

Auswertungsbericht des AK Medien

Konsultation zur Orientierungshilfe für Anbieter von Telemedien

Stand: 19.10.2022

Inhalt

I.	Grundsätzliche Anmerkungen zur OH Telemedien.....	4
1.	OH Telemedien als gemeinsame Position der DSK.....	4
2.	„Ablauf des Konsultationsverfahrens“.....	6
3.	„Kompetenz der Aufsichtsbehörden in Bezug auf § 25 TTDSG“.....	7
4.	„Geltungsbereich der OH Telemedien“.....	8
5.	„Wirtschaftliche Relevanz datenbasierter individuelle Werbung“.....	11
6.	„Nutzerakzeptanz datenbasierter individueller Werbung“.....	12
7.	„Grundrechtsrelevanz der Bestimmungen des TTDSG“.....	13
II.	§ 25 TTDSG.....	14
8.	„Anwendungsbereich“.....	14
9.	„Tatbestandsmerkmal Endnutzer“.....	16
10.	„Definition Telemediendienst“.....	18
11.	„Vom Nutzer ausdrücklich gewünschter Telemediendienst - Differenzierung Basis- und Zusatzfunktionen“.....	19
12.	„Informationspflicht über Cookie“.....	24
13.	„Tatbestandsmerkmal ‚unbedingt erforderlich‘“.....	25
14.	„Reichweitenmessung“.....	31
III.	Wirksamkeit der Einwilligung.....	33
15.	„Informationsumfang“.....	33
16.	„Hervorhebung der Einwilligung gemäß Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO“.....	36
17.	„Definition Akteure“.....	37
18.	„Mehrebenenansatz beim Einwilligungsbanner“.....	38
19.	„Ablehnenbutton auf erster Ebene“.....	39
20.	„Zulässigkeit der Cookie-Wall („zumutbare Alternative“)“.....	46
21.	„Kopplungsverbot gemäß Art. 7 Abs. 4 DS-GVO“.....	47
22.	„Farbliche Gestaltung und Hervorhebung von EinwilligungsbUTTONS (Nudging)“.....	49
23.	„Unmissverständliche und eindeutig bestätigende Handlung“.....	50
24.	„Detaillierte Beschreibung der Verarbeitung“.....	52
25.	„Einwilligung für mehrere Zwecke“.....	53
26.	„Keine Aussage zum Verfall der Einwilligung“.....	55
27.	„Widerrufbarkeit der Einwilligung“.....	56
IV.	Nachweispflicht gemäß Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 DS-GVO.....	58
28.	„Prozessnachweis ausreichend“.....	58
29.	„Übermittlung an Dritte zur Wahrung der berechtigten Interessen nicht möglich“.....	60
30.	„Keine Rechtsgrundlage für Tracking“.....	60
31.	„Drittstaatentransfer, Art. 49 Abs. 1 lit. a DS-GVO“.....	61
V.	Weitere Themen.....	63
32.	„Betroffenenrechte“.....	63
33.	„Form der OH Telemedien“.....	64
34.	„Irrig nicht eingeholte Einwilligung“.....	64

35. „Digital Service Act“ 65
Anhang 1 66
Anlage 1..... 67

Im Anschluss an die Veröffentlichung der Orientierungshilfe der DSK für Anbieter von Telemedien (im Folgenden OH Telemedien) am 22.12.2021 wurde am 14.1.2022 ein Konsultationsverfahren eröffnet und Vertreter:innen aus Politik, Wirtschaft, Wissenschaft, Gesellschaft und Verwaltung bis zum 15.3.2022 die Gelegenheit gegeben, zu der OH Telemedien Stellung zu nehmen. Insgesamt sind vierzehn Stellungnahmen,¹ überwiegend von Interessenverbänden aus dem Bereich der digitalen Wirtschaft und Werbung sowie der Medien eingereicht worden. Die Stellungnahmen brachten keine Erkenntnisse darüber, dass der Adressatenkreis insbesondere in Bezug auf § 25 TTDSG weitere Branchen oder Bereiche erfasst, als bisher von der DSK angenommen. In einigen Stellungnahmen wurde die (frühzeitige) OH Telemedien durch die Aufsichtsbehörden grundsätzlich begrüßt und als „positiv“, „sinnvoll“ und „richtig“ bewertet.

