



**Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden  
des Bundes und der Länder**

**Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden  
für Anbieter:innen von Telemedien  
ab dem 1. Dezember 2021  
(OH Telemedien 2021)  
Version 1.1**

**Stand:**

Dezember 2022

## Inhalt

I.	Einführung .....	1
II.	Neue Rechtslage für Telemedien ab dem 1. Dezember 2021 .....	2
1.	Das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz .....	2
a)	Adressaten .....	3
b)	Räumlicher Anwendungsbereich .....	3
2.	Abgrenzung der Anwendungsbereiche des TTDSG und der DS-GVO.....	4
III.	Schutz der Privatsphäre in Endeinrichtungen gemäß § 25 TTDSG .....	5
1.	Gegenstand und Anwendungsbereich von § 25 TTDSG .....	5
a)	Grundsatz der Einwilligungsbedürftigkeit.....	5
b)	Endeinrichtungen.....	5
c)	Speicherung und Zugriff auf Informationen.....	6
d)	Kein Personenbezug erforderlich .....	7
e)	Bündelung von Einwilligungen .....	8
2.	Anforderungen an die Einwilligung.....	8
a)	Einwilligung der Endnutzer:innen der Endeinrichtung .....	9
b)	Zeitpunkt der Einwilligung .....	10
c)	Informiertheit der Einwilligung.....	10
d)	Unmissverständliche und eindeutig bestätigende Handlung .....	12
e)	Bezogen auf den bestimmten Fall .....	14
f)	Freiwilligkeit der Einwilligung .....	15
g)	Möglichkeit zum Widerruf der Einwilligung .....	17
h)	Gültigkeit der Einwilligung .....	18
3.	Ausnahmen von der Einwilligungsbedürftigkeit .....	18
a)	Durchführung der Übertragung einer Nachricht .....	19
b)	Zurverfügungstellen eines Telemediendienstes .....	19
c)	Anwendungsbeispiele und Prüfkriterien .....	25
IV.	Rechtmäßigkeit der Verarbeitung gemäß DS-GVO .....	28
1.	Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO – Einwilligung.....	30
2.	Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO – Vertrag.....	30
3.	Art. 6 Abs. 1 lit. c) DS-GVO – Rechtliche Verpflichtung.....	31
4.	Art. 6 Abs. 1 lit. e) DS-GVO – Wahrnehmung öffentlicher Interessen .....	31
5.	Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO – Überwiegende berechtigte Interessen.....	31
6.	Übermittlungen personenbezogener Daten an Drittländer .....	32
V.	Gestaltung von Einwilligungsbannern.....	33

---

1.	Allgemeine Anforderungen.....	34
2.	Konkrete Gestaltung von Einwilligungsbannern .....	35
a)	Allgemein .....	36
b)	Ablehnoption.....	37
VI.	Betroffenenrechte .....	37
1.	Informationspflichten gemäß Art. 13 f. DS-GVO .....	37
2.	Auskunftsrecht gemäß Art. 15 DS-GVO .....	38
3.	Recht auf Löschung gemäß Art. 17 Abs. 1 DS-GVO .....	38

## 1 I. Einführung

2 Beim Betrieb von Telemedien, wie insbesondere Webseiten und Apps, kommen  
3 regelmäßig Technologien – häufig von Drittdienstleistern<sup>1</sup> – zum Einsatz, die es  
4 ermöglichen, personenbezogene Daten von Nutzenden zu verschiedenen Zwecken zu  
5 verarbeiten. Ein sehr praxisrelevantes Beispiel solcher Technologien sind sog.  
6 Cookies. Mittels Cookies und ähnlicher Technologien können Informationen auf den  
7 Geräten der Nutzenden abgelegt, angereichert und verwaltet werden, die bei der  
8 Verwendung eindeutiger Kennungen (UIDs) eine Identifikation oder Zuordnung zu  
9 einer natürlichen Person zulassen. In der Praxis dienen diese Prozesse häufig dazu,  
10 das individuelle Verhalten der Nutzenden – zum Teil übergreifend über verschiedene  
11 Webseiten und Geräte – nachzuverfolgen und ggf. Profile über eine Person zu bilden.

12 Unabhängig von der technischen Ausgestaltung oder den verfolgten Zwecken wird die  
13 Erhebung und weitere Verarbeitung dieser Informationen meist als ein einheitlicher  
14 Lebenssachverhalt wahrgenommen. Rechtlich sind hier jedoch zwei Schritte zu  
15 unterscheiden. Erstens die Speicherung von und der Zugriff auf Informationen in der  
16 Endeinrichtung sowie zweitens die Verarbeitung personenbezogener Daten, die  
17 oftmals mit dem Einsatz von Cookies und ähnlichen Technologien bezweckt wird. Die  
18 Rechtmäßigkeit dieser (Folge-)Verarbeitungen richtet sich nach den Anforderungen  
19 der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO). Die vorgelagerten technischen Prozesse  
20 – insbesondere das Setzen und Auslesen von Cookies – berühren jedoch auch die  
21 Integrität der Endeinrichtungen und unterfallen damit originär in den  
22 Regelungsbereich der Richtlinie 2002/98/EG<sup>2</sup> in der durch die Richtlinie 2009/136/EG  
23 geänderten Fassung (sog. ePrivacy-RL<sup>3</sup>).

24 Nach der Bewertung der Aufsichtsbehörden war der für Telemedien seit 2009  
25 geltende Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL durch § 15 des Telemediengesetzes (TMG) nicht  
26 hinreichend in nationales Recht umgesetzt worden. Zudem ergaben sich  
27 Schwierigkeiten in der Anwendung seit der Geltung der DS-GVO. Die Konferenz der  
28 unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder (DSK) hatte vor  
29 diesem Hintergrund im März 2019 eine Orientierungshilfe für Anbieter:innen von  
30 Telemedien (OH Telemedien 2019) veröffentlicht, die diesen helfen sollte, die  
31 rechtlichen Anforderungen umzusetzen.

---

<sup>1</sup> Wenn in diesem Text oder etwaigen Anlagen Bezeichnungen wie „Dritte“, „Drittdienstleister“ oder „Drittanbieter“ verwendet werden, ist dies nicht im Sinne von Art. 4 Nr. 10 DS-GVO zu verstehen, so dass Auftragsverarbeiter und deren Dienste eingeschlossen sind.

<sup>2</sup> Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation).

<sup>3</sup> Sofern im Folgenden eine Vorschrift der ePrivacy-Richtlinie genannt wird, ist immer die aktuelle gemeint in der Fassung der Änderungen durch die Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz.

32 Mit Wirkung zum 1. Dezember 2021 wurde Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL durch § 25 des  
33 neuen Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes (TTDSG)<sup>4</sup> in deutsches  
34 Recht umgesetzt, der zukünftig beim Einsatz von jeglichen Technologien zu beachten  
35 ist, mittels derer Informationen auf Endeinrichtungen gespeichert oder aus diesen  
36 ausgelesen werden. Mit Blick auf die neue Rechtslage wurde die OH Telemedien 2019  
37 vollständig überarbeitet und ergänzt. Die nachfolgend dargestellten Anforderungen  
38 und Wertungen sind nicht auf den Betrieb von Webseiten und Apps beschränkt, jedoch  
39 stellen diese die häufigsten Anwendungsfälle dar. Daher finden sich in den  
40 Ausführungen vorwiegend Beispiele zur Veranschaulichung aus diesen  
41 Anwendungsbereichen.

42 Die vorliegende Orientierungshilfe steht unter dem ausdrücklichen Vorbehalt eines  
43 zukünftigen – möglicherweise abweichenden – Verständnisses der maßgeblichen  
44 Vorschriften durch den Europäischen Datenschutzausschuss (EDSA), durch  
45 maßgebliche europäische Rechtsprechung sowie Änderungen des europäischen  
46 Rechtsrahmens.

## 47 **II. Neue Rechtslage für Telemedien ab dem 1. Dezember 2021**

48 Mit dem Inkrafttreten des TTDSG zum 1. Dezember 2021 traten zeitgleich ein neues  
49 Telekommunikationsgesetz (TKG) und Änderungen des TMG in Kraft. Im TTDSG  
50 wurden die wesentlichen Datenschutzvorschriften für Telekommunikations- und  
51 Telemediendienste gebündelt. Telemediendienste sind gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 TMG  
52 i.V. m. § 2 Abs. 1 TTDSG alle elektronischen Informations- und  
53 Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr.  
54 61 TKG, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 63 TKG oder Rundfunk  
55 nach § 2 RStV sind. Weder im TKG noch im TMG sind noch Datenschutzvorschriften  
56 enthalten.<sup>5</sup> Das TTDSG hat u. a. Auswirkungen auf den sehr praxisrelevanten Einsatz  
57 von Cookies und ähnlichen Technologien.

### 58 **1. Das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz**

59 Das TTDSG regelt unter anderem den Schutz der Privatsphäre bei der Nutzung von  
60 Endeinrichtungen, unabhängig davon, ob ein Personenbezug vorliegt oder nicht.  
61 Daneben enthält das Gesetz besondere Vorschriften zu technischen und  
62 organisatorischen Vorkehrungen, die von Telemedienanbieter:innen zu beachten  
63 sind, und die Anforderungen an die Erteilung von Auskünften über Bestands- und  
64 Nutzungsdaten. Anlass der Gesetzgebung war die Richtlinie 2018/1972/EU über den  
65 europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation<sup>6</sup>, die eine Änderung des

---

<sup>4</sup> Gesetz zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien vom 23. Juni 2021 (BGBl. 2021 I 1982).

<sup>5</sup> S. BT-Drs. 19/27441, S. 30: „Mit dem Gesetzentwurf soll eine geschlossene und von den Bestimmungen des Telemediengesetzes und des Telekommunikationsgesetzes getrennte gesetzliche Regelung zum Datenschutz und zum Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien geschaffen werden“.

<sup>6</sup> Richtlinie 2018/1972/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation.

66 TKG erforderlich machte. Der Gesetzgeber nahm dabei die Gelegenheit wahr, die  
67 bisher nicht an die DS-GVO angepassten Datenschutzvorschriften des TKG und des  
68 TMG ebenfalls in den Blick zu nehmen und im neuen TTDSG zusammenzuführen.<sup>7</sup> Ziel  
69 war es, beide Bereiche an die DS-GVO und die ePrivacy-RL anzupassen und  
70 insbesondere die Vorgaben aus Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL rechtssicher in nationales  
71 Recht umzusetzen.<sup>8</sup> Nach den ursprünglichen Plänen der Europäischen Kommission  
72 sollte zeitgleich mit der DS-GVO eine europäische Verordnung über Privatsphäre und  
73 elektronische Kommunikation (ePrivacy-Verordnung) in Kraft treten und die ePrivacy-  
74 RL ersetzen. Selbst Ende 2021 ist jedoch noch immer nicht absehbar, ob und wann es  
75 eine solche ePrivacy-Verordnung geben wird. Sollte es hierzu kommen, würde das  
76 TTDSG von der Verordnung als höherrangigem Recht mit unmittelbarer Wirkung in  
77 den Mitgliedstaaten abgelöst werden.

#### 78 a) Adressaten

79 Adressaten des TTDSG sind neben den Anbieter:innen von  
80 Telekommunikationsdiensten vor allem Anbieter:innen von Telemediendiensten  
81 gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG. Hierunter fällt jede natürliche oder juristische Person,  
82 die eigene oder fremde Telemedien erbringt, an der Erbringung mitwirkt oder den  
83 Zugang zur Nutzung von eigenen oder fremden Telemedien vermittelt. Diese  
84 Definition weicht in der Formulierung etwas von der Definition des  
85 „Diensteanbieters“ gemäß § 2 Nr. 1 TMG ab. Danach ist ein Diensteanbieter jede  
86 natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung  
87 bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt. Da das TMG über den  
88 1. Dezember 2021 hinaus – ohne die Vorschriften zum Datenschutz – in Kraft bleibt,  
89 birgt die unterschiedliche Formulierung die Gefahr neuer Rechtsunsicherheiten. Der  
90 Gesetzesbegründung lassen sich keine Hinweise entnehmen, warum im TTDSG eine  
91 abweichende Definition der Anbieter:innen von Telemedien im Vergleich zum TMG  
92 vorgenommen worden ist. Eine europarechtliche Begründung ist in diesem Fall kaum  
93 möglich, da dem Europarecht die Differenzierung zwischen Telekommunikations- und  
94 Telemediendiensten fremd ist.<sup>9</sup> Konsequenz der leicht abweichenden Definition ist ein  
95 weiterer personeller Anwendungsbereich des TTDSG, da auch lediglich mitwirkende  
96 Personen in den Adressatenkreis einbezogen werden.

#### 97 b) Räumlicher Anwendungsbereich

98 Nach § 1 Abs. 3 unterliegen alle Adressaten dem TTDSG, die im Geltungsbereich des  
99 Gesetzes eine Niederlassung haben oder Dienstleistungen erbringen oder daran  
100 mitwirken oder Waren auf dem Markt bereitstellen. Laut Gesetzesbegründung „gilt

---

<sup>7</sup> Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz) vom 23. Juni 2021 (BGBl. 2021 I 1858). Ein Restbestand des TMG blieb dabei erhalten, das TKG wurde neu erlassen.

<sup>8</sup> BT-Drs. 19/27441, Gesetzesbegründung der Bundesregierung, S. 30.

<sup>9</sup> S. Jandt in: Spiecker gen. Döhm/Bretthauer, Dokumentation zum Datenschutz, 2020, E 6.0 Rn. 20.

101 *nach wie vor das Marktortprinzip. Die im Verhältnis zur E-Privacy-Richtlinie subsidiär*  
102 *geltende DSGVO enthält bereits das Marktortprinzip, das damit auch für die*  
103 *Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch Telekommunikationsanbieter gilt.*  
104 *Im Hinblick auf die Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch Anbieter von*  
105 *Telemedien gilt das Marktortprinzip der DSGVO ebenfalls unmittelbar“.<sup>10</sup>*

## 106 **2. Abgrenzung der Anwendungsbereiche des TTDSG und der DS-GVO**

107 Nach Art. 2 Abs. 1 gilt die DS-GVO – mit Ausnahmen – für „die ganz oder teilweise  
108 automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die  
109 nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem  
110 Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen“. Die ePrivacy-RL – und  
111 damit auch die nationale Umsetzung im TTDSG – zielt gemäß Art. 1 Abs. 1 und 2 u. a.  
112 auf einen gleichwertigen Schutz des Rechts auf Privatsphäre und Vertraulichkeit ab  
113 und bezweckt eine „Detaillierung und Ergänzung“ der Bestimmungen der DS-GVO in  
114 Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der elektronischen  
115 Kommunikation.

116 Im Rahmen des Angebots von Telemedien gibt es Vorgänge, die nur in den  
117 Anwendungsbereich eines der beiden Regelungsmaterien fallen.<sup>11</sup> Werden durch den  
118 Einsatz von Technologien beispielsweise keine personenbezogenen Daten  
119 verarbeitet, sind nur die Vorgaben des TTDSG, nicht aber diejenigen der DS-GVO zu  
120 beachten.<sup>12</sup> Regelmäßig werden jedoch Prozesse in Rede stehen, wie beispielsweise  
121 der Einsatz von Cookies zur Nachverfolgung des Verhaltens von Nutzenden, bei denen  
122 auch eine Verarbeitung personenbezogener Daten erfolgt und damit die  
123 Anwendungsbereiche sowohl des TTDSG als auch der DS-GVO eröffnet sind. Für  
124 diesen Fall enthält Art. 95 DS-GVO eine Kollisionsregel. Danach werden  
125 datenverarbeitenden Stellen durch die DS-GVO keine zusätzlichen Pflichten auferlegt,  
126 soweit sie besonderen in der ePrivacy-RL festgelegten Pflichten unterliegen, die  
127 dasselbe Ziel verfolgen. Diese Kollisionsregel entfaltet Geltung auch für die nationalen  
128 Umsetzungsnormen der Richtlinie, wie das TTDSG.

129 Mithin gelten die spezifischen Bestimmungen des § 25 TTDSG vorrangig vor den  
130 Bestimmungen der DS-GVO, soweit beim Speichern und Auslesen von Informationen  
131 in Endeinrichtungen personenbezogene Daten verarbeitet werden. Für die  
132 nachfolgenden Verarbeitungen personenbezogener Daten, die erst durch das  
133 Auslesen dieser Daten vom Endgerät ermöglicht und die von keiner Spezialregelung  
134 erfasst werden, sind wiederum die allgemeinen Vorgaben der DS-GVO zu beachten.

---

<sup>10</sup> BT-Drs. 19/27441, S. 34.

<sup>11</sup> Nähere Ausführungen nebst Beispielen hierzu sind der EDSA Stellungnahme 5/2019 zum Zusammenspiel zwischen der ePrivacy-Richtlinie und der DS-GVO, insbesondere in Bezug auf die Zuständigkeiten, Aufgaben und Befugnisse von Datenschutzbehörden vom 12. März 2019, ab Rn. 21, zu entnehmen.

<sup>12</sup> S. sogleich unter III.1.

135 **III. Schutz der Privatsphäre in Endeinrichtungen gemäß § 25**  
136 **TTDSG**

137 Die zentrale Norm des TTDSG mit Bezug auf die hier zu betrachtenden Technologien  
138 stellt die Regelung des § 25 TTDSG dar. § 25 TTDSG dient – anders als die Vorschriften  
139 der DS-GVO – dem Schutz der Privatsphäre und Vertraulichkeit bei der Nutzung von  
140 Endeinrichtungen. Endnutzer:innen werden also davor geschützt, dass Dritte  
141 unbefugt auf deren Endeinrichtung Informationen speichern oder auslesen und  
142 dadurch ihre Privatsphäre verletzen.

