



Arbeitsgemeinschaft für wirtschaftliche Verwaltung e.V.

AWV e.V. | Düsseldorf Straße 40 | 65760 Eschborn

per E-Mail an LfD-Referat4@LfD.niedersachsen.de

An die
Datenschutzkonferenz (DSK)

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unsere Zeichen

Datum

15.03.2022

Konsultation TTDSG Stellungnahme zur Orientierungshilfe für Anbieter:innen von Telemedien

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bedanken uns für die Möglichkeit, uns an der Konsultation zur „Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021 (OH Telemedien 2021)“ zu beteiligen und bitten Sie, die anliegende Stellungnahme unseres Arbeitskreises 4.3 „Datenschutz und Informationssicherheit“ bei den weiteren Beratungen zu berücksichtigen.

Die Arbeitsgemeinschaft für wirtschaftliche Verwaltung (AWV) ist ein zentrales Forum in Deutschland, in dem Wirtschaft und Verwaltung zusammenarbeiten, um zukunftswirksame Regeln und Verfahren zu entwickeln, Verwaltungskosten zu reduzieren und den Nutzen für Wirtschaft und Verwaltung zu optimieren. Die AWV - gefördert durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz - versteht sich dabei als unabhängiger Mittler und stellt eine Plattform für die Zusammenarbeit bereit, um die Kommunikation und Kooperation zwischen öffentlicher Verwaltung, Wirtschaft und Staat zu fördern.

Die Mitglieder unserer Fachgremien repräsentieren nahezu alle Wirtschaftsbereiche und sind Spezialistinnen und Spezialisten aus Verwaltung, Unternehmen, Beratung und Verbänden. Hier besteht die Möglichkeit, den direkten und unkomplizierten Austausch zu pflegen und das gegenseitige Verständnis für die Belange des Anderen zu wecken, um letztlich praktikable und für alle Beteiligten zufriedenstellende Regelungen zu erarbeiten.

Im Mittelpunkt der Tätigkeit unseres Expertengremiums 4.3 „Datenschutz und Informationssicherheit“ steht das Ziel, Unternehmen – insbesondere KMU – Behörden sowie sonstige Organisationen bei dem Datenschutz und der

Arbeitsgemeinschaft für
wirtschaftliche Verwaltung e.V.
Düsseldorfer Straße 40
65760 Eschborn
Tel. 06196 777 26-0
Fax 06196 777 26-51
info@awv-net.de
www.awv-net.de

Präsident
Werner Schmidt, Mitglied des
Vorstands LVM i.R., Münster

Vizepräsident
Christoph Verenkotte, Präsident des
Bundesverwaltungsamtes, Köln

Bankverbindung
Deutsche Bank
IBAN DE07 5007 0024 0432 2400 00
BIC DEUTDE33

Postbank
IBAN DE11 5001 0060 0009 4246 00
BIC PBNKDE33

St.-Nr.: 046 250 51625
USt-ID: DE114341961

Informationssicherheit zu unterstützen und zum Beispiel über Broschüren oder Handlungsempfehlungen Hilfestellungen zu erarbeiten. Der Arbeitskreis beschäftigt sich intensiv mit Gesetzesentwürfen und Stellungnahmen, die den Datenschutz und die Informationssicherheit berühren.

Mit freundlichen Grüßen

Rudi Kramer

(Leiter des AWV-Arbeitskreises 4.3)

Dr. Ulrich Naujokat

(AWV Geschäftsführer)

Stellungnahme des AWV-Arbeitskreises 4.3 Datenschutz und Informationssicherheit zur Orientierungshilfe Telemedien 2021

Einleitende Hinweise

Eine Einfügung von Randziffern in das zu kommentierende Dokument würde unseres Erachtens die Stellungnahme erleichtern und die Nachvollziehbarkeit der Hinweise aus der Konsultation verbessern. Wir regen an, bei künftigen Konsultationen Randziffern oder vergleichbare Hilfestellungen zur Identifikation von Textpassagen einzufügen, die generell für Zitate der Orientierungshilfe sinnvoll sein würden.

