsrechtswidrig.

## 2. Transparente Ablehnoption

Die Orientierungshilfe Telemedien kritisiert nachvollziehbar „nebulös gehaltene“ Ablehnoptionen und daraus resultierende „Informationsdefizite“ (DSK OH TM, S. 14). Die Nutzer:innen sind über die Möglichkeit, keine Einwilligung zu erteilen, transparent zu informieren.

**Stellungnahme:** Der mehrschichtige Einwilligungsdialog (layered approach) könnte wie folgt DS-GVO-konform gestaltet werden:



## II. Notwendigkeit des Ausgleichs zwischen zivilrechtlichem Verbraucher- und Privatsphärenschutz für vernetzte Endeinrichtungen

Der Einsatz personalisierter Werbung wirft eine Vielzahl datenschutzrechtlicher Fragen auf und der Bereich der Onlinewerbung unterliegt einem sich ständig verändernden Rechtsrahmen (vgl. hierzu Kühling/ Sauerborn, Rechtsgutachten über die „Herausforderungen für Telemedienanbieter bei der Compliance mit den Vorgaben des TTDSG und der DS-GVO, 2022, S.5 ff.). Bestehende Unklarheiten versucht die Orientierungshilfe aufzulösen, lässt dabei aber einen wichtigen Bereich unberücksichtigt: die neuen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 327 ff. BGB über die Bereitstellung digitaler Produkte (vgl. Hanloser, ZD 2022, 135 ff.).

**Stellungnahme:** Die gesetzliche Zugriffsbefugnis für die Erbringung eines Telemediendienstes nach § 25 Absatz 2 Nummer 2 TTDSG muss indes insbesondere mit § 327e BGB in Einklang gebracht werden, der subjektive und objektive Funktions- und Qualitätsanforderungen enthält.

Im Einzelnen:

### 1. Auslegung des § 25 Absatz 2 Nummer 2 TTDSG gemäß den Anforderungen des § 327e BGB

Die Bereitstellung der für ein mangelfreies digitales Produkt geschuldeten Funktionen kann technisch voraussetzen, dass Informationen auf einer Endeinrichtung gespeichert werden oder auf gespeicherte Informationen zugegriffen wird.

§ 25 TTDSG setzt hierfür die Einwilligung der/s verfügbungsberechtigten Endnutzer:in voraus. Hieraus ergibt sich die vertragliche Nebenpflicht, als verfügbungsberechtigter Endnutzer:in die Einwilligung zu erteilen oder die Einwilligung der/s personenverschiedenen verfügbungsberechtigten Endnutzer:in beizubringen. In Betracht kommt aber auch ein einwilligungsfreier Zugriff auf die Endeinrichtung nach § 25 Absatz 2 Nummer 2 TTDSG. Dies setzt voraus, dass der Zugriff für einen ausdrücklich gewünschten Telemediendienst unbedingt erforderlich ist.

#### a. Funktionsumfang eines ausdrücklich gewünschten Telemediendienstes

Die DSK OH TM führt die Begriffe „Basisfunktionen“ und „Zusatzfunktionen“ ein, deren Abgrenzung aber unklar bleibt (s. dort S. 21 ff.).

##### aa. Basisfunktionen

Die DSK fordert zunächst **zutreffend** für einen Nutzerwunsch keine ausdrückliche textliche Erklärung in Schrift oder Wort. Sie stellt dabei folgerichtig fest, dass jeder Telemediendienst übliche Basisfunktionen aufweist, die untrennbar für das gesamte Angebot von Bedeutung sind. Gewünschte Basisfunktionen sollen sich regelmäßig aus der Kategorie des Telemediendienstes ableiten lassen.

Will man den zivilrechtlichen Verbraucherschutz nach §§ 327 ff. BGB und den Privatsphärenschutz von Endeinrichtungen des § 25 TTDSG in Einklang bringen, spricht viel dafür, als Basisfunktionen iSd § 25 Absatz 2 Nummer 2 TTDSG den objektiv geschuldeten Funktionsumfang zu verstehen. Soweit dieser auf den von den Nutzer:innen gewünschten Funktionsumfang

i.S.e. Basisdienstes abstellt, sind es bei entgeltlichen Verbraucherverträgen über digitale Produkte die objektiven Funktionsmerkmale, die geschuldet und auch gewünscht sind.