143 **1. Gegenstand und Anwendungsbereich von § 25 TTDSG**

144 Nachfolgend werden der Anwendungsbereich und die Regelungssystematik der  
145 Vorschrift dargestellt. Ein Schwerpunkt der Ausführungen liegt bei der Bewertung, in  
146 welchen Fällen eine Einwilligung gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG erforderlich ist und in  
147 welchen Fällen die Ausnahmeregelungen gemäß § 25 Abs. 2 TTDSG greifen können.

148 **a) Grundsatz der Einwilligungsbedürftigkeit**

149 § 25 Abs. 1 Satz 1 TTDSG normiert den Grundsatz, dass die Speicherung von  
150 Informationen in der Endeinrichtung von Nutzenden oder der Zugriff auf solche  
151 Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, nur mit  
152 Einwilligung der Endnutzer:innen zulässig sind.

153 **b) Endeinrichtungen**

154 Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Norm wird nicht unmittelbar an einen  
155 Telekommunikations- oder Telemediendienst angeknüpft, sondern auf die  
156 Endeinrichtungen abgestellt – entsprechend lautet auch die Überschrift des Kapitels,  
157 zu dem § 25 TTDSG gehört, „Eindeinrichtungen“.

158 Endeinrichtungen werden in § 2 Abs. 2 Nr. 6 TTDSG legaldefiniert als „jede direkt oder  
159 indirekt an die Schnittstelle eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes  
160 angeschlossene Einrichtung zum Aussenden, Verarbeiten oder Empfangen von  
161 Nachrichten; sowohl bei direkten als auch bei indirekten Anschlüssen kann die  
162 Verbindung über Draht, optische Faser oder elektromagnetisch hergestellt werden;  
163 bei einem indirekten Anschluss ist zwischen der Endeinrichtung und der Schnittstelle  
164 des öffentlichen Netzes ein Gerät geschaltet.“ Der Gesetzesbegründung ist zu  
165 entnehmen, dass dieser weite Anwendungsbereich bewusst gewählt wurde, um nicht  
166 nur die Kommunikation via klassischer Telefonie und Internet (Voice-over-IP) zu  
167 erfassen, sondern auch die Vielzahl von Gegenständen, die inzwischen –  
168 kabelgebunden oder über WLAN-Router – an das öffentliche Kommunikationsnetz  
169 angeschlossen sind.<sup>13</sup> Über Laptops, Tablets oder Mobiltelefone hinaus betrifft dies  
170 auch den Bereich des Internet der Dinge (Internet of Things, IoT), z. B. Smarthome-

---

<sup>13</sup> BT-Drs. 19/27441, S. 38.

171 Anwendungen wie Küchengeräte, Heizkörperthermostate oder Alarmsysteme, sowie  
172 Smart-TVs oder auch vernetzte Fahrzeuge, wenn und soweit diese über die  
173 entsprechenden Kommunikationsfunktionen verfügen. Seine Grenze findet der  
174 Anwendungsbereich, wo technische Einrichtungen nicht mit dem „Internet“ als  
175 öffentlichem Telekommunikationsnetz verbunden sind (bspw. isolierte  
176 Firmennetzwerke).<sup>14</sup>

### 177 **c) Speicherung und Zugriff auf Informationen**

178 Gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 TTDSG bedarf die Speicherung von Informationen in der  
179 Endeinrichtung oder der Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung  
180 gespeichert sind, der Einwilligung der Endnutzer:innen. Die Vorschrift ist  
181 diesbezüglich technikneutral formuliert, so dass alle Techniken und Verfahren erfasst  
182 werden, mittels derer das Speichern und Auslesen von Informationen erfolgen kann.  
183 Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL in der Fassung vom 12. Juli 2002 verfolgte das Ziel, so  
184 genannte „Spyware“, „Web-Bugs“, „Hidden Identifiers“, „Cookies“ und ähnliche  
185 Instrumente zu regulieren, mittels derer ohne das Wissen des Nutzers in dessen  
186 Endgerät eingedrungen werden kann, um Zugang zu Informationen zu erlangen oder  
187 die Nutzeraktivität zurückzuverfolgen.<sup>15</sup> Bei der Neuregelung von Art. 5 Abs. 3  
188 ePrivacy-RL im Jahr 2009 wurden als konkrete Beispiele Cookies, Spähsoftware oder  
189 Viren aufgeführt.<sup>16</sup> Im allgemeinen und auch im juristischen Sprachgebrauch wird  
190 Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL häufig stark verkürzt nur als Cookie-Regelung bezeichnet,  
191 da Cookies die wohl in der Praxis bisher bedeutendste Möglichkeit zur Speicherung  
192 und zum Auslesen von Informationen sind. Eine Speicherung von Informationen im  
193 Sinne der Vorschrift erfolgt im Webseitenkontext darüber hinaus z. B. auch durch  
194 Web-Storage-Objekte (Local- und Session-Storage-Objekte).

195 Außerhalb des Webseitenkontextes können insbesondere automatische Update-  
196 Funktionen von Hard- oder Software zu einer Speicherung oder zu einem Auslesen  
197 von Informationen auf den Endgeräten führen, mit der Folge, dass nach § 25 Abs. 1  
198 TTDSG eine Einwilligung erforderlich ist. Bei mobilen Endgeräten sind als besonders  
199 praxisrelevante Fälle der Zugriff auf Hardware-Geräte Kennungen, Werbe-  
200 Identifikationsnummern, Telefonnummern, Seriennummern der SIM-Karten (IMSI),  
201 Kontakte, Anruflisten, Bluetooth-Beacons oder die SMS-Kommunikation zu nennen.  
202 Bei allen Geräten ist zudem das Auslesen der eindeutigen Kennungen der Netzwerk-  
203 Hardware (MAC-Adressen) zu berücksichtigen.

204 Ebenso kommt mittlerweile häufig das sogenannte Browser-Fingerprinting zum  
205 Einsatz. Dies bezeichnet den Prozess der serverseitigen Bildung eines möglichst  
206 eindeutigen und langlebigen (Hash-)Werts oder Abbildes als Ergebnis einer  
207 mathematischen Berechnung von Browser-Informationen, wie beispielsweise  
208 Bildschirmauflösungen, Betriebssystemversionen oder installierte Schriften.

---

<sup>14</sup> BT-Drs. 19/27441, S. 38.

<sup>15</sup> S. Erwägungsgrund 24 f. der ePrivacy-RL.

<sup>16</sup> S. Erwägungsgrund 66 der ePrivacy-RL.

209 Ein Zugriff setzt eine gezielte und nicht durch die Endnutzer:innen veranlasste  
210 Übermittlung der Browser-Informationen voraus. Werden ausschließlich  
211 Informationen, wie Browser- oder Header-Informationen, verarbeitet, die zwangsläufig  
212 oder aufgrund von (Browser-)Einstellungen des Endgerätes beim Aufruf eines  
213 Telemediendienstes übermittelt werden, ist dies nicht als „Zugriff auf Informationen,  
214 die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind“, zu werten. Beispiele dafür sind:

- 215 • die öffentliche IP-Adresse der Endeinrichtung,
- 216 • die Adresse der aufgerufenen Website (URL),
- 217 • der User-Agent-String mit Browser- und Betriebssystem-Version und
- 218 • die eingestellte Sprache.

219 Demgegenüber ist es bereits als Zugriff von Informationen auf Endeinrichtungen der  
220 Endnutzer:innen zu werten, wenn aktiv – beispielsweise mittels JavaScript-Code –  
221 Eigenschaften eines Endgerätes ausgelesen und für die Erstellung eines Fingerprints  
222 an einen Server übermittelt werden.<sup>17</sup>

223 Die Verarbeitung der übermittelten Browser-Informationen zu einem Fingerprint und  
224 dessen Verwendung zu bestimmten Zwecken ist in beiden Fällen nicht ohne Weiteres  
225 zulässig, sondern muss, wenn es zu einer Verarbeitung personenbezogener Daten  
226 kommt, den Anforderungen der DS-GVO gerecht werden.

#### 227 **d) Kein Personenbezug erforderlich**

228 Im Unterschied zu den datenschutzrechtlichen Vorschriften begründet § 25 Abs. 1  
229 TTDSG ein Einwilligungserfordernis für das Speichern und/oder Auslesen von  
230 Informationen auf bzw. aus einem Endgerät unabhängig von einem Personenbezug  
231 der Informationen. Damit wird bereits durch den Wortlaut der Vorschrift deutlich  
232 gemacht, dass sie über den Anwendungsbereich der DS-GVO hinausgeht.

233 Der BGH hat in seiner Entscheidung „Planet49“ vom 28. Mai 2020 bezogen auf die  
234 Abgrenzung des Regelungsbereichs von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL zur DS-GVO  
235 Folgendes ausgeführt:

236 *„Art. 5 Abs. 3 der RL 2002/58/EG betrifft nicht den Regelungsgegenstand der*  
237 *VO (EU) 2016/679, gemäß ihres Art. 1 Abs. 1 DS-GVO die Verarbeitung*  
238 *personenbezogener Daten, sondern die Speicherung von oder den Zugriff auf*  
239 *Informationen, die im Endgerät des Nutzers gespeichert sind. Dieser*  
240 *Unterschied im Anwendungsbereich hat seinen Grund in den unterschiedlichen*  
241 *Schutzzwecken der betroffenen Regelungen: Während die VO (EU) 2016/679*  
242 *nach ihrem Art. 1 Abs. 2 DS-GVO und ihren Erwägungsgründen 1 und 2 die*  
243 *Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen und insbesondere*  
244 *deren in Art. 8 GRCh gewährleistetes Recht auf Schutz personenbezogener*  
245 *Daten schützt, dient Art. 5 Abs. 3 der RL 2002/58/EG, wie sich aus ihren*  
246 *Erwägungsgründen 24 und 25 und den Erwägungsgründen 65 und 66 der diese*

---

<sup>17</sup> Zu Anwendung der ePrivacy-RL auf das Browserfingerprinting s. bereits Art. 29-Datenschutzgruppe, Anwendung der Richtlinie 2002/58/EG auf die Nutzung des virtuellen Fingerabdrucks (WP 224).

247 *Richtlinie ändernden RL 2009/136/EG ergibt, dem durch Art. 8 Abs. 1 EMRK*  
 248 *und (inzwischen) durch Art. 7 GRCh garantierten Schutz der Privatsphäre der*  
 249 *Nutzer. Art. 5 Abs. 3 der RL 2002/58/EG soll den Nutzer vor jedem Eingriff in*  
 250 *seine Privatsphäre schützen, unabhängig davon, ob dabei personenbezogene*  
 251 *Daten oder andere Daten betroffen sind [...]. Mithin geht die Regelung des Art.*  
 252 *5 Abs. 3 der RL 2002/58/EG über den Anwendungsbereich der VO (EU)*  
 253 *2016/679 hinaus.“<sup>18</sup>*

254 Da § 25 TTDSG die Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL ins deutsche Recht  
 255 umsetzen soll, gelten die gleichen Erwägungen für die Abgrenzung der nationalen  
 256 Vorschrift zur DS-GVO. Für den Einsatz von Cookies bedeutet dies beispielsweise,  
 257 dass das Einwilligungserfordernis nach § 25 TTDSG unabhängig davon greift, ob in  
 258 dem Cookie personenbezogene Daten, z. B. in Form einer eindeutigen  
 259 Identifizierungsnummer, gespeichert sind oder auf diese zugegriffen werden soll.

## 260 e) Bündelung von Einwilligungen

261 Die Einwilligung in das Speichern und Auslesen von Informationen, die nach § 25  
 262 Abs. 1 TTDSG erforderlich ist, und die Einwilligung, die als Rechtsgrundlage für eine  
 263 geplante weitere Verarbeitung der ausgelesenen Daten gemäß Art. 6 Abs. 1 lit.) a DS-  
 264 GVO erforderlich sein kann, können unter Berücksichtigung der nachfolgenden  
 265 Bedingungen durch dieselbe Handlung<sup>19</sup> erteilt werden.<sup>20</sup> Dies setzt allerdings voraus,  
 266 dass die Anbieter:innen des Telemediendienstes die Nutzenden bereits an dieser  
 267 Stelle über alle Zwecke einer Datenverarbeitung informieren, die im Anschluss an den  
 268 Zugriff auf die Endeinrichtung erfolgen sollen. Hierbei ist darauf zu achten, dass bei  
 269 der Abfrage eindeutig erkennbar sein muss, dass mit einer einzelnen Handlung, bspw.  
 270 dem Betätigen einer Schaltfläche,<sup>21</sup> mehrere Einwilligungen erteilt werden. Werden  
 271 Nutzende, z. B. mittels eines Banners, auf einer Webseite darum gebeten, eine  
 272 Einwilligung in den Einsatz von Cookies zu erteilen, ohne dass im Wortlaut der  
 273 Einwilligung auch die Folgeverarbeitungen angesprochen werden, so handelt es sich  
 274 nicht um eine gebündelte Einwilligung nach TTDSG und DS-GVO, sondern lediglich  
 275 um eine Einwilligung nach dem TTDSG.

## 276 2. Anforderungen an die Einwilligung

277 Das TTDSG enthält im Unterschied zu den bisherigen Regelungen in § 94 TKG a. F.  
 278 und § 13 Abs. 2 TMG a. F. keine telekommunikations- oder telemedienspezifischen  
 279 Vorgaben für die Einwilligung. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG verweist sowohl bezüglich der  
 280 Informationspflichten gegenüber den Endnutzer:innen als auch der formalen und

<sup>18</sup> BGH, Urteil vom 28. Mai 2020 – I ZR 7/16 Rn. 61 – Cookie-Einwilligung II (Planet49).

<sup>19</sup> EDSA, Leitlinien 01/2020 zur Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit vernetzten Fahrzeugen und mobilitätsbezogenen Anwendungen, Version 2.0, Fn. 17.

<sup>20</sup> Zur Abgrenzung der Prozesse, siehe bereits oben unter I. und II.2.

<sup>21</sup> Unter Schaltfläche ist im Kontext dieser Orientierungshilfe jede interaktive Möglichkeit zu verstehen, mit der Endnutzer:innen eine Erklärung abgeben können, z. B. mittels Schieberegler, Auswahlfeld, Kästchen oder Button.

281 inhaltlichen Anforderungen an eine Einwilligung auf die DS-GVO. Maßgeblich ist somit  
282 die Definition nach Art. 4 Nr. 11 DS-GVO. Die weiteren Anforderungen an eine  
283 wirksame Einwilligung ergeben sich aus Art. 7 und Art. 8 DS-GVO.<sup>22</sup> Für die Beurteilung  
284 der Wirksamkeit einer Einwilligung gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 TTDSG sind demnach  
285 dieselben Bewertungsmaßstäbe anzulegen, wie bei einer Einwilligung nach Art. 6  
286 Abs. 1 lit. a) DS-GVO.

287 Den folgenden Ausführungen liegen somit zwar die genannten Vorschriften der  
288 Datenschutz-Grundverordnung zugrunde, konkretisierende Ausführungen und  
289 Beispiele beziehen sich aber auf § 25 Abs. 1 TTDSG.

290 Eine Einwilligung ist entsprechend Art. 4 Nr. 11 DS-GVO jede freiwillig für den  
291 bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene  
292 Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen  
293 bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie  
294 mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden  
295 ist. Art. 7 und 8 DS-GVO stellen zudem weitere Bedingungen u. a. für den Widerruf  
296 und für Einwilligungen von Kindern auf.

297 Aus diesen rechtlichen Vorgaben ergeben sich im Wesentlichen die folgenden  
298 Prüfungspunkte für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Einwilligung im Kontext von  
299 § 25 Abs. 1 TTDSG:

- 300 • Einwilligung der Endnutzer:innen des Endgeräts,
- 301 • Zeitpunkt der Einwilligung,
- 302 • Informiertheit der Einwilligung,
- 303 • unmissverständliche und eindeutig bestätigende Handlung,
- 304 • bezogen auf den bestimmten Fall,
- 305 • Freiwilligkeit der Willensbekundung,
- 306 • Möglichkeit zum Widerruf der Einwilligung, die ebenso einfach sein muss wie  
307 die Erteilung.

308 Nachfolgend werden diese Merkmale der Einwilligung in Bezug auf die Einwilligung  
309 gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG näher erläutert.

### 310 **a) Einwilligung der Endnutzer:innen der Endeinrichtung**

311 Gemäß § 25 TTDSG ist die Einwilligung der Endnutzer:innen des Endgeräts  
312 erforderlich. Im TTDSG ist keine Begriffsbestimmung von „Endnutzer“ oder  
313 „Endnutzerin“ enthalten. Der Begriff stammt aus dem Telekommunikationsrecht und  
314 wird beispielsweise auch in § 6 TTDSG verwendet. Entsprechend werden  
315 Endnutzer:innen in § 3 Nr. 13 TKG, der nach § 2 Abs. 1 TTDSG auch im TTDSG gilt,  
316 legaldefiniert als Nutzende, die weder öffentliche Telekommunikationsnetze

---

<sup>22</sup> Die Anwendung dieser Vorschriften der DS-GVO steht im Einklang mit den europäischen Vorgaben, denn Art. 2 S. 2 lit. f) der ePrivacy-RL verweist für die Definition der Einwilligung auf Art. 2 lit. h) Datenschutz-RL. Bei der Berücksichtigung dieses Verweises ist zu beachten, dass die Datenschutz-RL durch Art. 94 Abs. 1 DS-GVO mit Wirkung vom 25. Mai 2018 aufgehoben worden ist. Seither gelten gemäß Art. 94 Abs. 2 DS-GVO Verweise auf die aufgehobene Richtlinie als Verweise auf die DS-GVO.

317 betreiben noch öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste erbringen. Der  
318 Begriff des Endnutzers dient im Telekommunikationsrecht vor allem der Abgrenzung  
319 zu Anbieter:innen von Telekommunikationsdiensten, nicht aber zur Spezifizierung  
320 oder gar Eingrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs von § 25 TTDSG. Im  
321 Unterschied zum Datenschutzrecht wird keine subjektive „Betroffenheit“ gefordert.  
322 Erforderlich ist vielmehr die Einwilligung von der Person, die objektiv die  
323 Endeinrichtung nutzt. Eigentumsverhältnisse in Bezug auf das Endgerät sind  
324 grundsätzlich ebenso irrelevant wie die Frage, wer Vertragspartner:in der  
325 Telekommunikationsdienstleistung ist, die mittels des Endgeräts in Anspruch  
326 genommen wird.