Nachfolgend sind für die eindeutige Bezugnahme die Textpassagen der Orientierungshilfe 2021 jeweils in kursiver Schrift dem Petitum des Arbeitskreises vorangestellt, die für das Petitum bedeutsamen Passagen wurden gefettet.

Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird in dieser Stellungnahme nicht durchgängig ausdrücklich in geschlechtsspezifischen Personenbezeichnungen differenziert. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung in der Regel für alle Geschlechter.

1. Zur Textpassage der OH Telemedien 2021: III Schutz der Privatsphäre in End-einrichtungen gemäß § 25 TTDSG, 2. Anforderungen an die Einwilligung, d) Un-missverständliche und eindeutig bestätigende Handlung (S.13)

Eine wirksame Einwilligung liegt zudem regelmäßig nicht vor, wenn Nutzenden nur zwei Handlungsmöglichkeiten zur Auswahl gestellt werden, die nicht gleich schnell zu dem Ziel führen, den Telemediendienst nutzen zu können. Hierbei wird ihnen einerseits eine Schaltfläche zum „Alles Akzeptieren“ angezeigt, andererseits eine Schaltfläche mit Bezeichnungen wie „Einstellungen“, „Weitere Informationen“ oder „Details“.

Petitum:

Diese Forderung geht u. E. zu weit und widerspricht damit im Einzelfall gerade den gesetzgeberischen Zielen. Ein „Layer-Konzept“ sollte nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden, denn eine weitere Ebene des Cookie-Banners zur differenzierten Möglichkeit der Abwahl von Cookies kann gerade erforderlich sein, um eine hinreichend informierte Entscheidung überhaupt erst zu ermöglichen. Dann steht - bei klarer Kurzbeschreibung des Cookie-Einsatzes bereits auf der ersten Ebene - eine zweite Ebene mit differenzierten Ablehnungsmöglichkeiten auch der Freiwilligkeit nicht entgegen. Die pauschale Annahme eines unzulässigen „Nudging“ passt dann gerade nicht.

Im Einzelnen:

a. Eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung gibt es nicht. Die Einwilligungsregelung referenziert in § 25 TTDSG auf die Einwilligung gemäß DSGVO. Eine

Einwilligung ist nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO "jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist."

Weder hieraus noch aus Erwägungsgrund 43 der DSGVO lässt sich eine Verpflichtung ableiten, zwei Schaltflächen anzubieten, die gleich schnell zum Ziel führen. Art. 7 Abs. 3 DSGVO fordert ausdrücklich nur, dass der Widerruf der Einwilligung (nicht: die Ablehnung der Einwilligung) genau so einfach sein muss wie die Erteilung der Einwilligung.

b. Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme v. 26.3.2021 (BR-Drs. 163/21) einen dritten Absatz, in dem zwei Schaltflächen gefordert werden, vorgeschlagen („Mit § 24 Absatz 3 TTDSG-E wird dem Anbieter der Website beziehungsweise der Consent Management Plattform aufgegeben, in Fällen des § 24 Absatz 1 TTDSG-E zumindest zwei Schaltflächen anzuzeigen, mit deren Betätigung der Endnutzer in die Verwendung optionaler Cookies mit nur einer Handlung einwilligen oder diese ablehnen kann.“). Dieser dritte Absatz hat es aber nicht in das TTDSG geschafft. Diesen nun seitens der DSK zu fordern, entspricht ausdrücklich nicht dem Willen des Gesetzgebers.

c. Es kann aus den unterschiedlichsten Gründen erforderlich sein, noch weitere Informationen zur Verfügung zu stellen, damit die Entscheidung informiert erteilt werden kann. Die Akzeptanz aller Cookies bzw. Trackingverfahren kann problemlos mit einem Klick erfolgen, anders als eine Selektion gewünschter Cookies – hier muss unter Umständen in einer weiteren Layer-Ebene eine genügend transparente Darstellung möglich sein. Wenn dies nicht möglich ist, kann von einer informierten und freiwilligen Entscheidung nicht gesprochen werden.

d. Auch geht die Forderung, zwei gleichwertige Buttons zur Verfügung zu stellen, insofern zu weit, dass es durchaus auch Möglichkeiten gibt, den Cookie-Banner auf andere Weise als durch Zustimmung schnell verlassen zu können, z.B. durch Anklicken eines „X“ oder durch den Hinweis „weiter nur mit erforderlichen Cookies“ im Fließtext.