## *bb. Zusatzfunktionen*

Von den Basisfunktionen grenzt die Orientierungshilfe Telemedien Zusatzfunktionen ab, die für manche Nutzer:innen gar nicht oder nicht über den gesamten Zeitraum der Nutzung des Angebots zum Tragen kommen. Solche Zusatzfunktionen iSd § 25 Absatz 2 Nummer 2 TTDSG wünschen Nutzer:innen erst, wenn sie explizit in Anspruch genommen werden. Der ausdrückliche Wunsch, eine Zusatzfunktionen zu nutzen, müsse sich in weiteren Handlungen äußern, bevor für die Zusatzfunktion ein Cookie einwilligungsfrei gesetzt oder sonst wie auf die Endeinrichtung einwilligungsfrei zugegriffen werden könnte.

**Stellungnahme:** Die Orientierungshilfe Telemedien erkennt im Kern zutreffend an, dass Zusatzfunktionen – ebenso wie die Basisfunktionen – das einwilligungsfreie Speichern und Auslesen von Informationen auf Endeinrichtungen nach § 25 Absatz 2 Nummer 2 TTDSG erlauben. Eine praktikable Unterscheidung fehlt indes. Hier besteht Nachbesserungsbedarf.

Die zergliedernde Einzelfunktionsbetrachtung der Orientierungshilfe Telemedien ist für den Privatsphärenschutz von Endeinrichtungen kontraproduktiv. Überdies gewährt § 25 Absatz 2 Nummer 2 TTDSG keinen Anspruch, sich die Funktionen seines individuellen Telemediendienstes nach dem Baukastenprinzip zusammenzustellen.

## **2. Unbedingte Erforderlichkeit des Zugriffs**

Die unbedingte Erforderlichkeit des Endgerätezugriffs spaltet die Orientierungshilfe Telemedien in eine zeitliche, inhaltliche und personelle Dimension auf: In zeitlicher Hinsicht soll die Speicherdauer auf den jeweiligen Nutzungsvorgang durch Session Storage befristet werden. Inhaltlich sollen Informationen clientseitig statt mittels Cookie-ID serverseitig gespeichert werden. Weitere Maxime zur personellen Erforderlichkeit ist, dass Drittdienstleister Informationen allenfalls angebotsübergreifend auslesen und speichern, wenn sie gewünschte Funktionen auf mehreren aufgerufenen Webseiten zur Verfügung stellen.

**Problematisch** ist aus Sicht des VAUNET der Ansatz DSK OH TM zur inhaltlichen Erforderlichkeit:

Die inhaltliche Dimension betrifft eindeutige Identifikations-Kennzeichen (Cookie-IDs), die auf den Endeinrichtungen gespeichert und wieder ausgelesen werden.

Für Cookie-IDs und andere Online-Identifizier sieht die Orientierungshilfe Telemedien nur in wenigen Fällen eine unbedingte Erforderlichkeit. Informationen, einschließlich personenbezogener Daten, sollen vielmehr clientseitig auf den Endeinrichtungen gespeichert und zum Abruf vorgehalten werden. Eine serverseitige Speicherung der Informationen in einer Datenbank des Telemedienanbieters oder der eingebundenen Drittdienstleister, die dann mittels Cookie-IDs oder anderer Online-Identifizier mit der Endeinrichtung verknüpft sind, sei als Technikgestaltung nicht erforderlich.

VAUNET bezweifelt, dass die Aussage, dass personenbezogene Daten der Nutzer:innen eines Telemediendienstes, z.B. ihre Einwilligungentscheidungen, besser in einem Cookie oder im

Local Storage auf den Endeinrichtungen aufgehoben seien, in technischer Sicht sowie im Sinne des Verbraucherschutzes zukunftsweisend ist.

### **III. Spielraum auch für Heranziehung „berechtigtes Interesse“ als Rechtsgrundlage i.R.d. Tracking**

Die DSK sieht im Kontext des Trackings in der Praxis die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO nur in wenigen Konstellationen erfüllt (s. DSK OH TM, S. 31 f.). Sie verweist darauf, dass die Interessenabwägung im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO eine substantielle Auseinandersetzung mit den Interessen, Grundrechten und Grundfreiheiten der Beteiligten verlange und auf den konkreten Einzelfall bezogen sein müsse.

**Stellungnahme:** Wenngleich lediglich pauschale Erklärungen in Datenschutzerklärungen, dass die die Datenverarbeitung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO zulässig sei, tatsächlich nicht ausreichend sind, muss aus Sicht des VAUNET auch das berechnigte Interesse i.S.d Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO weiterhin als wichtige und gleichwertige Rechtsgrundlage i.S.d. DS-GVO herangezogen werden können.

### **Über VAUNET**

VAUNET ist der Spitzenverband der privaten audiovisuellen Medien in Deutschland. Zu den vielfältigen Geschäftsfeldern der rund 160 Mitglieder gehören TV-, Radio-, Web- und Streaming-Angebote.