Nachfolgend wird eine themenbezogene Auswertung der Stellungnahmen vorgenommen. Da sich die Inhalte der Stellungnahmen nicht immer auf konkrete Kapitel oder Textstellen der OH Telemedien beziehen, wurden anhand einer Gesamtschau Themen aus den Stellungnahmen herausgezogen. Im Rahmen dieser themenbezogenen Auswertung werden jeweils die Aussagen aller Stellungnahmen zu einem Thema gebündelt berücksichtigt. Die Anzahl der Stellungnahmen, die sich auf ein konkretes Thema beziehen, variiert dabei zwischen einer und maximal elf. Es wurden drei Themen herausgearbeitet, denen eine besonders hohe Bedeutung beizumessen ist:

- Nr. 11: Vom Nutzer ausdrücklich gewünschter Telemediendienst - Differenzierung Basis- und Zusatzfunktionen
- Nr. 13: Tatbestandsmerkmal "unbedingt erforderlich" und
- Nr. 19: Ablehnenbutton auf erster Ebene.

I. Grundsätzliche Anmerkungen zur OH Telemedien

1. OH Telemedien als gemeinsame Position der DSK

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

In mehreren Stellungnahmen wird die OH Telemedien grundsätzlich mit unterschiedlichen Begründungen begrüßt:

- Datenschutzanfragen e.V., S. 1: begrüßt OH Telemedien als Ganzes, einschließlich der Standpunkte, welche die Datenschutzkonferenz darin vertritt und wertet sie als einen Weg, rechtliche Klarheit zu schaffen.
- GDD, S. 1: positiv, da vor allem die OH Telemedien 2021 neben dem Schutz der Privatsphäre der Endeinrichtung nach § 25 TTDSG auch die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung nach der DSGVO darstellt und so den Praktikern einen umfassenden Überblick nicht nur bezüglich der Rechtmäßigkeit des Endgerätezugriffs, sondern auch bezüglich vor- oder nachgelagerter personenbezogener Verarbeitungen gibt.
- GDV, S. 3: begrüßt die Bestrebungen der Datenschutzkonferenz, mit ihrer OH Telemedien mehr Rechtssicherheit zu schaffen und praxisgerechte Lösungen im Umgang mit § 25 TTDSG zu finden.
- Händlerbund: vor dem Hintergrund, dass sich laut einer Umfrage² 96 % der Befragten bei der Umsetzung der gesetzlichen Regelungen nicht ausreichend durch die deutschen Datenschutzbehörden unterstützt fühlen, wird die OH Telemedien in der Funktion eines

¹ Siehe die Übersicht der eingegangenen Stellungnahmen im Anhang 1.

² Weitere Informationen zu der wohl vom Händlerbund Anfang März 2022 durchgeführten Umfragen liegen nicht vor.

Handlungsleitfadens für sinnvoll und richtig erachtet. Die aktuelle Version der OH Telemedien werde den praktischen Anforderungen in der E-Commerce-Branche aber noch nicht abschließend gerecht.

- ZAW, S. 2: begrüßt, wenn Unklarheiten, die durch das Nebeneinander unmittelbar anwendbarer europäischer Normen und nationaler gesetzlicher Regelungen, die wiederum auf europäischen Richtlinienvorgaben beruhen, durch die OH 2021 ausgeräumt werden sollen, um hierdurch die Rechtssicherheit auf einheitlicher Basis in Deutschland zu stärken.
- BDI, S. 2: begrüßt grundsätzlich die Veröffentlichung von Orientierungshilfen durch die Datenschutzkonferenz (DSK), um so in der Praxis zu einem besseren Verständnis sowie einer einheitlicheren Auslegungs- und Anwendungspraxis von Datenschutzbestimmungen beizutragen. Die OH Telemedien enthalte für Anbieter und Anbieterinnen von Telemedien wichtige Hinweise zum Umgang mit den Anforderungen des seit Dezember 2021 geltenden Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes (TTDSG) sowie dessen Verhältnis zur europäischen Datenschutzgrundverordnung (DSGVO).