e. Maßstab sollte ein/e durchschnittlich gebildeter Nutzer/in sein. Die Nutzenden dürfen nicht unterschätzt werden. Sie sind in der Regel nicht überfordert und werden auch nicht in die Einwilligung gedrängt, wenn sie erst im zweiten Layer auf „ablehnen“ klicken können, sofern die Beschreibung transparent ist. Die Einwilligung ist immer noch freiwillig. In die Betrachtung sollte mit einfließen, dass Nutzende mittlerweile an die Auswahlmöglichkeiten gewöhnt sind.

f. Die DSK weicht mit dieser Forderung nach unserer Ansicht nicht nur vom erklärten gesetzgeberischen Willen, sondern auch von den Standpunkten anderer europäischer Behörden ab:

Anderen EU-Datenschutzbehörden genügt, dass in einem zweiten Layer eine Ablehnmöglichkeit vorhanden ist.

Die irische Datenschutzbehörde führt z.B. aus (in der Guidance Note „Cookies and other tracking technologies“ vom April 2020, abrufbar unter <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2020-04/Guidance%20note%20on%20cookies%20and%20other%20tracking%20technologies.pdf>, Seite 9):

„If you use a Cookie-Banner or pop-up, you must not use an interface that ‘nudges’ a user into accepting cookies over rejecting them. Therefore, if you use a button on the banner with an ‘accept’ option, you must give equal prominence to an option which allows the user to ‘reject’ cookies, or to one which allows them to manage cookies and brings them to another layer of information in order to allow them to do that, by cookie type and purpose.“

Auch die spanische Datenschutzbehörde hat in ihrer „Guía sobre el uso de las cookies“ aus dem Juli 2020 (abrufbar unter <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-07/guia-cookies.pdf>, Seite 20 ff.) ausreichen lassen, dass Nutzende erst in der zweiten Ebene die Möglichkeit haben, Cookies abzulehnen.

2. Zur Textpassage der OH Telemedien 2021: III Schutz der Privatsphäre in End-einrichtungen gemäß § 25 TTDSG, 2. Anforderungen an die Einwilligung, d) Unmissverständliche und eindeutig bestätigende Handlung (S.14)

Um nachweisen zu können, dass Endnutzer:innen eine unmissverständliche und eindeutig bestätigende Handlung abgegeben haben, müssen diesen also mindestens solche Auswahloptionen angeboten werden, deren Kommunikationseffekt gleichwertig ist. Ist eine Auswahloption präzise dargestellt und erzeugt unmittelbar einen Effekt (z. B. eine „Alles Akzeptieren“-Schaltfläche), während die andere Option nebulös gehalten wird und nicht ermöglicht, den wahren gegenteiligen Willen mit demselben Aufwand zu äußern, besteht ein Effekt- und Informationsdefizit. Ein solches Defizit ist geeignet, Endnutzer:innen dazu zu bewegen, ihre Entscheidung nicht nach dem eindeutigen Willen, sondern nur danach zu treffen, welche Option die Einwilligungsabfrage eindeutig schneller beendet. **Werden den Nutzenden keine gleichwertigen Handlungsmöglichkeiten offeriert, um die Einwilligung zu erteilen oder sie abzulehnen, so liegen die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung regelmäßig nicht vor.**

Petitum:

Die OH Telemedien 2021 erwähnt das Thema Nudging nicht explizit, stellt aber die These auf, aus den Anforderungen der DSGVO an wirksame Einwilligungen folge, dass Nutzenden im Hinblick auf den „Kommunikationseffekt“ „gleichwertige Handlungsmöglichkeiten“ zur Ablehnung wie zur Erteilung der Einwilligung offeriert werden müssten. Bei Zugrundelegung dieser Anforderungen dürfte wenig Raum für ein zulässiges Nudging durch Anbieter von Telemedien verbleiben. Ob die DSGVO

zulässiges Nudging rechtlich tatsächlich so weitreichend einschränkt, wie die DSK-Orientierungshilfe dies vermittelt, erscheint allerdings zweifelhaft.