### 327 **b) Zeitpunkt der Einwilligung**

328 Zunächst ist darauf zu achten, dass eine entsprechende Willenserklärung bereits  
329 erteilt sein muss, bevor der einwilligungsbedürftige Zugriff auf die Endeinrichtung  
330 erfolgt. Es ist dementsprechend nicht zulässig, wenn einwilligungsbedürftige Cookies  
331 bereits mit dem erstmaligen Aufruf einer Website gesetzt und erst anschließend die  
332 Einwilligung abgefragt wird.

### 333 **c) Informiertheit der Einwilligung**

334 Die Einwilligung ist in informierter Weise einzuholen. Welche Informationen konkret  
335 zu erteilen sind, ergibt sich – im Unterschied zu der Aufzählung von erforderlichen  
336 Informationen gemäß Art. 13 DS-GVO – nicht unmittelbar aus dem Gesetz<sup>23</sup>. Das  
337 Merkmal der „Informiertheit“ setzt mindestens voraus, dass jegliche Speicher- und  
338 Ausleseaktivitäten transparent und nachvollziehbar sein müssen. Dies bedeutet im  
339 Kontext des § 25 Abs. 1 TTDSG, dass Nutzende u. a. Kenntnis darüber erhalten  
340 müssen, wer auf die jeweilige Endeinrichtung zugreift, in welcher Form und zu  
341 welchem Zweck, welche Funktionsdauer die Cookies haben und ob Dritte Zugriff  
342 darauf erlangen können.<sup>24</sup> Hierzu ist es auch erforderlich, dass bereits beim Zugriff  
343 auf die Endeinrichtung hinreichend darüber informiert wird, ob und ggf. inwieweit der  
344 Zugriff weiteren Datenverarbeitungsprozessen dient, die den Anforderungen der DS-  
345 GVO unterfallen, wobei die konkreten Zwecke der Folgeverarbeitung präzise zu  
346 beschreiben sind.<sup>25</sup> Um die Auswirkungen der Erteilung der Einwilligung zu  
347 verdeutlichen, muss schließlich auch über die Tatsache informiert werden, dass ein  
348 späterer Widerruf sich gemäß Art. 7 Abs. 3 S. 3 DS-GVO nicht mehr auf die  
349 Rechtmäßigkeit des bis zum Widerruf erfolgten Zugriffs bzw. der bis dahin erfolgten  
350 Speicherung auswirkt.

351 Die Informationserteilung kann grundsätzlich über ein mehrstufiges Konzept, einen  
352 sog. layered approach erfolgen, sodass Nutzer:innen alle Informationen über mehrere

---

<sup>23</sup> Die Formulierung „Information des Endnutzers“ in § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG verweist auf die Informationspflichten gemäß Artikel 13 und 14 der DS-GVO.

<sup>24</sup> EuGH, Urteil vom 1. Oktober 2019 – C-673/17 – Planet49, Rn. 75 ff.

<sup>25</sup> EDSA, Leitlinien 01/2020 zur Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit vernetzten Fahrzeugen und mobilitätsbezogenen Anwendungen, Version 2.0, S. 16, ab Rn. 49.

353 Ebenen oder über eine Verlinkung zur Datenschutzerklärung erhalten können. Jedoch  
354 ist zu beachten, dass die Grundinformationen im Hinblick auf § 25 Abs. 1 TTDSG  
355 und/oder Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO auf der Ebene erteilt werden müssen, auf der  
356 eine Einwilligung eingeholt werden soll.<sup>26</sup>

357 Im Zusammenhang mit Webseiten und Apps besteht oftmals ein Defizit darin, dass  
358 die Banner, mit denen eine Einwilligung eingeholt werden soll, intransparent gestaltet  
359 sind, sodass u. a. die Zwecke des Zugriffs auf ein Endgerät und die beteiligten  
360 Akteure<sup>27</sup> nicht ausreichend erkennbar sind. Intransparenz kann sich auch daraus  
361 ergeben, dass unklar ist, mit welcher Schaltfläche welcher Effekt erreicht werden kann  
362 und wie oder mit welchem Aufwand eine Ablehnung von einwilligungsbedürftigen  
363 Prozessen möglich ist.

364 Transparenz setzt auch voraus, dass die Informationen, die innerhalb eines  
365 Telemedienangebotes an verschiedenen Stellen zur Verfügung gestellt werden,  
366 kongruent sind. In der Praxis fallen regelmäßig Webseiten und Apps auf, in deren  
367 Bannern zur Einwilligungsabfrage andere Informationen enthalten sind als in der  
368 Datenschutzerklärung, insbesondere andere Rechtsgrundlagen, andere Drittanbieter,  
369 andere Zwecke.

370 Art. 7 Abs. 2 DS-GVO stellt besondere Transparenzanforderungen, wenn die  
371 Einwilligung durch eine „schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft“,  
372 eingeholt wird. In ErwG. 32, S. 1 DS-GVO wird diesbezüglich ausgeführt, dass die  
373 schriftliche Erklärung auch elektronisch erteilt werden kann. Daher greift die  
374 besondere Transparenzanforderung grundsätzlich auch für Einwilligungsbanner.  
375 „Andere Sachverhalte“ als die datenschutzrechtliche Einwilligung sind insbesondere  
376 dann betroffen, wenn über den Einwilligungsbanner gleichzeitig eine Einwilligung  
377 gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG eingeholt werden soll. In diesem Fall muss das Ersuchen  
378 um die Einwilligungen in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren  
379 und einfachen Sprache erfolgen und es muss erkennbar sein, dass zwei Einwilligungen  
380 erteilt werden – eine auf der Grundlage von § 25 Abs. 1 TTDSG und eine gemäß Art.  
381 6 Abs. 1 lit. a.) DS-GVO.

382 Anbieter:innen von Telemedien, die ihre Datenschutzinformationen mit Blick auf § 25  
383 TTDSG aktualisieren, müssen daher darauf achten, die Vorgänge klar zu  
384 differenzieren – wenn im Rahmen des Telemedienangebotes Prozesse stattfinden, die  
385 sowohl unter das TTDSG als auch unter die DS-GVO fallen, ist über die beiden  
386 Rechtsgrundlagen jeweils separat zu informieren.

---

<sup>26</sup> EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, V.1.1 Rn. 74 Beispiel 13.

<sup>27</sup> Der Begriff „Akteure“ bezieht sich im Kontext des TTDSG auf diejenigen, die Zugriff auf die Informationen der Endeinrichtung nehmen und diejenigen, die Informationen in der Endeinrichtung speichern. Dies sind im Regelfall der Webseitenbetreiber und gegebenenfalls Dritte, die ebenfalls Zugriff haben, beispielsweise Anbieter der eingesetzten Dienste. Sofern ein Zugriff auf die Endeinrichtung durch einen Drittdienstleister erfolgt, ist dieser daher als Akteur zu nennen, unabhängig davon, ob er eine nachfolgende Verarbeitung in eigener Verantwortung vornimmt oder ob er diese als Auftragsverarbeiter durchführt. Im Hinblick auf die DS-GVO wird hierfür auf die EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 65 verwiesen.

#### 387 d) Unmissverständliche und eindeutig bestätigende Handlung

388 Art. 4 Nr. 11 DS-GVO setzt für eine wirksame Einwilligung zudem eine  
389 „unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung“ oder  
390 eine sonstige eindeutige bestätigende Handlung voraus, mit der die Nutzenden zu  
391 verstehen geben, dass sie mit dem Zugriff auf und dem Abruf von Informationen  
392 ausdrücklich einverstanden sind. Es bedarf mithin stets eines aktiven Handelns der  
393 Endnutzer:innen. Dies kann beispielsweise durch Anklicken einer designierten  
394 Schaltfläche in einem Banner, durch die Auswahl technischer Einstellungen oder durch  
395 eine andere Erklärung oder aktive Verhaltensweise geschehen, mit der die  
396 Endnutzer:innen eindeutig ihr Einverständnis hinsichtlich der Speicherung von oder  
397 den Zugriff auf Informationen in der Endeinrichtung ausdrücken.

398 Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der Nutzenden können  
399 demgegenüber keine Einwilligung darstellen.<sup>28</sup> Opt-Out-Verfahren sind daher stets  
400 ungeeignet, eine wirksame Einwilligung zu begründen. Der Umstand, dass der  
401 Browser der Endnutzer:innen Cookies oder Web-Storage, z. B. Local Shared Objects  
402 (LSO) zulässt, kann dementsprechend auch – ungeachtet weiterer Aspekte wie  
403 Informiertheit oder Bestimmtheit – keine Einwilligung darstellen.<sup>29</sup>

404 Die reine weitere Nutzung einer Webseite oder App, z. B. durch Handlungen wie das  
405 Herunterscrollen, das Surfen durch Webseiteninhalte, das Anklicken von Inhalten oder  
406 ähnliche Aktionen können - ungeachtet der weiteren Anforderungen an eine wirksame  
407 Einwilligung - ebenfalls keine wirksame Einwilligung für den Zugriff auf oder die  
408 Speicherung von Informationen auf einer Endeinrichtung darstellen. Diese  
409 Handlungen können keinesfalls den Einsatz von einwilligungsbedürftigen Cookies  
410 oder ähnlichen Technologien legitimieren – selbst wenn mittels eines Banners über  
411 die Prozesse informiert wird. Das Scrollen oder Weitersurfen sind typische  
412 Handlungen bei der Nutzung des Internets, denen grundsätzlich kein rechtlicher  
413 Erklärungsgehalt innewohnt. Art. 4 Nr. 11 DS-GVO fordert ausdrücklich eine  
414 eindeutige bestätigende Handlung, so dass eine Aktivität oder Interaktion der  
415 Nutzenden erforderlich ist, die eine klare Zäsur bei der weiteren Nutzung des  
416 Telemedienangebots zum Ausdruck bringt.<sup>30</sup> Nur dann können die verschiedenen  
417 Handlungen deutlich voneinander unterschieden und eine eindeutige Zustimmung  
418 festgestellt werden.

419 Ob eine unmissverständliche Willenserklärung vorliegt, wenn Endnutzer:innen ihre  
420 Einwilligung über eine Schaltfläche abgegeben haben, hängt auch davon ab, ob diese  
421 ihren wahren Willen unmittelbar zum Ausdruck bringen konnten oder eindeutig  
422 erkennen konnten, wie der wahre Wille zum Ausdruck gebracht werden kann. In die  
423 Bewertung fließt daher mit ein, wie die Schaltflächen für die Abgabe der Einwilligung

---

<sup>28</sup> S. Erwägungsgrund 32 der DS-GVO.

<sup>29</sup> Erwägungsgrund 32 S. 2 betrifft dagegen den umgekehrten Fall, dass der Nutzer nachweisbar  
Browsereinstellungen vorgenommen, insbesondere die DNT-Einstellung aktiviert hat („DNT:0“ =  
Tracking okay; „DNT:1“ = kein Tracking).

<sup>30</sup> EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, S. 22, Beispiel  
16.

424 und weitere Handlungsoptionen beschriftet und gestaltet sind und welche  
425 Zusatzinformationen zur Verfügung gestellt werden.

426 Wenn in Telemedienangeboten Einwilligungsbanner angezeigt werden, die lediglich  
427 eine „Okay“-Schaltfläche enthalten, stellt das Anklicken der Schaltfläche keine  
428 unmissverständliche Erklärung dar. Auch die Bezeichnungen „Zustimmen“, „Ich willige  
429 ein“ oder „Akzeptieren“ können im Einzelfall nicht ausreichend sein, wenn aus dem  
430 begleitenden Informationstext nicht eindeutig hervorgeht, wozu konkret die  
431 Einwilligung erteilt werden soll. Häufig müssen Nutzende zunächst eine im  
432 Einwilligungsbanner integrierte Detailansicht öffnen, um darüber zu sehen, welche  
433 Voreinstellungen im Falle eines Klicks auf „Akzeptieren“ gesetzt sind und daraus  
434 abzuleiten, worauf sich die Einwilligung letztlich bezieht. Derartige Gestaltungen  
435 stehen einer wirksamen Einwilligung regelmäßig ebenfalls entgegen.

436 Darüber hinaus dürfen Endnutzer:innen berechtigterweise die Erwartung haben, dass  
437 sie einfach untätig bleiben können, wenn sie nicht einwilligen möchten. In Fällen, in  
438 denen es nicht möglich ist, untätig zu bleiben, weil ein Einwilligungsbanner den  
439 Zugriff auf einige oder alle Inhalte des Telemedienangebots versperrt, müssen  
440 Endnutzer:innen ihre Ablehnung zumindest ohne Mehraufwand an Klicks (gegenüber  
441 der Zustimmung) äußern können. Diese Wertung wird auch durch Erwägungsgrund  
442 32 S. 6 der DS-GVO gestützt, der die Vorgaben zur Einwilligung präzisiert. Demnach  
443 muss die Aufforderung in klarer und knapper Form und ohne unnötige Unterbrechung  
444 des Dienstes, für den die Einwilligung gegeben wird, erfolgen, wenn die betroffene  
445 Person auf elektronischem Weg zur Einwilligung aufgefordert wird.

446 Eine wirksame Einwilligung liegt zudem regelmäßig nicht vor, wenn Nutzenden nur  
447 zwei Handlungsmöglichkeiten zur Auswahl gestellt werden, die nicht gleich schnell  
448 zu dem Ziel führen, den Telemediendienst nutzen zu können. Hierbei wird ihnen  
449 einerseits eine Schaltfläche zum „Alles Akzeptieren“ angezeigt, andererseits eine  
450 Schaltfläche mit Bezeichnungen wie „Einstellungen“, „Weitere Informationen“ oder  
451 „Details“. Mittels der ersten Schaltfläche können die Endnutzer:innen unmittelbar und  
452 ohne weiteren Aufwand eine zustimmende Willenserklärung abgeben und das  
453 Angebot sofort nutzen. Mit der anderen Schaltfläche können die Nutzenden weder  
454 ablehnen noch eine sonstige Willenserklärung abgeben, sondern lediglich weitere  
455 Handlungsschritte einleiten. Es bedarf dann weiterer Entscheidungen oder  
456 Einstellungen, bis das gewünschte Angebot genutzt werden kann. Diese beiden  
457 Handlungsoptionen haben somit nicht denselben Kommunikationseffekt. Wenn  
458 Nutzende in dieser Konstellation die einzig vorhandene Schaltfläche wählen, mit der  
459 unmittelbar eine – den Entscheidungsprozess beendende – Willenserklärung abgeben  
460 werden kann, so kann dieser Handlung auch der Wille innewohnen, sich mit der  
461 Angelegenheit einfach nicht mehr beschäftigen zu müssen. Dies gilt umso mehr,  
462 wenn aufgrund der konkreten Beschriftung der Schaltflächen nicht einmal eindeutig  
463 zu erkennen ist, wie viel Mehraufwand erforderlich ist, um eine Ablehnung  
464 mitzuteilen.

465 Um nachweisen zu können, dass Endnutzer:innen eine unmissverständliche und  
466 eindeutig bestätigende Handlung abgegeben haben, müssen diesen also mindestens  
467 solche Auswahloptionen angeboten werden, deren Kommunikationseffekt  
468 gleichwertig ist. Ist eine Auswahloption präzise dargestellt und erzeugt unmittelbar  
469 einen Effekt (z. B. eine „Alles Akzeptieren“-Schaltfläche), während die andere Option  
470 nebulös gehalten wird und nicht ermöglicht, den wahren gegenteiligen Willen mit  
471 demselben Aufwand zu äußern, besteht ein Effekt- und Informationsdefizit. Ein  
472 solches Defizit ist geeignet, Endnutzer:innen dazu zu bewegen, ihre Entscheidung  
473 nicht nach dem eindeutigen Willen, sondern nur danach zu treffen, welche Option die  
474 Einwilligungsabfrage eindeutig schneller beendet. Werden den Nutzenden keine  
475 gleichwertigen Handlungsmöglichkeiten offeriert, um die Einwilligung zu erteilen  
476 oder sie abzulehnen, so liegen die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung  
477 regelmäßig nicht vor.<sup>31</sup>

#### 478 **e) Bezogen auf den bestimmten Fall**

479 Darüber hinaus muss die Einwilligung für den bestimmten Fall eingeholt werden. Es  
480 ist mithin nicht möglich, eine Generaleinwilligung oder Blankoeinwilligung für den  
481 generellen Einsatz bestimmter Techniken, z. B. Cookies, oder für diverse potentielle  
482 Folgeverarbeitungen einzuholen. Das Bestimmtheitserfordernis ist eng mit dem  
483 Merkmal „in informierter Weise“ verbunden und überschneidet sich auch mit den  
484 Kriterien, ob eine Einwilligung freiwillig erteilt wurde. Bevor eine Einwilligung  
485 abgefragt wird, muss ein eindeutiger und legitimer Zweck für die beabsichtigten  
486 Prozesse festgelegt werden, um die Endnutzer:innen sodann ausreichend hierüber  
487 informieren zu können. Bereits die Art. 29-Datenschutzgruppe als Vorgänger des  
488 Europäischen Datenschutzausschusses hat darauf hingewiesen, dass das  
489 Bestimmtheitserfordernis nicht durch vage oder allgemeine Angaben wie  
490 „Verbesserung der Erfahrungen des Nutzers“, „Werbezwecke“, „IT-  
491 Sicherheitszwecke“ oder „zukünftige Forschung“ erfüllt werden kann.<sup>32</sup>

492 *„Wir werden Ihre Einkaufshistorie speichern und Informationen zu den bereits von  
493 Ihnen gekauften Produkten dazu zu verwenden, Ihnen Vorschläge für weitere  
494 Produkte zu unterbreiten, die Sie unserer Ansicht nach ebenfalls interessieren  
495 werden.“<sup>33</sup>*

496 *„Wir werden speichern, welche Artikel und Produkte auf unserer Website Sie  
497 angeklickt haben, und diese Informationen nutzen, um Ihnen auf dieser Webseite  
498 gezielte Werbung zu unterbreiten, die Ihren Interessen entspricht, welche wir auf  
499 Grundlage der Artikel bestimmt haben, deren Beschreibung Sie gelesen haben.“<sup>34</sup>*

---

<sup>31</sup> Einige Anbieter:innen von Telemedien stellen Nutzende vor die Wahl, alternativ zur Erteilung einer Einwilligung ein kostenpflichtiges Abonnement abzuschließen. Diese spezielle Konstellation ist nicht Gegenstand der vorangehenden Ausführungen und Bewertung.