Nach Art. 7 Abs. 3 S. 4 DSGVO muss der Widerruf einer Einwilligung genau so einfach wie deren Erteilung sein. Eine vergleichbare Anforderung stellt die DSGVO für das Erteilen bzw. Nichterteilen einer Einwilligung allerdings nicht auf. Mangels einer Art. 7 Abs. 3 S. 4 DSGVO vergleichbaren Regelung für diese Konstellation ist davon auszugehen, dass insofern die allgemeinen Maßstäbe für die wirksame Erteilung von Einwilligungen einschlägig sind, insbesondere das Erfordernis der Unmissverständlichkeit und Freiwilligkeit der Einwilligung. Allein der Umstand, dass die Ablehnoption weniger ansprechend gestaltet ist, führt aber nicht automatisch dazu, dass die Einwilligung nicht mehr unmissverständlich bzw. freiwillig ist.

Auch von den Aufsichtsbehörden bzw. Vertreterinnen und Vertretern der Behörden wurde Nudging zunächst nicht per se als unzulässig betrachtet. Festgestellt wurde lediglich, dass „einem erlaubten Nudging Grenzen gesetzt sind und verhaltensmanipulierende Ausgestaltungen zu einer Unwirksamkeit der Einwilligung führen können“ (LfD Niedersachsen, Handreichung: Datenschutzkonforme Einwilligungen auf Webseiten – Anforderungen an Consent-Layer, Stand: Nov. 2020, S. 5 f.) bzw. dass „übermäßiges“ Nudging unzulässig ist (Loy/Baumgartner, ZD 2021, 404, 408). Um entsprechende Rechtsklarheit für deren Adressatinnen und Adressaten zu erreichen, sollte das Thema Nudging in der OH Telemedien eindeutig angesprochen werden. Inhaltlicher Maßstab sollten dabei die beiden zuletzt zitierten Veröffentlichungen sein. Für eine restriktivere Interpretation erscheint angesichts des dargestellten Rechtsrahmens u.E. kein Raum.

3. Zu Textpassagen der OH Telemedien 2021 zum mehrschichtigen Einwilligungsbanner insgesamt: III Schutz der Privatsphäre in Endeinrichtungen gemäß § 25 TTDSG, 2. Anforderungen an die Einwilligung, e) Bezogen auf den bestimmten Fall (beispielhaft werden nachfolgende Auszüge genannt)

Darüber hinaus muss die Einwilligung für den bestimmten Fall eingeholt werden. Es ist mithin nicht möglich, eine Generaleinwilligung oder Blankoeinwilligung für den generellen Einsatz bestimmter Techniken, z. B. Cookies, oder für diverse potentielle Folgeverarbeitungen einzuholen. Das Bestimmtheitserfordernis ist eng mit dem Merkmal „in informierter Weise“ verbunden und überschneidet sich auch mit den Kriterien, ob eine Einwilligung freiwillig erteilt wurde. Bevor eine Einwilligung abgefragt wird, muss ein eindeutiger und legitimer Zweck für die beabsichtigten Prozesse festgelegt werden, um die Endnutzer:innen sodann ausreichend hierüber informieren zu können. Bereits die Art. 29-Datenschutzgruppe als Vorgänger des Europäischen Datenschutzausschusses hat darauf hingewiesen, dass das Bestimmtheitserfordernis nicht durch vage oder allgemeine Angaben wie „Verbesserung der Erfahrungen des Nutzers“, „Werbezwecke“, „IT- Sicherheitszwecke“ oder „zukünftige Forschung“ erfüllt werden kann. (OH Telemedien 2021, S. 14)

*Grundsätzlich ist es möglich, Einwilligungsbanner mehrschichtig zu gestalten, also detailliertere Informationen erst auf einer zweiten Ebene des Banners mitzuteilen, zu der die Nutzenden über einen Button oder Link gelangen. **Wenn jedoch bereits auf der ersten Ebene des Banners ein Button existiert, mit dem eine Einwilligung für verschiedene Zwecke erteilt werden kann, müssen auch auf dieser ersten Ebene konkrete Informationen zu allen einzelnen Zwecken enthalten sein. Zu unbestimmt wäre es, hier lediglich generische, allgemeine oder vage Informationen zu den Zwecken anzugeben, wie z. B. „Um Ihnen ein besseres Nutzungserlebnis bieten zu können, verwenden wir Cookies“.** (OH Telemedien, S. 15)*

Petitur:

Es muss u.E. möglich sein, Einwilligungsbanner mehrschichtig zu gestalten, also detailliertere Informationen erst auf einer zweiten Ebene des Banners mitzuteilen, zu der die Nutzenden über einen Button oder Link gelangen.

Wenn Nutzende bereits im Banner auf der ersten Ebene für verschiedene Zwecke einwilligen können, ist fraglich, wie granular und differenziert jeder einzelne Verarbeitungszweck beschrieben werden kann, ohne nicht das Prinzip des mehrschichtigen Aufbaus und der Transparenz zu konterkarieren. Hier wäre ein Beispiel im Sinne Best Practice hilfreich, insbesondere auch um darzustellen, wie eine solche Einwilligung in jeden einzelnen Zweck auf der ersten Ebene aussehen kann.

In der Praxis stellt sich die Frage, ob diese umfangreiche Information auf der ersten Ebene die Betroffenen nicht überfordert. Es müssen sehr viele Informationen gelesen werden, bevor die Website genutzt werden kann. Gerade ein "layered approach" bietet die Möglichkeit, hier je nach Informationsbedürfnis der Nutzenden zu unterscheiden.

Die Ausführung der DSK zum mehrschichtigen Aufbau ist dahingehend missverständlich, ob die Vorgehensweise mit nachgelagerter, weiterführender Information auf nächster Ebene noch genügt. Auf Seite 15 wird konkret gefordert, dass die Zwecke im Cookie-Banner auf erster Ebene erläutert werden müssen, wenn auf erster Ebene schon die Einwilligung eingeholt wird. Auf Seite 14 werden hohe Anforderungen an die Informationen zu den Zwecken gestellt. Allgemeine Anforderungen wie „Verbesserung der Erfahrungen des Nutzers“, „Werbezwecke“, „IT-Sicherheitszwecke“ reichen nach Ansicht der DSK nicht aus. Hier besteht somit ein Spannungsverhältnis zwischen der nötigen Information und einer Überinformation, weshalb an dieser Stelle noch nachgeschärft werden sollte: Insofern sollte klargestellt werden, dass allgemeinere Zwecke im Cookie-Banner auf erster Ebene ausreichen, wenn die Zwecke der einzelnen Cookies im zweiten Layer genauer erläutert werden. Alles andere würde den Cookie-Banner überfrachten und wäre der Transparenz eher hinderlich als förderlich.

Eine Klarstellung wäre hilfreich, was insoweit aus Sicht der DSK eine zulässige Gestaltung wäre. Insofern böte sich die Zurverfügungstellung von Best Practices an.

Bezogen auf die Nachvollziehbarkeit der Zwecke im Rahmen von Einwilligungen oder auch Datenschutzerklärungen, könnte die DSK ihre Orientierungshilfe nutzen, hier durch unverbindliche Standards zu Icons auch im Sinne der Nutzenden Erleichterungen einzuführen. Bildsymbole (Icons) sind in der DSGVO in Art. 12 Abs. 7 explizit vorgesehen, um in leicht wahrnehmbarer, verständlicher und klar nachvollziehbarer Form einen aussagekräftigen Überblick über die beabsichtigte Verarbeitung zu vermitteln. Die Icons würden auf den Consent-Bannern aufgeführt, Erläuterungen wären über einen Link in die Datenschutzerklärungen leicht erreichbar. Praxisnahe Vorschläge liegen bereits auch bei Datenschutzaufsichtsbehörden vor (vgl. Wettbewerb des LfDI BW, abrufbar unter <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wettbewerb-icons-entwerfen-und-datenschutz-mitgestalten/>).