<sup>32</sup> Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 03/2013 zur Zweckbindung (WP 203), S. 16.

<sup>33</sup> Art. 29 Datenschutzgruppe Gruppe, Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679, Rn. 11.

<sup>34</sup> Art. 29 Datenschutzgruppe Gruppe, Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679, Rn. 11.

500 An dieser Anforderung hat sich auch durch die DS-GVO nichts geändert.<sup>35</sup> Nur wenn  
501 den Endnutzer:innen ausreichende Informationen über alle Zwecke zur Verfügung  
502 stehen, zu denen auf die Endeinrichtung zugegriffen werden soll, können diese  
503 überhaupt nachvollziehen, für welche Fälle sie ihre Einwilligung erteilen. Unabhängig  
504 davon, ob so dann die Möglichkeit besteht, über eine Handlung in alle Zwecke  
505 einzuwilligen oder diese abzulehnen, müssen Endnutzer:innen sodann auch separat  
506 einwilligen oder diese ablehnen können. Fehlt es an der nötigen Granularität, hat dies  
507 auch noch weitere Auswirkungen auf die Freiwilligkeit und damit die Wirksamkeit der  
508 Einwilligung. Denn Erwägungsgrund 43 der DS-GVO bringt deutlich zum Ausdruck,  
509 dass die Einwilligung regelmäßig auch dann nicht als freiwillig erteilt gilt, wenn zu  
510 verschiedenen Vorgängen nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann,  
511 obwohl dies in dem entsprechenden Fall angemessen wäre. Eine Bündelung von  
512 Zwecken kann nur in Betracht kommen, wenn die Zwecke in einem sehr engen  
513 Zusammenhang stehen.<sup>36</sup>

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

## 523 **f) Freiwilligkeit der Einwilligung**

524 Schließlich ist die Einwilligung nur wirksam, wenn die Willensbekundung freiwillig  
525 erfolgt ist. Hierzu heißt es in den Leitlinien 05/2020 des Europäischen  
526 Datenschutzausschusses zur Einwilligung:

527 *„Das Element „frei“ impliziert, dass die betroffenen Personen eine echte Wahl*  
528 *und die Kontrolle haben. Im Allgemeinen schreibt die DSGVO vor, dass eine*  
529 *Einwilligung nicht gültig ist, wenn die betroffene Person keine wirkliche Wahl*  
530 *hat, sich zur Einwilligung gedrängt fühlt oder negative Auswirkungen erdulden*  
531 *muss, wenn sie nicht einwilligt. [...] Entsprechend wird eine Einwilligung nicht*  
532 *als freiwillig angesehen, wenn die betroffene Person die Einwilligung nicht*  
533 *verweigern oder zurückziehen kann, ohne Nachteile zu erleiden. In der DSGVO*  
534 *wird auch das Konzept des „Ungleichgewichts“ zwischen dem Verantwortlichen*  
535 *und der betroffenen Person berücksichtigt.*

536 *Grundsätzlich wird eine Einwilligung durch jede Form des unangemessenen*  
537 *Drucks oder der Einflussnahme (die sich auf viele verschiedene Weisen*

---

<sup>35</sup> EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 55.

<sup>36</sup> EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 43.

538 *manifestieren können) auf die betroffene Person, die diese von der Ausübung*  
539 *ihres freien Willens abhalten, unwirksam.*<sup>37</sup>

540 Gemäß Erwägungsgrund 42 Satz 5 DS-GVO sollte davon ausgegangen werden, dass  
541 die betroffene Person ihre Einwilligung nur dann freiwillig gegeben hat, wenn sie eine  
542 echte und freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern  
543 oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden. Auch ist zu berücksichtigen, ob  
544 unter anderem die Erfüllung eines Vertrages davon abhängig gemacht wird, dass in  
545 eine Datenverarbeitung eingewilligt wird, die für die Vertragserfüllung nicht  
546 erforderlich ist. Eine solche Koppelung führt gemäß Art. 7 Abs. 4 DS-GVO regelmäßig  
547 dazu, dass die Einwilligung nicht als freiwillig angesehen werden kann und damit  
548 unwirksam ist.<sup>38</sup>

549 Bei der Bewertung, ob die Einwilligung für den Zugriff auf Endgeräte des Endnutzers  
550 freiwillig erteilt wurde, ist zunächst zu klären, ob überhaupt ein Zwang für die  
551 Endnutzer:innen bestand, eine Erklärung abzugeben, oder ob sie untätig hätten  
552 bleiben können. Es ist davon auszugehen, dass ein solcher Zwang besteht, wenn ein  
553 Banner oder sonstiges grafisches Element zur Einwilligungsabfrage den Zugriff auf  
554 die Webseite insgesamt oder Teile des Inhalts verdeckt und das Banner nicht einfach  
555 ohne Entscheidung geschlossen werden kann.<sup>39</sup>

556 Zwar gehen Stimmen in der Literatur davon aus, dass niemand gezwungen sei, eine  
557 Webseite zu besuchen, deren Inhalt grundsätzlich auch von anderen am Markt  
558 angeboten wird. Diese Argumentation kann jedoch nicht durchgreifen. Wie bereits der  
559 Europäische Datenschutzausschuss (sowie dessen Vorgängerinstitution) verdeutlicht  
560 hat, kann eine Einwilligung nicht deshalb als freiwillig erteilt angesehen werden, weil  
561 zwischen einer Dienstleistung, zu der die Einwilligung in die Nutzung  
562 personenbezogener Daten für zusätzliche Zwecke gehört, und einer vergleichbaren  
563 Dienstleistung, die von einem anderen Verantwortlichen angeboten wird, eine  
564 Wahlmöglichkeit besteht.<sup>40</sup> In einem solchen Fall wäre die Wahlmöglichkeit vom  
565 Verhalten anderer Marktteilnehmer und davon abhängig, ob eine betroffene  
566 Einzelperson die Dienstleistungen des anderen Verantwortlichen wirklich als  
567 gleichwertig ansehen würde. Dies würde darüber hinaus bedeuten, dass der  
568 Verantwortliche die Entwicklungen des Marktes verfolgen müsste, um eine  
569 fortgesetzte Gültigkeit der Einwilligung in die Datenverarbeitungstätigkeiten  
570 sicherzustellen, da ein Wettbewerber seine Dienstleistungen zu einem späteren  
571 Zeitpunkt ändern könnte. Daher kann eine Einwilligung nicht per se nur deshalb als  
572 freiwillig qualifiziert werden, wenn Betroffene sich theoretisch alternativen Optionen  
573 hätte zuwenden können, die ein Dritter anbietet. Diese Argumentation, die zu  
574 Datenverarbeitungsprozessen getroffen wurde, ist auf den Zugriff auf

---

<sup>37</sup> EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 13 und 14.

<sup>38</sup> EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 14.

<sup>39</sup> Zu den hiervon zu unterscheidenden Cookie-Walls siehe EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 39-41.

<sup>40</sup> EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 38.

575 Endeinrichtungen übertragbar, da auch insoweit die Anforderungen der DS-GVO  
576 gelten.

577 Das Merkmal der Freiwilligkeit wird auch dann spürbar beeinflusst, wenn die  
578 Ablehnung aller einwilligungsbedürftigen Zugriffe einen messbaren Mehraufwand für  
579 Endnutzer:innen bedeutet. Ein solcher Mehraufwand wird z. B. erzeugt, indem die  
580 Ablehnung erst auf einer zweiten Banner-Ebene, und damit nur mit einer höheren  
581 Anzahl an Klicks möglich ist (im Vergleich zur Zustimmung). Der Mehraufwand  
582 besteht in der Regel auch nicht lediglich darin, dass der Endnutzer:innen einmal mehr  
583 klicken müssen als bei der Zustimmung. Sie müssen vielmehr darüber hinaus auch  
584 die weiteren Informationen und Einstellungsmöglichkeiten, mit denen sie auf einer  
585 zweiten Ebene der Einwilligungsdialoge konfrontiert werden, lesen, nachvollziehen  
586 und dann unter den weiteren Auswahloptionen die zutreffende auswählen. Der  
587 erzeugte Mehraufwand lässt sich grundsätzlich auch nicht sachlich begründen (z. B.  
588 mit technischen Hindernissen), sondern wird künstlich konstruiert. Dies lässt sich  
589 nicht zuletzt daraus schließen, dass Endnutzer:innen mittlerweile auf einer Vielzahl  
590 an Webseiten durchaus eine gleich einfache Ablehnungsmöglichkeit zur Auswahl  
591 gestellt wird.

592 Wenn Nutzende beim Aufruf eines Telemedienangebotes eine Einwilligungsabfrage  
593 nicht einfach ignorieren können, weil diese Inhalte des Angebots verdeckt, fehlt es  
594 somit regelmäßig an der Freiwilligkeit der Einwilligung, wenn die Erteilung der  
595 Ablehnung mit einem höheren Aufwand, z. B. an Klicks und Aufmerksamkeit,  
596 verbunden ist. Um sicherzustellen, dass sie eine wirksame Einwilligung nachweisen  
597 können, müssen Anbieter:innen von Telemedien daher dringend darauf achten, die  
598 zur Auswahl gestellten Optionen gleichwertig zu gestalten.

599 In die Bewertung ist an dieser Stelle auch der Grundsatz von Treu und Glauben gemäß  
600 Art. 5 Abs. 1 lit. a) DS-GVO einzubeziehen. Kann kein sachlicher Grund dafür  
601 vorgebracht werden, warum z. B. keine mit demselben Aufwand verbundene  
602 Ablehnungsmöglichkeit auf erster Ebene eines Cookie-Banners angeboten wird, stellt  
603 dies einen Versuch dar, in treuwidriger Weise Einfluss auf die Endnutzer:innen zu  
604 nehmen. Im Zusammenhang mit Telefonwerbung hat der Bundesgerichtshof  
605 entschieden, dass eine Einwilligung jedenfalls dann unwirksam ist, wenn die  
606 Gestaltung darauf angelegt ist, die Betroffenen von der Ausübung ihres Wahlrechts  
607 abzuhalten.<sup>41</sup>

#### 608 **g) Möglichkeit zum Widerruf der Einwilligung**

609 Aus Art. 7 Abs. 3 Satz 4 DS-GVO ergibt sich, dass der Widerruf einer Einwilligung  
610 ebenso einfach möglich sein muss wie die Erteilung.

611 Wird die Einwilligung unmittelbar bei der Nutzung einer Webseite erteilt, muss auch  
612 deren Widerruf auf diesem Weg möglich sein. Nicht den Vorgaben entsprechen  
613 ausschließliche Widerrufsmöglichkeiten über andere Kommunikationswege wie E-

---

<sup>41</sup> BGH, Urteil vom 28. Mai 2020 – I ZR 7/16 Rn. 37 – Cookie-Einwilligung II (Planet49).

614 Mail, Fax oder sogar per Brief. Es ist auch unzulässig, Nutzende auf ein  
615 Kontaktformular hinzuweisen, da in diesem Fall zwar derselbe Kommunikationsweg  
616 (d. h. über die Webseite) verwendet wird, aber die Anforderungen deutlich höher sind  
617 als bei der Erteilung der Einwilligung (und mittels Kontaktformular Daten erhoben  
618 würden, die für den Widerruf nicht erforderlich sind). Wurde eine Einwilligung mittels  
619 Banner o. Ä. abgefragt, ist es daher auch unzulässig, wenn zunächst eine  
620 Datenschutzerklärung aufgerufen und dann in dieser zu der richtigen Stelle gescrollt  
621 werden muss, um zu einer Widerrufsmöglichkeit zu gelangen. Ein solcher  
622 Suchvorgang als Zwischenschritt wäre eine Erschwerung, die mit den gesetzlichen  
623 Vorgaben nicht vereinbar ist. Dieser Umweg ist auch nicht auf eine technische  
624 Unmöglichkeit zurückzuführen, da eine Vielzahl an Webseiten einen stets sichtbaren  
625 Direktlink oder ein Icon anzeigen, das unmittelbar zu den relevanten  
626 Einstellungsmöglichkeiten führt. Es genügt den gesetzlichen Anforderungen erst  
627 recht nicht, wenn an verschiedenen Stellen der Datenschutzerklärung auf Opt-out  
628 Möglichkeiten auf unterschiedlichen externen Webseiten hingewiesen wird.  
629 Gleichwohl bedeutet dies nicht, dass der Widerruf über einen Verweis in einer  
630 Datenschutzerklärung per se abzulehnen ist. Sofern Verlinkungen die Nutzenden  
631 direkt an die Stelle zur Möglichkeit des Widerrufs leiten und gerade keine  
632 Suchvorgänge nötig sind, kann eine direkt auffindbare Widerrufsmöglichkeit auch in  
633 einer Datenschutzerklärung platziert werden.

#### 634 **h) Gültigkeit der Einwilligung**

635 „Die DS-GVO enthält keine spezifischen Vorgaben zur Dauer der Wirksamkeit einer  
636 Einwilligung. Wie lange die Einwilligung gültig ist, hängt vom Kontext, dem Umfang  
637 der ursprünglichen Einwilligung und den Erwartungen der betroffenen Partei ab.“<sup>42</sup> Zu  
638 beachten ist, dass sich Einwilligungen immer auf „den bestimmten Fall“ beziehen.  
639 Ändert sich der „Fall“ wird die ursprüngliche Einwilligung gegenstandslos und es ist  
640 eine neue Einwilligung einzuholen. Wird durch eine bestätigende Handlung eine  
641 gebündelte Einwilligung für zahlreiche Fälle eingeholt, wie dies regelmäßig auf  
642 Webseiten und in Apps erfolgt, führt jede Änderung insbesondere der eingesetzten  
643 Cookies und eingebundenen Drittdienste dazu, dass für den neuen Fall eine neue  
644 Einwilligung eingeholt werden muss. Wird diese nicht einzeln abgefragt, muss die  
645 gebündelte Einwilligung erneut eingeholt werden.

### 646 **3. Ausnahmen von der Einwilligungsbedürftigkeit**

647 Von dem Grundsatz der Einwilligungsbedürftigkeit sind in § 25 Abs. 2 TTDSG zwei  
648 Ausnahmen vorgesehen. Die erste Ausnahme richtet sich vornehmlich an Anbieter  
649 von Telekommunikationsdiensten i.S.v. § 3 Nr. 1 TKG n.F. Die zweite Ausnahme  
650 adressiert im Unterschied dazu die Anbieter von Telemedien gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1  
651 TTDSG.

---

<sup>42</sup> EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 110.

652 **a) Durchführung der Übertragung einer Nachricht**

653 Gemäß § 25 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG ist eine Einwilligung nicht erforderlich, wenn der  
654 alleinige Zweck der Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung oder der  
655 alleinige Zweck des Zugriffs auf bereits in der Endeinrichtung der Nutzenden  
656 gespeicherte Informationen die Durchführung der Übertragung einer Nachricht über  
657 ein öffentliches Telekommunikationsnetz ist.

658 **b) Zurverfügungstellen eines Telemediendienstes**

659 § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG fordert keine Einwilligung, wenn die Speicherung von  
660 Informationen in der Endeinrichtung oder der Zugriff auf bereits in der Endeinrichtung  
661 gespeicherte Informationen unbedingt erforderlich ist, damit Anbieter:innen eines  
662 Telemediendienstes einen von der/dem jeweiligen Nutzer ausdrücklich gewünschten  
663 Telemediendienst zur Verfügung stellen können.

664 Im Gesetzgebungsverfahren zum TTDSG und auch in dem europäischen Verfahren  
665 zum Erlass der ePrivacy-Verordnung wurde und wird deutlich, dass es viele  
666 Bestrebungen gibt, deutlich mehr Ausnahmen vom Einwilligungserfordernis  
667 zuzulassen, als dies aktuell in Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePrivacy-RL vorgesehen ist. Dennoch  
668 hat sich der deutsche Gesetzgeber entschieden, § 25 Abs. 2 TTDSG sehr eng am  
669 Wortlaut der europäischen Vorschrift anzulehnen und keine über Art. 5 Abs. 3 S. 2  
670 ePrivacy-RL hinausgehenden Ausnahmen aufzunehmen. Die Vorschrift enthält im  
671 Wesentlichen zwei Tatbestandsmerkmale, die grundsätzlich auslegungsbedürftig sind  
672 – dies sind „einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst“ und  
673 „unbedingt erforderlich“. Beide Tatbestandsmerkmale stehen in einem untrennbaren  
674 Zusammenhang. Die unbedingte Erforderlichkeit von Speicher- und Auslesevorgängen  
675 ist in Bezug auf den konkret von der Endnutzerin oder dem Endnutzer gewünschten  
676 Telemediendienst zu prüfen, um festzustellen, ob die Ausnahmevorschrift greift.