4. Zur Textpassage OH Telemedien 2021: III Schutz der Privatsphäre in Eindeinrichtungen gemäß § 25 TTDSG, 2. Anforderungen an die Einwilligung, e) Bezogen auf den bestimmten Fall (S.14)

*Darüber hinaus muss die Einwilligung für den bestimmten Fall eingeholt werden. Es ist mithin nicht möglich, eine Generaleinwilligung oder Blankoeinwilligung für den generellen Einsatz bestimmter Techniken, z. B. Cookies, oder für diverse potentielle Folgeverarbeitungen einzuholen. Das Bestimmtheitsersfordernis ist eng mit dem Merkmal „in informierter Weise“ verbunden und überschneidet sich auch mit den Kriterien, ob eine Einwilligung freiwillig erteilt wurde. Bevor eine Einwilligung abgefragt wird, muss ein eindeutiger und legitimer Zweck für die beabsichtigten Prozesse festgelegt werden, um die Endnutzer:innen sodann ausreichend hierüber informieren zu können. **Bereits die Art. 29-Datenschutzgruppe als Vorgänger des Europäischen Datenschutzausschusses hat darauf hingewiesen, dass das Bestimmtheitsersfordernis nicht durch vage oder allgemeine Angaben wie „Verbesserung der Erfahrungen des Nutzers“, „Werbezwecke“, „IT- Sicherheitszwecke“ oder „zukünftige Forschung“ erfüllt werden kann.***

Petition:

Die Anforderungen der DSK an den Bestimmtheitsgrundsatz bei der Benennung der Zwecke insbesondere bei der Verarbeitung zu Sicherheitszwecken schießen über das Ziel hinaus. Warum sollte die Angabe des Zwecks „IT-Sicherheitszwecke“ nicht genügen, werden die Nutzenden dadurch auch ausreichend informiert, dass neben der Funktionsfähigkeit der besuchten / benutzen Anwendung auch deren Interessen durch diese Verarbeitungen geschützt werden. Detailliertere Angaben wie zur Abwehr von DDoS-Attacken oder CSRF-Angriffen (Cross-Site-Request-Forgery), sind sicherlich zwar ausführlicher, aber für die Masse der Nutzenden nicht verständlich.

Die Forderung, für ausschließliche Sicherheitszwecke eine Einwilligung zu fordern, widerspricht auch der Erwartung der Nutzenden, die eine sichere Anwendung

erwarten, bei deren Besuch auch ohne vorherige Einwilligung keine Daten unbefugt abgezogen, verarbeitet oder verfälscht werden können, und bei der die Anwendung auch in ihrer Verfügbarkeit nicht beeinträchtigt wird.

Auch sieht der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz beispielsweise Cookies zur Erfüllung von Sicherheitsanforderungen als notwendige Cookies an. Er führt dazu als Beispiel Cookies an, die wiederholte fehlgeschlagene Anmeldeversuche erkennen und so die Nutzenden vor Identitätsdiebstahl schützen. (Erläuterungen zum neuen TTDSG, Stand Dez. 2021, RN 43; Abruf unter https://www.datenschutz-bayern.de/datenschutzreform2018/OH_TTDSG_Telemedien.pdf).

Auch der LfDI BW geht in seinen FAQ zu Cookies und Tracking, Version 2.0.1, Stand März 2022, Ziffer 1.3 davon aus, dass für Sicherheitszwecke eine Einwilligung nicht erforderlich ist.

Das Erfordernis der Einwilligung für Verarbeitungen, die ausschließlich Sicherheitszwecken dienen, ermöglicht Anbietern auch das Haftungsrisiko für Schäden, die durch das Ausnutzen unzureichender Sicherheitsmaßnahmen eintreten, zu reduzieren. Geschädigte, bei denen ein Schaden auch aufgrund einer abgelehnten Einwilligung der Verarbeitung von Sicherheitszwecken eintrat, würden sich dann auf eine unzureichende Aufklärung berufen.

Wir bitten die DSK, die Orientierungshilfe dahingehend anzupassen, dass Verarbeitungen, die ausschließlich Sicherheitszwecken dienen, als unbedingt erforderliche Verarbeitungen dargestellt werden.

5. Zur Textpassage OH Telemedien 2021: III Schutz der Privatsphäre in Eindeinrichtungen gemäß § 25 TTDSG, 2. Anforderungen an die Einwilligung, g) Möglichkeit zum Widerruf der Einwilligung (S.18)

Wurde eine Einwilligung mittels Banner o. Ä. abgefragt, ist es daher auch unzulässig, wenn zunächst eine Datenschutzerklärung aufgerufen und dann in dieser zu der richtigen Stelle gescrollt werden muss, um zu einer Widerrufsmöglichkeit zu gelangen.

Petition:

Eine Widerrufsmöglichkeit einer Einwilligung muss nach Art. 7 Absatz 3 Satz 4 DSGVO so einfach wie die Einwilligung erfolgen können. Das bedeutet aber nicht, dass bei der Nutzung eines Telemediendienstes eine Widerrufsmöglichkeit laufend angezeigt werden muss. Diese muss den Nutzenden nur bekannt und leicht zugänglich sein, beispielsweise im Rahmen der Einwilligung durch den Hinweis „Widerrufsmöglichkeit der Einwilligung unter Ziffer xy in der Datenschutzerklärung“ oder als leicht auffindbare Möglichkeit auf gleicher Ebene wie die Datenschutzerklärung oder das Impressum. Insoweit schließen wir uns der Darstellung des Bayerischen Landesdatenschutzbeauftragten in seinen Erläuterungen zum neuen TTDSG, Stand

Dez. 2021, RN 75 an; Abruf unter: https://www.datenschutz-bayern.de/daten-schutzreform2018/OH_TTDSG_Telemedien.pdf.

Wir regen an, in die Orientierungshilfe dessen Ausführungen aus dieser RN 75 zu übernehmen:

„Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein, Art. 7 Abs. 3 Satz 4 DSGVO. Wird die Einwilligung beim Besuch einer Webseite mittels eines Einwilligungsbanners eingeholt, muss der Widerruf auf demselben Kommunikationswege möglich und genauso einfach (etwa per Mausklick) auszuüben sein. Ansonsten wäre eine unangemessene Anstrengung der Endnutzerin oder des Endnutzers erforderlich. Der Weg zu dem Einwilligungsbanner muss gut sichtbar sein, etwa über eine stets auf der Webseite oder in den Datenschutzhinweisen sichtbare Schaltfläche oder Verlinkung zum Einwilligungsbanner.“

6. Zur Textpassage OH Telemedien 2021: III Schutz der Privatsphäre in Einrichtungen gemäß § 25 TTDSG, 2. Anforderungen an die Einwilligung, g) Möglichkeit zum Widerruf der Einwilligung (S.18)

*Ein solcher Suchvorgang als Zwischenschritt wäre eine Erschwerung, die mit den gesetzlichen Vorgaben nicht vereinbar ist. **Dieser Umweg ist auch nicht auf eine technische Unmöglichkeit zurückzuführen, da eine Vielzahl an Webseiten einen stets sichtbaren Direktlink oder ein Icon anzeigen, das unmittelbar zu den relevanten Einstellungsmöglichkeiten führt.***

Petition:

Die Ausführungen der DSK zu den Widerrufsmöglichkeiten einer Einwilligung unter Einbeziehung einer Consent Management Plattform (CMP) bergen das Risiko, dass dadurch die Nutzung von professionellen Anbietern in Frage gestellt wird, bei denen die Nutzenden auf einer Ebene ihre Entscheidungen zur Einwilligung, Ablehnung oder zum Widerruf einzelner Einwilligungen vornehmen können. Durch einige Anbieter entstehen hier bereits Marktstandards für die Usability, deren Geschäftsmodell durch eine zu ungenaue Anforderung hinsichtlich des Einsatzes in der Orientierungshilfe mehr Fragen als Antworten entstehen.

Wir regen an, die Formulierung dahingehend zu konkretisieren, dass auch bei dem Einsatz von Content Management Plattformen die Anforderungen an die Einwilligungen und deren Widerruf gleichermaßen bestehen.