677 Bei der Prüfung der Voraussetzungen ist zu beachten, dass § 25 TTDSG eine andere  
678 Systematik aufweist als Art. 6 Abs. 1 DS-GVO. § 25 TTDSG sieht nur zwei  
679 Legitimationsmöglichkeiten vor. Entweder liegt eine wirksame Einwilligung der  
680 Endnutzer:innen vor oder es sind die Voraussetzungen einer der beiden in Absatz 2  
681 geregelten Ausnahmen erfüllt. Art. 6 Abs. 1 DS-GVO sieht demgegenüber mehrere  
682 Möglichkeiten für die rechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten vor, von  
683 denen die Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO nur eine von mehreren  
684 gleichrangigen Varianten ist.

685 Die Ausnahmen gemäß § 25 Abs. 2 TTDSG unterscheiden sich zudem wesentlich von  
686 Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO, der bis zum 30. November 2021 von den  
687 Aufsichtsbehörden unter engen Voraussetzungen als mögliche Rechtsgrundlage  
688 angesehen worden ist. Während das TTDSG starre Kriterien benennt, die erfüllt sein  
689 müssen, eröffnet die DS-GVO eine gewisse Abwägungsflexibilität. Keinesfalls ist eine  
690 Interessenabwägung, die zu Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO vorgenommen wurde,  
691 geeignet, automatisch die Voraussetzungen von § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG zu  
692 begründen. Zur Umsetzung der neuen Rechtslage ist es daher nicht ausreichend,

693 wenn lediglich die Bezeichnung der Rechtsgrundlagen in einer Datenschutzerklärung  
694 ausgetauscht wird.

#### 695 **aa. Von Endnutzer:innen ausdrücklich gewünschter Telemediendienst**

696 Die Bewertung, ob die Inanspruchnahme eines Telemediendienstes ausdrücklich von  
697 Endnutzer:innen gewünscht ist, erfordert im Ergebnis, eine innere, persönliche  
698 Einstellung festzustellen. Diese kann nur aus objektiven Kriterien, wie insbesondere  
699 den Handlungen der Nutzenden abgeleitet werden. Im Kontext von Webseiten und  
700 Apps nehmen Nutzende einen Telemediendienst grundsätzlich in Anspruch, indem  
701 sie ihn bewusst aufrufen.<sup>43</sup> Dies erfolgt regelmäßig durch die Eingabe der URL der  
702 Webseite in einem Browser, durch das Anklicken eines Links auf einer zuvor erfolgten  
703 Suche in einer Suchmaschine oder die Installation einer App. Diese eine Handlung  
704 lässt allerdings nicht den Schluss zu, dass das hinter der URL oder App verborgene  
705 oder über den Link angesprochen gesamte Webseitenangebot, ggf. inklusive diverser  
706 Unterseiten ausdrücklich gewünscht ist.

707 Weitaus seltener kommt es in der Praxis vor, dass Telemediendienste auf der  
708 Grundlage eines zuvor geschlossenen Vertrags genutzt werden. Dies ist insbesondere  
709 bei zahlungspflichtigen Diensten, wie z.B. Beck Online, anzunehmen. Liegen ein  
710 (schriftlicher) Vertrag über die Nutzung des Telemediendienstes oder ergänzende  
711 Nutzungsbedingungen, aus denen der konkrete Leistungsumfang entnommen  
712 werden kann, vor, können diese Dokumente zur Bestimmung des Nutzerwunsches  
713 herangezogen werden.

714 Es ist entscheidend, welches Verständnis dem Begriff „Telemediendienst“ im  
715 Zusammenhang mit § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG zugrunde liegt. Dieser lässt sich  
716 einerseits global, also z. B. einer Webseite insgesamt, als auch granular, z. B. nur eine  
717 bestimmte Funktion oder bestimmte Inhalte einer Webseite, interpretieren. Die  
718 Webseite eines Unternehmens kann z. B. Informationen über das Unternehmen, einen  
719 Online-Shop, Kontaktmöglichkeiten via Kontaktformular, einen eingebundenen Chat,  
720 einen Routenplaner zum Unternehmen sowie Eigen- und Drittwerbung beinhalten.

721 Allgemein auf ein gesamtes Telemedienangebot, ggf. inklusive diverser Unterseiten,  
722 abzustellen, ist insbesondere in Bezug auf hochkomplex gestaltete Webseiten und  
723 Apps regelmäßig nicht der richtige Maßstab. Der durch § 25 TTDSG umgesetzte Art. 5  
724 Abs. 3 ePrivacy-RL stellt auf „einen vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich  
725 gewünschten Dienst der Informationsgesellschaft“ ab. Bei vielen Angeboten wird nicht  
726 „ein“ Dienst, sondern ein Bündel von Dienstleistungen mit verschiedenen Funktionen  
727 angeboten, die bei einem Besuch durch die einzelnen Nutzer:innen kaum immer alle

---

<sup>43</sup> Werden bei der Nutzung eines Telemediendienstes Informationen im vernetzten Fahrzeug oder Smarthome-Geräten gespeichert oder auf diese zugegriffen, z. B. im Rahmen des Entertainmentsystems von Fahrzeugen oder einer App zum Abschließen des Fahrzeugs, ist an vergleichbare Handlungen des Nutzers anzuknüpfen. In Bezug auf vernetzte Fahrzeuge s. auch EDSA, Leitlinien 01/2020 zur Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit vernetzten Fahrzeugen und mobilitätsbezogenen Anwendungen, Version 2.0, Rn. 10 ff. und beispielhaft für Smarthome-Geräte die EDSA Leitlinien 02/2021 zu virtuellen Sprachassistenten Version 2.0, Rn. 28 ff.

728 genutzt werden. Diese Dienstleistungen werden gerade für die Adressaten der  
729 Webseiten oder Apps erbracht und nicht als reiner Selbstzweck. Gleichzeitig verfolgen  
730 Anbieter:innen der Webseiten oder Apps oder eingebundene Drittdienstleister  
731 darüber hinausgehende eigene Interessen. Die differenzierte Betrachtung einer  
732 Webseite oder App entspricht dem Zweck der Norm, nur diejenigen Eingriffe in die  
733 Endgeräte der Nutzer:innen zu erlauben, die im konkreten Fall unbedingt erforderlich  
734 sind, weil ohne sie der konkret vom einzelnen Nutzenden gewünschte Dienst nicht  
735 erbracht werden kann. Würde man auf eine Webseite oder App als Ganzes abstellen,  
736 hätten es Anbieter:innen von Telemedien in der Hand, durch umfassende Einbettung  
737 diverser in der Praxis nicht genutzter, aber mit unter Umständen sehr invasiven  
738 Datenverarbeitungen verbundener Funktionen den Umfang des Telemediendienstes  
739 beliebig zu bestimmen. Der Wunsch der Nutzenden bliebe bei einer globalen  
740 Interpretation unbeachtet. Entsprechend hatte sich bereits die Art. 29-  
741 Datenschutzgruppe zur ePrivacy-RL für eine solche granulare Betrachtung des  
742 Dienstes ausgesprochen. Demnach sei ein Dienst als Summe verschiedener  
743 Funktionen zu betrachten und könne daher abhängig von den von Nutzer:innen  
744 aufgerufenen Funktionen einen unterschiedlichen Umfang aufweisen.<sup>44</sup>

745 Es ist daher zunächst zu bestimmen, welcher Nutzerwunsch aus dem Aufruf der  
746 Webseite oder der App geschlossen werden kann.<sup>45</sup> Jeder Telemediendienst weist  
747 einen Basisdienst auf, der untrennbar für das gesamte Angebot von Bedeutung ist.  
748 Die Basisdienste lassen sich regelmäßig aus der Kategorie des Telemediendienstes  
749 ableiten. Als beispielhafte Kategorien seien hier Webshops, Suchmaschinen,  
750 Informationsseiten von Unternehmen oder öffentlichen Einrichtungen,  
751 Behördenportale, Online-Banking, Blogs, Soziale Netzwerke und Übersetzungsdienste  
752 genannt. Basisdienst eines Webshops ist der Verkauf von Produkten. Basisdienst einer  
753 Suchmaschine ist, dass bei Eingabe eines Suchbegriffs passende Webseiten im  
754 Internet gefunden und über Hyperlinks als Suchergebnisse aufgelistet werden. Der  
755 Basisdienst wird oft von Komponenten flankiert, damit dieser sicher, schnell und  
756 stabil zur Verfügung gestellt werden kann. Solche Systeme zur nutzerorientierten  
757 Betrugsprävention und IT-Sicherheit dienen grundsätzlich gleichermaßen den  
758 Nutzer:innen und dem Betreiber der Webseite und können dem Basisdienst  
759 zugerechnet werden. Für bestimmte Kategorien von Telemediendiensten gibt es  
760 weitere nutzerorientierte Zusatzfunktionen, durch die der Basisdienst unterstützt  
761 wird, wie beispielsweise die Einkaufskorbfunktion bei Online-Shops. Die  
762 Zusatzfunktionen sind in den Basisdienst integriert, kommen jedoch für manche  
763 Nutzer:innen gar nicht oder nicht über den gesamten Zeitraum der Nutzung des  
764 Angebots zum Tragen. Neben diesen Basisdiensten werden Nutzer:innen häufig  
765 Zusatzdienste und Funktionen zur Verfügung gestellt, die grundsätzlich unabhängig  
766 von der Kategorie des Telemediendienstes sind, wie z. B. Spracheinstellungen,  
767 Chatboxen, Kontaktformulare, Push-Nachrichten, Kartendienste, Wetterdienste,

---

<sup>44</sup> Vgl. Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 4/2012 zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht (WP 194), S. 4.

<sup>45</sup> Wie der Nutzerwunsch sodann realisiert wird, ist in einem weiteren Schritt zu beurteilen, siehe sogleich unter bb. Unbedingt erforderlich.

768 Videos und Audios, Log-in Bereiche inkl. Authentifizierung, Werbung, Verwaltung von  
769 Einwilligungen mittels Consent-Management-Tools, Merklisten oder Favoritenlisten.

770 Zwar besteht zumindest im privatrechtlichen Kontext grundsätzlich eine  
771 Gestaltungsfreiheit der Anbieter:innen der Telemediendienste. Mit welchen  
772 Funktionalitäten Anbieter:innen, z. B. einen Online-Shop, eine News-Seite, ein  
773 Bewertungsportal oder ein soziales Netzwerk ausstatten, steht ihnen daher  
774 grundsätzlich frei. Jedoch stellt § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG aufgrund der Formulierung  
775 „vom Nutzer ausdrücklichen gewünschten Telemediendienst“ explizit auf die  
776 Perspektive der Nutzer:innen ab, die mithin maßgeblich mit einzubeziehen ist.

777 Der Basisdienst ist grundsätzlich als der von Nutzer:innen gewünschte  
778 Telemediendienst anzusehen, sobald diese einen Dienst bewusst aufrufen. Aus  
779 dieser Handlung kann allerdings nicht automatisch der Schluss gezogen werden, dass  
780 der Nutzende alle Zusatzfunktionen des Basisdienstes wünscht. Welcher  
781 Funktionsumfang gewünscht ist, ist im Einzelfall aus der Perspektive durchschnittlich  
782 verständiger Nutzer:innen zu beurteilen. Der Basisdienst von Webshops weist z. B.  
783 eine Warenkorbfunktion und integrierte Zahlfunktionen auf. Diese sind allerdings erst  
784 dann von Nutzenden gewünscht, wenn tatsächlich ein Produkt in den Warenkorb  
785 gelegt oder eine Zahlfunktion ausgewählt wird. Zusatzdienste und -funktionen, die  
786 unabhängig vom Basisdienst individuell in Anspruch genommen werden können, wie  
787 z. B. ein Kontaktformular, ein Chat oder ein Kartendienst, werden ebenfalls nicht  
788 automatisch mit dem ersten Aufruf der Webseite oder App von Nutzer:innen  
789 gewünscht. Häufig haben Nutzende vor dem Aufruf des Angebots gar keine  
790 weitergehenden Kenntnisse über den genauen Dienstleistungs- und Funktionsumfang  
791 der Webseite oder App. Nutzer:innen „wünschen“ die beispielhaft genannten  
792 Zusatzdienste und -funktionen erst, wenn sie diese explizit in Anspruch nehmen, z. B.  
793 einen Chatbot anklicken, eine Merkliste anlegen oder ein Formular ausfüllen. Der  
794 ausdrückliche Wunsch der Nutzenden in Bezug auf diese Zusatzdienste und -  
795 funktionen muss sich daher in weiteren Handlungen ausdrücken. Dies bedeutet im  
796 Webseitenkontext, dass Nutzer:innen nicht jeden Zugriff auf ihre Endeinrichtung,  
797 insbesondere das Setzen von Cookies hinnehmen müssen, nur weil eine Webseite  
798 oder eine App aktiv aufgerufen wurde. Nutzer:innen müssen zunächst Kenntnis  
799 darüber erlangen (können), dass es Zusatzdienste und -funktionen gibt, zu deren  
800 Bereitstellung ein Zugriff auf die Endeinrichtung erforderlich ist, und eine  
801 Zusatzfunktion bewusst nutzen.

802 Schließlich können auf Webseiten oder Apps zusätzliche allgemeine Funktionen  
803 integriert sein, wie beispielsweise die Messung und/oder Analyse von Besucherzahlen  
804 oder A/B-Tests. Diese sind nicht per se dem Basisdienst zuzurechnen. Die  
805 Nutzer:innen können diese regelmäßig aber auch nicht bewusst wahrnehmen und  
806 daher nicht aktiv auswählen. Hier kommt es für die Bewertung darauf an, ob die  
807 konkreten, sehr differenziert zu betrachtenden Zwecke der Funktionen  
808 nutzerorientiert erfolgen.

809 Die dargestellte Aufspaltung in Basisdienst und Zusatzfunktionen dient als  
810 Hilfestellung für die vorzunehmende granulare Betrachtung des Telemediendienstes,  
811 an der sich Anbieter von Telemediendiensten orientieren können. Sie ermöglicht eine  
812 systematische und nachvollziehbare Prüfung, welche Bestandteile eines  
813 Telemediendienstes aufgrund welcher Handlung des Nutzers gegebenenfalls zu  
814 unterschiedlichen Zeitpunkten der Nutzung einer Webseite als von ihm ausdrücklich  
815 gewünscht einzustufen sind. Gleichzeitig wird der Prüfungsmaßstab der  
816 Aufsichtsbehörden hierdurch transparent dargelegt.

#### 817 **bb. Unbedingt erforderlich**

818 Das Merkmal „unbedingt erforderlich“ wird weder im TTDSG noch in der ePrivacy-RL  
819 näher definiert. In der Gesetzesbegründung zum TTDSG wird jedoch von einer  
820 technischen Erforderlichkeit ausgegangen, was ein strenges Verständnis nahelegt.<sup>46</sup>  
821 Dies bedeutet, dass auch für von Endnutzer:innen ausdrücklich gewünschte Dienste  
822 nur solche Zugriffe auf die Endeinrichtung von der Ausnahme umfasst sind, die  
823 technisch erforderlich sind, um gerade den gewünschten Dienst bereitzustellen.<sup>47</sup>  
824 Denn das Kriterium der Erforderlichkeit im Sinne der Vorschrift bezieht sich  
825 ausschließlich auf die Funktionalität des Telemediendienstes als solchen. Eine  
826 Ausnahme von der Einwilligungspflicht kann daher nicht dadurch begründet  
827 werden, dass das Speichern von oder der Zugriff auf Informationen im Endgerät  
828 wirtschaftlich für das Geschäftsmodell erforderlich ist, in das der Telemediendienst  
829 eingebunden ist.

830 Neben der Frage des „Ob“ hat das Kriterium der unbedingten Erforderlichkeit noch  
831 zeitliche, inhaltliche und personelle Dimensionen. In den Blick zu nehmen sind stets  
832 der Zeitpunkt der Speicherung (Wann?) und die Laufzeit des Cookies (Wie lange?), der  
833 Inhalt des Cookies (Was?) sowie die setzende Domäne eines Cookies, die darüber  
834 entscheidet, wer die Informationen auslesen kann (Für wen?). Der Zugriff auf die  
835 Endeinrichtung und der Zugriff auf die Informationen im Sinne der Norm sind  
836 hinsichtlich aller Dimensionen auf das erforderliche Minimum zu reduzieren.

837 Cookies für etwaige Zusatzfunktionen, z. B. zur Speicherung von Produkten im  
838 Warenkorb oder Durchführung einer Zahlung, können in Bezug auf die zeitliche  
839 Dimension regelmäßig erst dann als unbedingt erforderlich betrachtet werden, wenn  
840 eine entsprechende Nutzerinteraktion stattgefunden hat, also tatsächlich ein Artikel  
841 in den Warenkorb gelegt oder der Zahlprozess eingeleitet wurde. Für eine bloße  
842 Nutzung des Angebots, also z. B. das Stöbern in einem Webshop, ist es nicht  
843 erforderlich, dass die Warenkorb- und Zahlungsfunktionen bereits aktiviert sind. Auch  
844 wird bei individualisierten Cookies die Gültigkeit häufig nur für eine Session

---

<sup>46</sup> BT-Drs. 19/27441 S. 38, siehe auch DSB, FAQ zum Thema Cookies und Datenschutz, Stand 25.05.2022, abrufbar unter <https://www.dsb.gv.at/download-links/FAQ-zum-Thema-Cookies-und-Datenschutz.html>.

<sup>47</sup> Siehe hierzu auch Erwägungsgrund 66 der ePrivacy-RL: „Ausnahmen von der Informationspflicht und der Einräumung des Rechts auf Ablehnung sollten auf jene Situationen beschränkt sein, in denen die technische Speicherung oder der Zugriff unverzichtbar sind, um die Nutzung eines vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich angeforderten Dienstes zu ermöglichen“.

845 erforderlich sein. Gemäß § 19 Abs. 1 TTDSG ist grundsätzlich davon auszugehen,  
846 dass unter der Nutzung eines Telemediendienstes ein einzelner Nutzungsvorgang zu  
847 verstehen ist, also eine Session.<sup>48</sup> Eine regelmäßige Nutzung des Telemediendienstes  
848 durch bestimmte Endnutzer:innen kann grundsätzlich nur dann unterstellt werden,  
849 wenn es sich um einen anmeldepflichtigen Dienst handelt.

850 Ausgehend vom Zweck des § 25 TTDSG, die Privatsphäre bei Endeinrichtungen zu  
851 schützen, sind bei der inhaltlichen Dimension vor allem Prozesse zu hinterfragen, bei  
852 denen eindeutige Identifikations-Kennzeichnungen (Cookie-UIDs) vergeben werden,  
853 weil insbesondere diese Eingriffe in die Privatsphäre zur Folge haben. Für derartige  
854 Speicherungen besteht nur in wenigen Fällen eine unbedingte Erforderlichkeit, da  
855 viele Funktionen, die mittels der Speicherung von Informationen auf und dem  
856 Auslesen dieser von Endgeräten der Nutzenden umgesetzt werden sollen, ohne  
857 Individualisierung erfolgen können. So ist es beispielsweise nicht als erforderlich zu  
858 betrachten, dass für die Speicherung einer Einwilligung oder für Load-Balancing ein  
859 Cookie mit einer eindeutigen ID langfristig gespeichert wird und abgerufen werden  
860 kann. Gleiches gilt für das Speichern von Einstellungen zur Sprache oder Hintergrund-  
861 Farbe. Hierfür ist kein ein eindeutiges Identifizierungsmerkmal wie eine eindeutige  
862 User-ID erforderlich, sondern es reicht die Speicherung einer jeweils nicht  
863 identifizierenden Angabe wie z. B. „background-color: black“ oder „language: de“.

864 Auch die Frage, wer auf die Informationen zugreifen kann, ist mit Blick auf das  
865 Erforderlichkeitskriterium streng zu prüfen.

866 Cookies die als unbedingt erforderlich eingeordnet werden können, hingegen sind  
867 nutzerorientierte Sicherheitscookies. Diese werden bspw. verwendet, um wiederholt  
868 fehlgeschlagene Anmeldeversuche auf einer Website zu entdecken. Umfasst werden  
869 auch andere ähnliche Mechanismen, die das Login-System vor Missbrauch schützen  
870 sollen. Beim Einsatz derartiger Cookies ist zu beachten, dass diese  
871 Ausnahmeregelung nur dann greift, wenn die hier dargestellten Voraussetzungen  
872 vorliegen. Eine pauschale Klassifizierung als „Sicherheitscookie“ ist nicht ausreichend.  
873 Weiterhin gilt dies nicht für Cookies, die der Sicherheit von Websites oder Diensten  
874 Dritter dienen, die nicht ausdrücklich vom Nutzer angefordert wurden.

875 Im Zusammenhang mit der Speicherung von Einwilligungen, die von Nutzer:innen  
876 einer Webseite abgegeben werden, erfordert die Erfüllung der Nachweispflicht gemäß  
877 § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 DS-GVO keine  
878 langlebigen UID-Cookies. In der Regel genügt es, nachzuweisen zu können, dass und  
879 welche Prozesse implementiert wurden, um eine Einwilligung einzuholen und das  
880 Ergebnis in einem Cookie ohne UID oder sonstige überschießende Informationen  
881 abzulegen.

882 Die Darlegung der implementierten Prozesse umfasst nicht nur Informationen über  
883 die Einbindung eines Einwilligungs banners oder einer CMP, sondern es sind weitere

---

<sup>48</sup> Ein Nutzungsvorgang ist im Kontext von Webseiten üblicherweise dann beendet, wenn Nutzende die Webseite oder den Browser aktiv schließen.

884 Informationen wie unter anderem auch Art und Weise der Speicherung und des  
885 Auslesens von Nutzer:innen-Entscheidungen, eine Beschreibung der einzelnen  
886 technischen Abläufe und die zum Zeitpunkt der erteilten Einwilligung vorgelegten  
887 Informationen erforderlich. Es sollten daher auch überholte Banner-Texte und -  
888 Konfigurationen gespeichert werden, um als Nachweis darauf zurückgreifen zu  
889 können.

890 Zu beachten ist schließlich, dass es zwar möglich ist, zu verschiedenen Zwecken eine  
891 Information in einer Endeinrichtung zu speichern oder hierauf zuzugreifen, das heißt  
892 z. B. einen Cookie für verschiedene Zwecke zu verwenden. Doch kann ein solcher  
893 Mehrzweck-Cookie nur dann von der Einwilligungspflicht ausgenommen werden,  
894 wenn für jeden einzelnen Zweck, zu dem der Cookie verwendet wird, die  
895 Voraussetzungen der Ausnahme nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG vorliegen.<sup>49</sup>

### 896 **c) Anwendungsbeispiele und Prüfkriterien**

897 Auf Webseiten und Apps werden zahlreiche Verfahren und Drittdienste eingesetzt, die  
898 in den Anwendungsbereich von § 25 TTDSG fallen und mit denen sehr  
899 unterschiedliche Zwecke verfolgt werden. Dabei haben sich mittlerweile einige  
900 Bezeichnungen und Formulierungen entwickelt, die regelmäßig verwendet werden um  
901 diese Dienste zu kategorisieren, wie z. B. Reichweitenmessung,  
902 Webseitenoptimierung, Betrugssicherheit und personalisierte Services. Aus Sicht der  
903 Verantwortlichen wäre es wünschenswert, wenn die Aufsichtsbehörden eine Aussage  
904 dazu treffen würden, ob beispielsweise eine Reichweitenmessung gemäß § 25 Abs. 2  
905 Nr. 2 TTDSG grundsätzlich ohne Einwilligung der Endnutzer:innen einer Webseiten  
906 eingesetzt werden darf. Aus mehreren Gründen finden sich in dieser  
907 Orientierungshilfe keine derartigen Aussagen. Dies wird nachfolgend am Beispiel der  
908 Reichweitenmessung verdeutlicht.

909 Erstens sind die üblicherweise herangezogenen Bezeichnungen zu unbestimmt. Die  
910 Reichweitenmessung stammt ursprünglich aus dem Bereich der analogen Medien. Bei  
911 Pressemedien und Fernsehsendungen wird lediglich die Anzahl erfasst, wie viele  
912 Leser:innen, Zuschauer:innen und Zuhörer:innen das jeweilige Medienangebot  
913 erreicht hat. Bei Pressemedien und Büchern werden zunächst Verkaufszahlen  
914 ermittelt. Im Rundfunk und im Hinblick auf die Zahl der tatsächlichen Leser:innen gab  
915 es zumindest in der analogen Welt keine unmittelbare technische Möglichkeit, um zu  
916 ermitteln, welche Zuschauer:innen oder Zuhörer:innen welches Rundfunkprogramm  
917 eingeschaltet und welche Leser:innen welches Printmedium gelesen haben, so dass in  
918 einigen repräsentativen Haushalten Umfragen als Grundlage für die Berechnung von  
919 Einschaltquoten vorgenommen wurden. Übertragen auf den Webseitenkontext  
920 entsprechen Einschaltquoten einer reinen Zählung, wie häufig eine Webseite  
921 aufgerufen wird (page impression). Dafür reicht es aus, bei jedem Abruf einer Seite  
922 den Zähler für diese Seite um Eins zu erhöhen, auf der Basis von Logfiles ohne

---

<sup>49</sup> S. Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 04/2012 zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht (WP 194), S. 6.

923 personenbezogene Daten die Zahl der jeweiligen Seitenabrufe zu ermitteln oder ein  
924 einfaches Zählpixel (des direkt aufgerufenen Telemedienangebots) auf der Webseite  
925 zu implementieren, durch das keine weiteren Nutzerdaten erfasst werden. Angebote  
926 von Drittdienstleistern zur Reichweitenmessung auf Webseiten oder in Apps  
927 verarbeiten allerdings regelmäßig (teils sehr weitgehende) Informationen über  
928 Nutzende und stellen auf Basis dieser Informationen deutlich mehr  
929 Auswertungsergebnisse zur Verfügung. Die Auswertungen können grob  
930 unterschieden werden in Informationen über Besuchende, z. B. Geräte, Software,  
931 Zeiten, Benutzer-IDs und benutzerdefinierte Variablen, und Informationen über das  
932 Verhalten der Nutzenden auf der Webseite oder in der App, wie z. B. Einstiegs- und  
933 Ausstiegsseiten, Seitentitel, interne Suchen, Downloads und Eingaben. Diese  
934 Informationen werden zur Gewinnung weiterer Erkenntnisse verwendet, wie  
935 beispielsweise zur Analyse und Auswertung der durchschnittlichen Aufenthaltsdauer,  
936 Anzahl abgesprungener Besucher:innen, Aktionen pro Besuch, Seitenansichten,  
937 interne Suchen, Downloads oder auch auf welchem Weg die Nutzenden die Webseite  
938 aufgerufen haben.<sup>50</sup>

939 Im Webseiten- und App-Kontext hat sich die ursprüngliche Reichweitenmessung daher  
940 unter Verwendung zahlreicher, häufig individualisierter Informationen zu einer  
941 Reichweitenanalyse mit nicht fest definiertem Umfang entwickelt, die um beliebige  
942 Kriterien ergänzt werden kann. Eine Festlegung, ob eine „Reichweitenmessung“ ohne  
943 Einwilligung rechtmäßig ist, kann allenfalls für eine genau definierte Konfiguration  
944 und Zweckbestimmung getroffen werden. Diese wäre nicht mehr gültig, wenn weitere  
945 Informationen über Nutzende oder ein weiteres Auswertungsergebnis hinzukommt.

946 Selbst wenn es ein einheitliches Verständnis über den Begriff der Reichweitenmessung  
947 oder der Reichweitenanalyse gäbe, bestünde zweitens das Problem, dass damit ganz  
948 unterschiedliche Zwecke verfolgt werden können. Grundsätzlich wird das Ziel  
949 verfolgt, mit Erkenntnissen aus der Vergangenheit Entscheidungen für die Zukunft zu  
950 treffen, die sowohl den Interessen der Anbieter:innen des Telemedienangebots, der  
951 Nutzenden oder auch von Dritten dienen können. Reichweitenanalysen von Webseiten  
952 werden z. B. eingesetzt, um Geschäftsmodelle zu entwickeln, den Verkaufswert von  
953 Werbeflächen zu bestimmen, häufig aufgerufene Inhalte besser zu platzieren,  
954 Fehlfunktionen zu erkennen, den Umfang von gesetzlich geregelten  
955 Leistungsschutzrechten der Autor:innen veröffentlichter Beiträge zu erfassen und  
956 vieles mehr. Der Zweck, für den die „Reichweitenmessung“ verwendet wird, ist  
957 allerdings maßgeblich für die Beantwortung der Frage, ob ein ausdrücklich von  
958 dem/der Nutzer:in gewünschter Telemediendienst anzunehmen ist. Selbst die  
959 einfache Messung von Besucherzahlen ist daher nicht per se als Bestandteil des  
960 Basisdienstes einzustufen, sondern abhängig vom jeweils konkret verfolgten Zweck.  
961 Die fehlerfreie Auslieferung der Webseite kann beispielsweise vom Nutzerwunsch

---

<sup>50</sup> Bspw. über eine Suchmaschine, ein soziales Netzwerk, eine andere Webseite oder von der internen Suche.

962 umfasst sein, während die Wirtschaftlichkeit von Werbeanzeigen im Regelfall nur den  
963 primären Interessen des Webseitenbetreibers dient.

964 Zusatzprobleme ergeben sich dadurch, dass von den Anbieter:innen der Telemedien  
965 mit dem Einsatz einzelner Cookies häufig mehrere Zwecke verfolgt werden und  
966 eingebundene Drittdienstleister wiederum weitere eigene Zwecke mit den  
967 Informationen aus den Cookies verfolgen können.

968 Bei der Einbindung von Drittdiensten besteht drittens das Problem, dass der Vorgang  
969 des Speicherns von Informationen auf dem Endgerät der Nutzenden und das Auslesen  
970 dieser Informationen häufig nicht nur einem Dienst mit einer klar bestimmbar  
971 Funktion zuzuordnen ist, sondern die Basis für mehrere Dienste darstellt. Als Beispiel  
972 bieten sich hier die Anbieter von Consent-Management-Plattformen an. Deren  
973 Produktpalette umfasst in vielen Fällen beispielsweise auch Marketingdienste. Beim  
974 Einsatz eines CMP wird häufig ein Cookie gesetzt, der eine eindeutige  
975 Benutzerkennung aufweist, obwohl dies für den Zweck der Speicherung des  
976 Einwilligungsstatus nicht erforderlich ist. In diesem Fall drängt sich die Vermutung  
977 auf, dass derselbe Cookie auch für den Marketingdienst verwendet werden kann. Ob  
978 dies dann der Fall ist, kann von Nutzer:innen der Webseite nicht unmittelbar  
979 festgestellt werden.

980 Im Folgenden werden aus Sicht der Aufsichtsbehörden die maßgeblichen Prüfkriterien  
981 zusammengefasst, die von Anbieter:innen von Telemedien bei der Bewertung  
982 berücksichtigt werden sollten, ob eine Ausnahme gemäß § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG  
983 vorliegt.

984 Maßgebliche Kriterien für die Bestimmung des von Endnutzer:innen ausdrücklich  
985 gewünschten Telemediendienstes:

- 986 • Granulare Festlegung, für welche Funktion des Telemediendienstes welcher  
987 konkrete Speicher- und Auslesevorgang von Informationen auf dem Endgerät  
988 erfolgt.
- 989 • Bestimmung, wessen primären Interessen diese Funktion dient: den eigenen  
990 Interessen der Anbieter:innen, den Interessen der Nutzenden der Webseite, den  
991 Interessen des eingebundenen Drittdienstleisters oder den Interessen von  
992 Dritten.

993 Maßgebliche Kriterien für die Bestimmung der unbedingten Erforderlichkeit:

- 994 • Zeitpunkt der Speicherung – Wann darf der Auslese- und Speichervorgang  
995 stattfinden?

996 Der Speicher- und Auslesevorgang von Informationen auf dem Endgerät darf  
997 erst dann beginnen, wenn die konkrete Funktion des Telemediendienstes von  
998 Nutzenden tatsächlich in Anspruch genommen wird.

- 999 • Inhalt der Informationen – Welche Informationen werden gespeichert und  
1000 ausgelesen?

1001 Die gespeicherten und ausgelesenen Informationen müssen bezogen auf die  
 1002 granular festgelegte Funktion des Telemediendienstes unbedingt erforderlich  
 1003 sein. Insbesondere beim Einsatz von Cookies ist nicht allgemein darauf  
 1004 abzustellen, dass ein Cookie gesetzt oder ausgelesen wird, sondern die im  
 1005 Cookie gespeicherte Informationen ist maßgeblich.

1006 • Dauer der Speicherung der Informationen – Wie lange werden Informationen  
 1007 auf den Endgeräten gespeichert und für welchen Zeitraum können sie  
 1008 ausgelesen werden?

1009 Der Zeitraum der Speicherung darf nur so lang gewählt werden wie für die  
 1010 Umsetzung der granularen Funktion des Telemediendienstes erforderlich. In  
 1011 Bezug auf den Einsatz von Cookies ist dieser Zeitraum durch deren Laufzeit  
 1012 von vornherein festzulegen. Grundsätzlich sind Session-Cookies eher  
 1013 erforderlich als langlebige Cookies.

1014 • Auslesbarkeit der Informationen – Für wen sind Informationen vom Endgerät  
 1015 auslesbar und verwertbar?

1016 Werden Informationen auf dem Endgerät der Nutzenden bei der  
 1017 Inanspruchnahme eines Telemediums gespeichert, muss technisch  
 1018 sichergestellt werden, dass diese nachfolgend grundsätzlich nur von den  
 1019 Betreiber:innen der jeweiligen Webseite ausgelesen werden können. Bei Third-  
 1020 Party-Cookies ist dies gerade nicht der Fall, so dass sichergestellt sein muss,  
 1021 dass Drittdienstleister die ausgelesenen Informationen grundsätzlich  
 1022 ausschließlich für die von Nutzenden aufgerufenen Webseite verwenden.

#### 1023 **IV. Rechtmäßigkeit der Verarbeitung gemäß DS-GVO**

1024 Wenn durch Anbieter:innen von Telemedien personenbezogene Daten (die z. B. unter  
 1025 Verwendung von Cookies und ähnlichen Technologien erhoben wurden) verarbeitet  
 1026 werden, beispielsweise um das individuelle Verhalten von Nutzenden zu verfolgen,  
 1027 sind hierfür die allgemeinen Vorgaben der DS-GVO zu beachten. Zur Vereinfachung  
 1028 wird für Verarbeitungsprozesse zur Verfolgung des Verhaltens von Nutzenden  
 1029 nachfolgend der Begriff „Tracking“ verwendet.<sup>51</sup>

1030 Grundsätzlich sind verschiedenen Vorgänge zu unterscheiden. Im Kontext von  
 1031 Onlineangeboten ist dabei zunächst die Speicherung von Informationen in der  
 1032 Endeinrichtung oder der Zugriff auf Informationen die bereits in der Endeinrichtung  
 1033 gespeichert sind und der sich anschließenden Verarbeitung personenbezogener  
 1034 Daten zu unterscheiden. Die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung  
 1035 oder der Zugriff auf Informationen die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind,  
 1036 unterfällt dem Anwendungsbereich des TTDSG. Unberührt davon bleibt die Frage der  
 1037 Rechtmäßigkeit der nachfolgenden Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die

---

<sup>51</sup> Dieses Begriffsverständnis wird auch von den europäischen Aufsichtsbehörden zugrunde gelegt, s. EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 4.