7. Zur Textpassage OH Telemedien 2021: III Schutz der Privatsphäre in Einrichtungen gemäß § 25 TTDSG, 3. Ausnahmen von der Einwilligungsbedürftigkeit, c) Anwendungsbeispiele und Prüfkriterien (S.24)

Dafür reicht es aus, bei jedem Abruf einer Seite den Zähler für diese Seite um Eins zu erhöhen, auf der Basis von Logfiles ohne personenbezogene Daten die Zahl der

jeweiligen Seitenabrufe zu ermitteln oder ein einfaches Zählpixel (des direkt aufgerufenen Telemedienangebots) auf der Webseite zu implementieren, durch das keine weiteren Nutzerdaten erfasst werden.

Petition:

Alle, die Telemedien anbieten, benötigen Informationen darüber, ob ein Angebot angenommen wird, um dies bei der Gestaltung und der Auswahl des Inhalts zu berücksichtigen. In den FAQ zu Cookies und Tracking des LfDI BW (Abruf unter: <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/faq-zu-cookies-und-tracking-2/>) werden unter Ziffer 3.1 a) und b) ausführlicher Möglichkeiten einer einwilligungsbefreiten Reichweitenanalyse dargestellt, bei der kein Zugriff auf das Endgerät erforderlich ist. Wir regen an, diese Darstellung in die Orientierungshilfe zu übernehmen.

8. Zur Textpassage OH Telemedien 2021: IV Rechtmäßigkeit der Verarbeitung gemäß DSGVO, 4. Übermittlung personenbezogener Daten an Drittländer (S.32)

Umfang und Regelmäßigkeit solcher Transfers widersprechen regelmäßig dem Charakter des Art. 49 DSGVO als Ausnahmvorschrift und den Anforderungen aus Art. 44 S. 2 DSGVO.

Petition:

Wir halten diese pauschale Aussage zur Ablehnung der Einwilligung gem. Art. 49 Abs. 1 lit. a DSGVO für die Datenübermittlung in Drittländer im Zusammenhang mit Website-Tools für nicht gerechtfertigt. Der häufig als Begründung gegen die Einwilligung herangezogene Erwägungsgrund 111 der DSGVO ist insoweit nicht tragfähig, als die darin enthaltene gelegentliche Übermittlung sich nicht auf die Einwilligung, sondern auf die Ausnahmen gemäß Satz 2 von Art. 49 Abs. 1 DSGVO bezieht. Wegen der besonderen Risikosituation bei Drittlandübermittlungen hat der Gesetzgeber über Art. 7 DSGVO hinaus die weitere Anforderung der Ausdrücklichkeit hinzugefügt. Auch im Lichte von Art. 7, 8 Grundrechtecharta muss es betroffenen Personen möglich sein, ausreichend informiert und freiwillig in eine Übermittlung in ein Drittland ausdrücklich einzuwilligen (vgl. auch Schantz in Simitis Datenschutzrecht, Art. 49 Rn. 19). Das sollte jedenfalls dann uneingeschränkt gelten, wenn im Rahmen des Einsatzes von Tools aus Drittländern mit den Dienstleistern die entsprechenden Standardvertragsklauseln abgeschlossen und insoweit bereits weitgehend die notwendigen Garantien für die betroffenen Personen gewährleistet werden. Das verbleibende Restrisiko in Bezug auf Zugriffsrechte von Sicherheitsbehörden im Sinne der EuGH Entscheidung Schrems II ist hinsichtlich der faktischen Wahrscheinlichkeit sowie der geringen Sensibilität der Daten so minimal, dass eine Ablehnung einer gesetzeskonformen Einwilligung dem informationellen Selbstbestimmungsrecht mündiger Bürgerinnen und Bürger widerspricht. Im Übrigen stünde die Ablehnung der Einwilligungsmöglichkeit im Widerspruch zu der EuGH Schrems II-Entscheidung, in der unter Rn. 202 ausdrücklich festgestellt wird, „dass in Anbetracht von Art. 49 DSGVO durch die Nichtigerklärung eines Angemessenheitsbeschlusses

wie des DSS-Beschlusses jedenfalls kein solches rechtliches Vakuum entstehen kann.“

Daher kann unseres Erachtens nach die Einwilligung Datenflüsse in Drittländer ermöglichen, wenn die allgemeinen und besonderen Anforderungen an die Willensbekundung erfüllt sind. Einer Einschränkung auf Umfang und Regelmäßigkeit der Datenflüsse bedarf es nicht.