1038 als Folge des Auslesens von Informationen aus den Endgeräten erlangt und  
1039 anschließend verarbeitet werden. Diese unterliegt den Anforderungen des  
1040 Datenschutzrechts, das heißt insbesondere der DS-GVO.<sup>52</sup>

1041 Erfordert die Speicherung von oder der Zugriff auf Informationen, die bereits in der  
1042 Endeinrichtungen gespeichert sind, die Einwilligung der Nutzenden nach § 25 Abs. 1  
1043 TTDSG, müssen sämtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen gemäß der Verordnung (EU)  
1044 2016/679 vorliegen. Sofern keine Einwilligung erteilt wurde oder  
1045 Wirksamkeitsmängel der Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG festgestellt werden,  
1046 wirkt dies auf die nachgelagerte Verarbeitung fort. Datenverarbeitungen, die  
1047 nachgelagert auf der Speicherung von oder durch den Zugriff auf Informationen in  
1048 der Endeinrichtung basieren, können nur rechtmäßig erfolgen, wenn die vorgelagerte  
1049 Verarbeitung nach dem TTDSG rechtmäßig ist.<sup>53</sup> In derartigen Konstellationen muss  
1050 im Rahmen der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung nach der DS-GVO inzident  
1051 geprüft werden, ob die vorgelagerten Vorgänge der Speicherung oder des Auslesens  
1052 von Informationen rechtmäßig stattgefunden hat. Denn schon das Einfallstor, um die  
1053 nachgelagerte Verarbeitung überhaupt durchführen zu können, wurde von den  
1054 Nutzenden nicht „geöffnet“. Dies muss ferner gelten, wenn eine Einwilligung zwar  
1055 erteilt wurde, diese jedoch unter Wirksamkeitsmängeln leidet. Auch hier liegt keine  
1056 Konstellation vor, die eine nachgelagerte Verarbeitung nach der DS-GVO legitimieren  
1057 könnte.

1058 DS-GVO und TTDSG haben zwar unterschiedliche Schutzgegenstände und -zwecke,  
1059 gleichzeitig aber überschneidende Anwendungsbereiche.<sup>54</sup> Die Unterschiede in der  
1060 Schutzrichtung müssen bei der rechtlichen Betrachtung der verschiedenen Zugriffs-  
1061 und Verarbeitungsphasen berücksichtigt, können aber, wie oben aufgezeigt, nicht  
1062 komplett isoliert voreinander betrachtet werden.

1063 Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nur dann rechtmäßig, wenn  
1064 mindestens eine der Bedingungen des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO erfüllt ist. Sämtliche der  
1065 in dieser Norm genannten Rechtsgrundlagen stehen gleichrangig und gleichwertig  
1066 nebeneinander. Für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch nicht-  
1067 öffentliche Verantwortliche bei der Erbringung von Telemediendiensten kommt es  
1068 grundsätzlich in Betracht, sich auf eine Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-  
1069 GVO, auf vertragliche Verpflichtungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO oder auf  
1070 überwiegende berechnete Interessen gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO zu berufen.

1071 Zu beachten ist, dass mit der Einbindung von Drittinhalten auf Webseiten regelmäßig  
1072 eine Offenlegung personenbezogener Daten an Betreiber:innen des jeweiligen  
1073 Drittservers verbunden ist. Für diese Datenverarbeitung ist gemäß Art. 6 Abs. 1 DS-  
1074 GVO eine Rechtsgrundlage erforderlich. Typische Beispiele für solche Drittinhalte sind

---

<sup>52</sup> Drucksache 19/27441, S. 38.

<sup>53</sup> Leitlinien 01/2020 zur Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit vernetzten Fahrzeugen und mobilitätsbezogenen Anwendungen, Version 2.0, Rz. 49 f.

<sup>54</sup> Grages, CR 2021, 834.

1075 Werbeanzeigen, Schriftarten, Skripte, Stadtpläne, Videos, Fotos oder Inhalte von  
1076 Social-Media-Diensten.

1077 **Hinweis: Rechenschaftspflicht**

1078 Verantwortliche müssen im Rahmen ihrer Rechenschaftspflicht nach Art. 5 Abs. 2 DS-  
1079 GVO nachweisen können, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten  
1080 rechtmäßig erfolgt. Dies bedeutet, dass Verantwortliche vorab prüfen und  
1081 dokumentieren müssen, auf welchen Erlaubnistatbestand sie die Verarbeitung  
1082 stützen. Die betroffenen Personen müssen gemäß Art. 13 f. DS-GVO über die  
1083 Rechtsgrundlagen für sämtliche Verarbeitungen ihrer personenbezogenen Daten  
1084 informiert werden.

1085 **1. Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO – Einwilligung**

1086 Die formalen und inhaltlichen Anforderungen an eine wirksame Einwilligung ergeben  
1087 sich sowohl für die telemedienspezifischen als auch die datenschutzrechtlich  
1088 relevanten Prozesse aus Art. 4 Abs. 1 Nr. 11 i. V. m. Art. 7 und 8 DS-GVO.<sup>55</sup> Demnach  
1089 ist eine Einwilligung jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und  
1090 unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer  
1091 sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu  
1092 verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden  
1093 personenbezogenen Daten einverstanden ist.

1094 Für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Einwilligung sind daher grundsätzlich  
1095 diejenigen Maßstäbe anzulegen, die bereits oben unter III.2. dargestellt wurden – mit  
1096 der Maßgabe, dass die Einwilligung durch die betroffene Person zu erteilen ist und  
1097 die zur Verfügung gestellten Informationen sich eindeutig auf  
1098 Datenverarbeitungsprozesse (und nicht lediglich den technischen Einsatz von Cookies  
1099 o. Ä.) beziehen müssen.<sup>56</sup>

1100 **2. Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO – Vertrag**

1101 Die Verarbeitung personenbezogener Daten des Vertragspartners auf vertraglicher  
1102 Grundlage gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO ist nur möglich, wenn die  
1103 Datenverarbeitung zur Erfüllung eines Vertrages oder im Rahmen vorvertraglicher  
1104 Maßnahmen erforderlich ist, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen. Mit der  
1105 Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO im  
1106 Zusammenhang mit der Bereitstellung von Online-Diensten hat sich bereits der  
1107 Europäische Datenschutzausschuss vertieft beschäftigt. Die Ausführungen in den

---

<sup>55</sup> Zur Abgrenzung der Prozesse, siehe bereits oben unter I. und II.2.

<sup>56</sup> Zur Bündelung von Einwilligungen gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG und Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO siehe III.1.e).

1108 Leitlinien 2/2019 können daher durch Anbieter:innen von Telemedien als  
1109 Prüfungsmaßstab herangezogen werden.<sup>57</sup>

### 1110 **3. Art. 6 Abs. 1 lit. c) DS-GVO – Rechtliche Verpflichtung**

1111 Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten ist gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c) DS-  
1112 GVO rechtmäßig, wenn sie zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich  
1113 ist, der der Verantwortliche unterliegt. Das bedeutet, dass Art. 6 Abs. 1 lit. c) DS-GVO  
1114 allein keine Verarbeitung personenbezogener Daten rechtfertigen kann, sondern  
1115 diese muss ergänzend durch eine gesetzliche Rechtsgrundlage – die rechtliche  
1116 Verpflichtung – erlaubt werden. Erforderlich ist, dass sich die in einer Vorschrift  
1117 normierte Verpflichtung unmittelbar auf die Datenverarbeitung bezieht. Allein der  
1118 Umstand, dass ein Verantwortlicher, um irgendeine rechtliche Verpflichtung erfüllen  
1119 zu können, auch personenbezogene Daten verarbeiten muss, reicht demgegenüber  
1120 nicht aus.

### 1121 **4. Art. 6 Abs. 1 lit. e) DS-GVO – Wahrnehmung öffentlicher Interessen**

1122 Art. 4 Abs. 1 lit. e) DS-GVO rechtfertigt eine Datenverarbeitung personenbezogener  
1123 Daten, die für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist und die im öffentlichen  
1124 Interesse liegt. Ob eine Aufgabe im öffentlichen Interesse besteht, die eine  
1125 Verarbeitung personenbezogener Daten erfordert, bestimmt jedoch nicht der  
1126 Verantwortliche selbst. Sowohl lit. e) als auch lit. c) können als  
1127 „direkte“ Rechtsgrundlage nicht herhalten, vielmehr ist der eigentliche  
1128 Erlaubnistatbestand in der „Rechtsgrundlage für die Verarbeitungen“ der Union oder  
1129 des Mitgliedstaats zu sehen. Die Datenverarbeitung muss durch die gesetzliche  
1130 Rechtsgrundlage erlaubt werden, die sie nur zulässt, wenn sie für die Wahrnehmung  
1131 einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt. Dieser Zweck der  
1132 Datenverarbeitung muss wiederum nach Abs. 3 S. 2 in der Rechtsgrundlage explizit  
1133 festgelegt sein.<sup>58</sup>

### 1134 **5. Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO – Überwiegende berechtigte Interessen**

1135 Bei der Verarbeitung personenbezogener Daten auf der Grundlage des Art. 6 Abs. 1  
1136 lit. f) DS-GVO ist zu berücksichtigen, dass die Vorschrift keinen Auffangtatbestand  
1137 darstellt. Sie kann daher gleichwertig neben den anderen Erlaubnistatbeständen  
1138 herangezogen werden.

1139 Die Verarbeitung ist nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO rechtmäßig, wenn dies zur  
1140 Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten

---

<sup>57</sup> EDSA, Leitlinien 02/2019 zur Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b DS-GVO im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Online-Diensten für betroffene Personen, Version 2.0, Rn. 48 ff.

<sup>58</sup> Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht 1. Auflage 2019, Rn. 70, 71.

1141 erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der  
1142 betroffenen Person überwiegen. Ob die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-  
1143 GVO erfüllt sind, ist anhand einer dreistufigen Prüfung zu ermitteln:

- 1144 1. Stufe: Vorliegen eines berechtigten Interesses des Verantwortlichen oder eines  
1145 Dritten
- 1146 2. Stufe: Erforderlichkeit der Datenverarbeitung zur Wahrung dieses Interesses
- 1147 3. Stufe: Abwägung mit den Interessen, Grundrechten und Grundfreiheiten der  
1148 betroffenen Person im konkreten Einzelfall

1149 Im Kontext des Trackings sind in der Praxis nur in wenigen Konstellationen die  
1150 Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO erfüllt.

1151 Die Interessenabwägung im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO verlangt eine  
1152 substantielle Auseinandersetzung mit den Interessen, Grundrechten und  
1153 Grundfreiheiten der Beteiligten und muss auf den konkreten Einzelfall bezogen sein.  
1154 Obwohl pauschale Feststellungen, dass eine Datenverarbeitung gemäß Art. 6 Abs. 1  
1155 lit. f) DS-GVO zulässig sei, diese gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllen, sind diese  
1156 häufig in Datenschutzerklärungen von Telemedienanbieter:innen zu finden.

1157 Darüber hinaus ist in Fällen, in denen Drittdienstleister beim Tracking als  
1158 Auftragsverarbeiter eingebunden werden, darauf zu achten, ob diese Dienstleister  
1159 Daten der betroffenen Personen auch zu eigenen Zwecken verarbeiten (z. B. um  
1160 eigene Dienste zu verbessern oder Interessensprofile zu erstellen). In diesem Fall –  
1161 und selbst wenn sich der Drittdienstleister sich dies nur abstrakt vorbehält – wird der  
1162 Rahmen einer Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DS-GVO überschritten. Für die  
1163 Übermittlung personenbezogener Daten – und sei es nur der IP-Adresse – an diese  
1164 Drittdienstleister kann Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO sodann in der Regel keine wirksame  
1165 Rechtsgrundlage bilden.

1166 Da diese Rechtsgrundlage regelmäßig nur im Einzelfall und nur bei einer  
1167 entsprechend aussagekräftigen Abwägung herangezogen werden kann, wird die  
1168 Prüfung der Voraussetzungen in dieser Orientierungshilfe nicht weiter vertieft.

## 1169 **6. Übermittlungen personenbezogener Daten an Drittländer**

1170 Zu beachten ist schließlich, dass sich die vorgenannte Rechtmäßigkeitsprüfung  
1171 lediglich auf die Verarbeitung der Daten innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums  
1172 bezieht. Stets muss daher zusätzlich geprüft werden, ob es bei der jeweiligen  
1173 Datenverarbeitung zu einer Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer  
1174 kommt. Dies ist insbesondere bei der Einbindung von Dritt-Inhalten, die durch große  
1175 Anbieter bereitgestellt werden, oft der Fall. Problematisch ist dies insbesondere, wenn  
1176 für diese Länder, wie z. B. die USA, kein Angemessenheitsbeschluss der europäischen  
1177 Kommission besteht. Der Europäische Gerichtshof hat mit seinem Urteil vom 16. Juli  
1178 2020 in der Rechtssache „Schrems II“ (C-311/18) den Beschluss der Europäischen  
1179 Kommission zum Privacy Shield für ungültig erklärt und die hohen Hürden für den

1180 datenschutzkonformen Transfer personenbezogener Daten in Drittländer  
1181 verdeutlicht.

1182 Eine Übermittlung von personenbezogenen Daten in die USA und andere Drittländer  
1183 ohne durch die EU-Kommission anerkanntes Datenschutzniveau darf daher nur  
1184 vorbehaltlich geeigneter Garantien, wie z. B. Standarddatenschutzklauseln, oder bei  
1185 Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes für bestimmte Fälle gemäß Art. 49 DS-GVO  
1186 erfolgen. Zu beachten ist, dass der reine Abschluss von Standarddatenschutzklauseln  
1187 wie den von der EU-Kommission beschlossenen Standardvertragsklauseln nicht  
1188 ausreicht. Es ist darüber hinaus im Einzelfall zu prüfen, ob das Recht oder die Praxis  
1189 des Drittlandes den durch die Standardvertragsklauseln garantieren Schutz  
1190 beeinträchtigen und ob ggf. ergänzende Maßnahmen zur Einhaltung dieses  
1191 Schutzniveaus zu treffen sind. Eine detaillierte Anleitung zum Vorgehen bei der  
1192 erforderlichen Prüfung hat der Europäische Datenschutzausschuss veröffentlicht.<sup>59</sup>  
1193 Gerade im Zusammenhang mit der Einbindung von Dritt-Inhalten und der Nutzung  
1194 von Tracking-Dienstleistungen werden allerdings oft keine ausreichenden  
1195 ergänzenden Maßnahmen möglich sein. In diesem Fall dürfen die betroffenen Dienste  
1196 nicht genutzt, also auch nicht in die Webseite eingebunden werden.<sup>60</sup>  
1197 Personenbezogene Daten, die im Zusammenhang mit der regelmäßigen  
1198 Nachverfolgung von Nutzerverhalten auf Webseiten oder in Apps verarbeitet werden,  
1199 können grundsätzlich nicht auf Grundlage einer Einwilligung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a)  
1200 DS-GVO in ein Drittland übermittelt werden. Umfang und Regelmäßigkeit solcher  
1201 Transfers widersprechen regelmäßig dem Charakter des Art. 49 DS-GVO als  
1202 Ausnahmegesetz und den Anforderungen aus Art. 44 S. 2 DS-GVO.<sup>61</sup>

## 1203 **V. Gestaltung von Einwilligungsbannern**

1204 Die Abfrage einer Einwilligung erfolgt in der Praxis regelmäßig dadurch, dass beim  
1205 ersten Aufruf einer Webseite oder einer App ein Banner oder ähnliches grafisches  
1206 Element mit Informationen und Schaltflächen angezeigt wird. Mit solchen  
1207 Einwilligungsbannern wird seit der Einführung des Telekommunikation-Telemedien-  
1208 Datenschutzgesetzes meist sowohl eine Einwilligung für den Einsatz von Cookies und  
1209 ähnlichen Technologien gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG als auch für nachfolgende  
1210 Datenverarbeitungsprozesse gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO abgefragt.

1211 Nicht jeder Einsatz von Cookies oder das anschließende Tracking ist per se  
1212 einwilligungsbedürftig. Daher sollten entsprechende Einwilligungsbanner nur  
1213 eingesetzt werden, wenn tatsächlich eine Einwilligung notwendig ist. Andernfalls  
1214 entsteht der missverständliche Eindruck, dass die betroffenen Personen eine Wahl

---

<sup>59</sup> EDSA, Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data, Version 2.0.

<sup>60</sup> Vgl. die Anwendungsfälle 6 und 7 des Anhangs 2 der Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data, Version 2.0.

<sup>61</sup> EDSA, Leitlinien 2/2018 zu den Ausnahmen nach Artikel 49 der Verordnung 2016/679, S. 4.

1215 haben und mit ihrer Entscheidung die technischen Prozesse und Datenverarbeitungen  
1216 beeinflussen können, obwohl dies nicht gegeben ist.

## 1217 **1. Allgemeine Anforderungen**

1218 Damit eine wirksame Einwilligung über ein Einwilligungsbanner entsprechend der  
1219 oben genannten Kriterien für § 25 Abs. 1 TTDSG und für Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO  
1220 eingeholt werden kann, sind insbesondere folgende Hinweise zu beachten:

1221 Beim erstmaligen Öffnen einer Webseite oder App erscheint in der Regel, unabhängig  
1222 davon, ob die Startseite oder eine Unterseite aufgerufen wird, das Einwilligungsbanner  
1223 beispielsweise als eigenes HTML-Element. In der Regel besteht dieses Element aus  
1224 einer Übersicht aller einwilligungsbedürftigen Zugriffe auf die Endeinrichtung  
1225 entsprechend § 25 Abs. 1 TTDSG und aller Verarbeitungsvorgänge, die auf die  
1226 Rechtsgrundlage Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO gestützt werden. Hierbei müssen die  
1227 beteiligten Akteure<sup>62</sup> und deren Funktion ausreichend erklärt werden und über ein  
1228 Auswahlmenü aktiviert werden können. Aktivieren bedeutet in diesem  
1229 Zusammenhang, dass die Auswahlmöglichkeiten nicht „aktiv“ voreingestellt sein  
1230 dürfen.

1231 Die Informationen können entsprechend dem Mehrebenenansatz des EDSA gestuft  
1232 erteilt werden, auf erster Ebene sind jedoch im Regelfall folgende Informationen  
1233 erforderlich:

- 1234 • konkrete Zwecke der Verarbeitung,
- 1235 • wenn individuelle Profile angelegt und mit Daten von anderen Webseiten  
1236 zu umfassenden Nutzungsprofilen angereichert werden,
- 1237 • wenn Daten auch außerhalb des EWR verarbeitet werden und
- 1238 • an wie viele Verantwortliche die Daten offengelegt werden.

1239 Sofern auf der Webseite Drittdienste eingesetzt werden, ist es nicht ausreichend, wenn  
1240 allgemein darauf hingewiesen wird, dass Informationen an „Partner“ weitergegeben  
1241 werden. Sollten die Drittdienste beispielsweise für die Zwecke des Nutzertrackings,  
1242 Erstellung von Nutzerprofilen insbesondere für Marketingzwecke und individualisierte  
1243 Werbeeinblendungen auf der Webseite eingesetzt werden, genügt eine Information,  
1244 dass die Drittdienste „die Informationen möglicherweise mit weiteren Daten  
1245 zusammenführen“ nicht. Eine informierte Einwilligung erfordert in diesem Fall, die  
1246 Zwecke der Verarbeitung konkret zu erläutern, insbesondere darauf hinzuweisen,  
1247 wenn individuelle Profile angelegt und mit Daten von anderen Webseiten zu  
1248 umfassenden Nutzungsprofilen angereichert werden. Werden Drittdienstleister  
1249 eingebunden, sind diese einzeln zu benennen. Als Mindestanforderung wird die  
1250 Zweckbeschreibung erwartet, die von den jeweiligen Drittdienstleistern z. B. in den  
1251 Nutzungsbedingungen bereitgestellt werden.

---

<sup>62</sup> siehe Fußnote 27, S. 12.

1252 Während das Einwilligungsbanner angezeigt wird, werden zunächst keine  
1253 weitergehenden Skripte einer Webseite oder einer App, die potenziell auf die  
1254 Endgeräte der Nutzenden zugreifen (TTDSG) oder durch die personenbezogene Daten  
1255 verarbeitet werden (DS-GVO) und insbesondere auch keine Inhalte von fremden  
1256 Servern geladen, soweit eine Einwilligung hierfür erforderlich ist. Der Zugriff auf  
1257 Impressum und Datenschutzerklärung darf durch das Einwilligungsbanner nicht  
1258 behindert werden.

1259 Erst wenn Nutzer:innen ihre Einwilligung(en) durch eine aktive Handlung, wie zum  
1260 Beispiel das Setzen von Häkchen im Einwilligungsbanner oder den Klick auf eine  
1261 Schaltfläche abgegeben haben, dürfen Informationen auf den Endgeräten gespeichert  
1262 oder aus diesem ausgelesen werden, sowie die einwilligungsbedürftige  
1263 Datenverarbeitung tatsächlich stattfinden.

1264 Sofern eine Einwilligung entsprechend § 25 Abs. 1 TTDSG und für eine nachfolgende  
1265 Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO durch eine Handlung erteilt werden soll,  
1266 ist darüber zu informieren.

1267 Eine Ablehnfunktion auf erster Ebene ist aus Sicht der Aufsichtsbehörden nicht  
1268 generell erforderlich, sondern nur dann, wenn Nutzer:innen mit dem  
1269 Einwilligungsbanner interagieren müssen, um den Besuch der Webseite fortzusetzen.  
1270 Sofern durch das Banner keine Webseitenbereiche versperrt und die Inhalte  
1271 zugänglich sind, mithin keine Aktion der Nutzer:innen erforderlich ist, kann eine  
1272 Ablehnmöglichkeit auf erster Ebene entbehrlich sein. Dabei ist zu berücksichtigen,  
1273 dass sich Einwilligungsbanner je nach genutzten Endgeräten und Browsern  
1274 unterschiedlich angezeigt werden und sich entsprechend unterschiedlich auswirken  
1275 können. Sofern nicht beispielsweise eine Nutzung der Webseite mit mobilen  
1276 Endgeräten technisch ausgeschlossen wird, darf das Einwilligungsbanner auch auf  
1277 kleinen Displays nicht dazu führen, dass Webseitenbereiche versperrt werden oder  
1278 Inhalte nicht zugänglich sind.

1279 Weiterhin ist eine Ablehnfunktion auf erster Ebene nicht erforderlich, wenn die  
1280 Einwilligung erst auf einer anderen Ebene erteilt werden kann. Es ist daher eine Frage  
1281 der Gestaltung des Einwilligungsbanners und eine Einzelfallbetrachtung. Jedoch sind  
1282 im Hinblick auf gängige Ausgestaltungen der Einwilligungsbanner sehr häufig die  
1283 Voraussetzungen erfüllt, die eine Ablehnfunktion auf erster Ebene erfordern.

1284 Da eine Einwilligung widerruflich ist, muss eine entsprechende Möglichkeit zur  
1285 Ausübung des Widerrufs implementiert werden. Der Widerruf muss so einfach  
1286 möglich sein wie die Erteilung der Einwilligung, Art. 7 Abs. 3 S. 4 DS-GVO.<sup>63</sup>

## 1287 **2. Konkrete Gestaltung von Einwilligungsbannern**

1288 Es gibt keinen allgemeinen Standard für die Gestaltung von Einwilligungsbannern in  
1289 Bezug auf Farbe, Größe oder Kontraste, sodass ein gewisser Spielraum für

---

<sup>63</sup> Siehe hierzu OH Telemedien Kapitel III. 2. g) "Möglichkeit zum Widerruf der Einwilligung".

1290 Verantwortliche verbleibt. Eine Verhaltenssteuerung durch die Gestaltung, die  
1291 allgemein als Nudging bezeichnet wird, ist daher nicht generell unzulässig. Sie findet  
1292 jedoch dort ihre Grenzen, wo die Voraussetzungen an eine wirksame Einwilligung im  
1293 Sinne von Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DS-GVO nicht mehr erfüllt sind. Sofern diese Grenze  
1294 überschritten ist, ist von einem unzulässigen Nudging auszugehen.

#### 1295 **a) Allgemein**

1296 Die Prüferfahrungen der Aufsichtsbehörden zeigen, dass ein unzulässiges Nudging in  
1297 der Regel nicht durch ein einziges Gestaltungsmerkmal entsteht, sondern mehrere  
1298 Gestaltungsaspekte zusammenwirken.

1299 In den meisten Fällen wird insbesondere das Kriterium der Freiwilligkeit in diesem  
1300 Kontext von Bedeutung sein. Es kann aber auch die Frage, ob eine informierte  
1301 Einwilligung eingeholt wird, durch die Gestaltung tangiert werden, beispielsweise  
1302 durch irreführende Informationen, bewusst verharmlosende Sprache oder eine  
1303 Informationsüberlastung.

1304 Zur Erfüllung des Merkmals der Freiwilligkeit ist es erforderlich, dass eine  
1305 Wahlmöglichkeit deutlich erkennbar und auch tatsächlich möglich ist. Allein eine  
1306 unterschiedliche Farbwahl muss nicht zwangsläufig dazu führen, dass die  
1307 Freiwilligkeit abzulehnen ist.

1308 Sofern jedoch die alternative Option zur Einwilligung nicht deutlich als solche  
1309 erkennbar ist, weil diese beispielsweise im Einwilligungstext eingebettet ist, ohne  
1310 besonders hervorgehoben zu sein, außerhalb des Einwilligungsbanners platziert ist  
1311 oder aufgrund von Kontrasteinstellungen und/oder Schriftgröße praktisch unlesbar  
1312 für Nutzer:innen ist, kann die Möglichkeit der Verweigerung der Einwilligung  
1313 regelmäßig nicht mehr als gleichwertig angesehen werden. Eine Freiwilligkeit wäre  
1314 dann nicht mehr gegeben.

1315 Einwilligungsbanner sollten daher von den Verantwortlichen so ausgestaltet werden,  
1316 dass Nutzer:innen seine/ihre Handlungsoptionen als solche auf einen Blick erkennen  
1317 können. Dies muss unabhängig von der Bildschirmgröße des genutzten Endgerätes  
1318 gewährleistet werden.

1319 Für die Bewertung ist generell eine Einzelfallbetrachtung erforderlich, da am  
1320 konkreten Fall zu beurteilen ist, ob die Voraussetzungen an eine rechtswirksame  
1321 Einwilligung noch erfüllt sind. Zur weiteren Orientierung können die Guidelines  
1322 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognise and  
1323 avoid them<sup>64</sup> herangezogen werden, die überwiegend auf den Webseitenkontext  
1324 übertragen werden können.

---

<sup>64</sup> EDSA, Guidelines 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognise and avoid them [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2022/guidelines-32022-dark-patterns-social-media\\_en](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2022/guidelines-32022-dark-patterns-social-media_en).

## 1325 **b) Ablehnoption**

1326 Die Ablehnoption muss als Alternative zur Einwilligung eindeutig erkennbar, leicht  
1327 wahrnehmbar und unmissverständlich sein

1328 Die Möglichkeit keine Einwilligung zu erteilen, muss eindeutig als gleichwertige  
1329 Alternative zur Option „Einwilligung erteilen“ dargestellt werden. Dies ist  
1330 anzunehmen, wenn sich z. B. neben einem Button „Einwilligung erteilen“ ein  
1331 insbesondere in Größe, Farbe, Kontrast und Schriftbild vergleichbarer Button „Weiter  
1332 ohne Einwilligung“ finden lässt.

1333 Entscheidend ist, dass die Alternative zur Einwilligung als solche von Nutzer:innen  
1334 wahrgenommen werden kann. Nicht ausreichend ist es beispielsweise, wenn die  
1335 Möglichkeit abzulehnen außerhalb des Einwilligungsbanners auf der Webseite  
1336 dargestellt ist oder dies im Fließtext des Banners ohne deutliche optische  
1337 Hervorhebung oder sprachliche Kenntlichmachung in den Hintergrund tritt, während  
1338 die Möglichkeit der Einwilligungserteilung prominent als Button außerhalb des  
1339 Fließtextes erscheint. Auch ein identischer Button, der allerdings erst nach Scrollen  
1340 durch den Einwilligungstext ersichtlich ist, während die Möglichkeit zur Einwilligung  
1341 direkt zu Beginn des Banners sichtbar ist, ist nicht als gleichwertige Alternative leicht  
1342 wahrnehmbar.

1343 Wird neben der Schaltfläche zur Einwilligung eine Schaltfläche zum Ablehnen der  
1344 Einwilligung angeboten, muss die Bezeichnung unmissverständlich sein, sodass  
1345 Nutzer:innen wissen, dass sie keine Einwilligung erteilen. Dies kann durch eine kurze  
1346 und prägnante Beschriftung abgebildet werden. Eine Schaltfläche „Einstellungen oder  
1347 Ablehnen“, die zu einer weiteren Ebene des Banners führt, ist an dieser Stelle nicht  
1348 ausreichend.

## 1349 **VI. Betroffenenrechte**

1350 Werden beim Betrieb einer Webseite personenbezogene Daten insbesondere durch  
1351 Cookie-IDs, IP-Adressen, Account-Daten oder Eingaben in Formularen  
1352 personenbezogene Daten verarbeitet, sind die Betroffenenrechte gemäß Art. 12 ff.  
1353 DS-GVO einzuhalten. Das TTDSG enthält mit Ausnahme der Informationspflicht gemäß  
1354 § 19 Abs. 3 TTDSG keine spezifischen Regelungen. Im Folgenden werden nicht alle  
1355 Betroffenenrechte umfassend dargestellt, sondern ausschließlich aus der Praxis  
1356 bekannte spezifische Probleme im Zusammenhang mit Telemedien thematisiert.

### 1357 **1. Informationspflichten gemäß Art. 13 f. DS-GVO**

1358 Die Formulierung „Information des Endnutzers“ in § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG verweist  
1359 auf die Informationspflichten gemäß Artikel 13 und 14 der DS-GVO.

1360 Die Grundsätze einer fairen und transparenten Datenverarbeitung machen es  
1361 erforderlich, dass die betroffene Person über die Existenz des Verarbeitungsvorgangs  
1362 und seine Zwecke unterrichtet wird (ErwG 60). Zwar ergibt sich aus der ePrivacy-

1363 Richtlinie ein direkter Verweis auf die Informationspflichten der Artikel 13 und 14 DS-  
1364 GVO nicht, gleichwohl findet sich in der Richtlinie die Formulierung „umfassende  
1365 Informationen“, die gemäß der Richtlinie 95/46/EG und damit der DS-GVO erteilt  
1366 werden müssen. Der Wortlaut des § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG spricht zudem von  
1367 „Information“ und „Einwilligung“, also von zwei separaten Aspekten der DS-GVO. Sollte  
1368 der Begriff der Information sich lediglich auf eine informierte Einwilligung beziehen,  
1369 wäre es ausreichend gewesen zu fordern, dass die Einwilligung gemäß der  
1370 Verordnung (EU) 2016/679 erfolgen soll. Dies stellt mit Blick auf den oben genannten  
1371 Grundsatz der fairen und transparenten Datenverarbeitung die einzige Möglichkeit  
1372 dar, dieser elementaren Forderung nachzukommen. Daher bedeutet dies für  
1373 Prozesse, die auf Grundlage von § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG erfolgen, dass die  
1374 Informationspflichten der Artikel 13 und 14 DS-GVO einzuhalten sind.

## 1375 **2. Auskunftsrecht gemäß Art. 15 DS-GVO**

1376 Im Online-Kontext sind bei der Auskunft an Betroffene die Anforderungen gemäß  
1377 Art. 15 i.V.m. Art. 12 DS-GVO zu berücksichtigen. Bei der Geltendmachung von  
1378 Auskunftsansprüchen durch Betroffene ist ein Sonderproblem bekannt. Sofern sich  
1379 das Auskunftersuchen auf Webseiten bezieht, die nicht zugangsbeschränkt sind,  
1380 sodass die Nutzung also keinen Account erfordert, kann der Betreiber der Webseite  
1381 häufig dem Namen des Auskunftersuchenden keine Daten zuordnen. In der Regel  
1382 wird allerdings ein Auskunftersuchen unter Nennung des Namens gestellt. In diesen  
1383 Fällen können vom Verantwortlichen andere eindeutige Identifikationsmerkmale des  
1384 Nutzers nachgefragt werden, um über diese die Zuordnung eines Datenbestands zu  
1385 der anfragenden Person zu ermöglichen.<sup>65</sup> Die Abfrage der Daten zur Identifizierung  
1386 kann der Verantwortliche auf Art. 11 Abs. 2 S. 2 DS-GVO stützen. Eine Abfrage  
1387 weiterer Informationen setzt allerdings konkrete, einzelfallbezogene und begründete  
1388 Zweifel an der Identität der Betroffenen voraus.<sup>66</sup> Die Vorschrift berechtigt auch nicht  
1389 zu einer routinemäßigen Identitätsprüfung.<sup>67</sup>

## 1390 **3. Recht auf Löschung gemäß Art. 17 Abs. 1 DS-GVO**

1391 Beinhalten Cookies oder andere auf den Endeinrichtungen der Endnutzenden  
1392 abgelegte Informationen eine ID, handelt es sich hierbei um personenbezogene  
1393 Daten. Im datenschutzrechtlichen Sinne verarbeitet werden diese personenbezogenen  
1394 Daten bei den nachgelagerten Verarbeitungsvorgängen auf den Servern des Betreibers  
1395 der Webseite oder der eingebundenen Drittdienste. Diesbezüglich gelten die  
1396 Betroffenenrechte der DS-GVO einschließlich dem Recht auf Löschung gemäß Art. 17  
1397 DS-GVO. Derjenige, der das Setzen des Cookies bewirkt hat, ist technisch aber nur  
1398 bedingt dazu in der Lage, das Cookie mit der ID auf den Endgeräten der Nutzer:innen

---

<sup>65</sup> So auch EDSA, Guidelines 01/2022 on data subject rights - Right of access, Rn. 67.

<sup>66</sup> Bäcker, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2020, Art. 12 Rn. 30.

<sup>67</sup> Paal/Hennemann, in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, 2020, Art. 12 Rn. 72.

1399 wieder zu löschen. Eine unabdingbare Voraussetzung ist zunächst, dass die  
1400 Nutzer:innen die Webseite erneut besuchen, damit der Betreiber theoretisch erneut  
1401 auf das Endgerät des Nutzers zugreifen kann. Grundsätzlich liegen Informationen die  
1402 auf den Endgeräten der Nutzer abgelegt worden sind außerhalb des Einflussbereichs  
1403 des Betreibers der Webseite oder des über den Cookie eingebundenen Anbieters des  
1404 Drittdienstes. Da es für die Besucher:innen der Webseite technisch sehr einfach ist,  
1405 Cookies von ihren Endgeräten wieder zu löschen, besteht datenschutzrechtlich  
1406 diesbezüglich kein Bedarf an einer Löschpflicht des Webseitenbetreibers.

1407 Dessen ungeachtet muss derjenige, der für den Einsatz des Cookies mit der ID  
1408 verantwortlich ist, diesen mit einer Laufzeit versehen, sodass eine von ihm steuerbare  
1409 automatische Löschung umgesetzt wird. Die Laufzeit hat sich an dem Grundsatz der  
1410 Speicherbegrenzung gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. e) DS-GVO zu orientieren. In der OH  
1411 Telemedien wird die Speicherdauer von Cookies – unabhängig von einer  
1412 personenbezogenen ID – in Kap. III.3.c) „Anwendungsbeispiele und Prüfkriterien“ als  
1413 maßgebliches Kriterium für die Bestimmung der unbedingten Erforderlichkeit gemäß  
1414 § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG relevant. Aus dieser Vorschrift ergibt sich somit regelmäßig,  
1415 dass alle Cookies mit einer begrenzten Speicherdauer zu versehen sind, sodass sie  
1416 automatisch gelöscht werden.