Unter der Teilüberschrift „Selbstbindung der Verwaltung“ führt VAUNET auf S. 1 aus, dass die OH Telemedien verwaltungsrechtlich als Richtlinie verstanden werde, die fortan bundesweit eine einheitliche und gleichmäßige Entscheidungspraxis bei der Anwendung insbesondere des § 25 TTDSG sicherstellt. Der Bitkom kritisiert auf S. 2, dass die OH Telemedien in ihrer jetzigen Form zu wenig Orientierung bietet und hinsichtlich der konkreten Anforderungen und Umsetzungen häufig nur vage bleibt. Es sollten dringend mehr Fallgruppen, Beispielszenarien anhand der bekannten Standardtools, die viele Unternehmen nutzen, gebildet und bewertet werden. Darin sollte zudem klar zum Ausdruck kommen, welche Umsetzungen konkret erlaubt sind und durch welche Gestaltungen die Anforderungen umgesetzt werden können.

b) Bezug zur OH Telemedien

./.

c) Bewertung

Die allgemeinen Hinweise, dass die OH Telemedien zu vage sei, den praktischen Anforderungen der E-Commerce-Branche noch nicht genüge und um konkrete Bewertungen für Fallgruppen und Beispielszenarien anhand der bekannten Standardtools ergänzt werden sollte, bedürfen keiner allgemeinen Bewertung, sondern werden ausschließlich themenbezogen berücksichtigt.

Es erscheint allerdings fraglich, ob Orientierungshilfen der DSK verwaltungsrechtlich als norminterpretierende Richtlinien verstanden werden können. Verwaltungsrichtlinien entfalten im Unterschied zu Satzungen, keine unmittelbare Außenwirkung. Sie werden allgemein definiert als verwaltungsinterne Vorschriften, die der Vereinheitlichung des Verwaltungshandelns dienen sollen. In ihnen wird festgelegt, welche Interpretation die Verwaltung bei der Gesetzesanwendung zu Grunde legt und gegebenenfalls auch wie ein im Gesetz vorgesehener Ermessensspielraum ausgeübt werden soll. Dieses Verständnis korrespondiert mit den in A.III der Geschäftsordnung der DSK (GO-DSK) festgelegten Aufgaben. Danach fördert die DSK den Datenschutz und verständigt sich auf gemeinsame Positionen der Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder. Dies geschieht namentlich durch Entschlüsse, Beschlüsse, Orientierungshilfen, Standardisierungen, Stellungnahmen, Pressemitteilungen und Festlegungen. Orientierungshilfen werden definiert als fachliche Anwendungshilfen für Verantwortliche, Auftragsverarbeiter, Herstellerinnen und Hersteller und die Öffentlichkeit. Der inhaltliche Charakter einer Orientierungshilfe entspricht demnach grundsätzlich einer Verwaltungsrichtlinie.

Grundsätzlich entfalten normeninterpretierende Richtlinien allerdings über den Gleichheitssatz in Art. 3 GG eine mittelbare Außenwirkung. Daraus folgt, dass sie bezogen auf den konkreten Anwendungsbereich zu einer Selbstbindung der Verwaltung führen. Denn in der Richtlinie wird entweder die tatsächliche Verwaltungspraxis dargelegt oder vor Beginn der eigentlichen Verwaltungspraxis wird sie als verbindliche Ankündigung der künftigen Praxis (sog. antizipierte Verwaltungspraxis) verstanden.

Selbst wenn die Orientierungshilfe als Richtlinie einzuordnen wäre, so entfaltet sie allerdings entgegen der Annahme von VAUNET keine bundesweite Bindungswirkung. Bei der DSK handelt es sich um eine nicht-institutionalisierte Form der freiwilligen Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern. Anders als z. B. bei den Landesrundfunkanstalten basiert die Zusammenarbeit nicht auf einem Staatsvertrag. Für eine bundesweite Bindungswirkung wäre erstens eine verbindliche Institutionalisierung der DSK erforderlich. Zweitens müsste in dem Staatsvertrag vereinbart werden, vergleichbar mit § 31 MStV zu bestimmten Themen Richtlinien zu erlassen. Schließlich spricht auch die Geschäftsordnung der DSK gegen eine bundesweite Bindungswirkung. Gemäß IV.3 GO-DSK reicht für die Verabschiedung einer Orientierungshilfe die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen, sofern nicht gesetzlich oder in dieser Geschäftsordnung etwas anderes geregelt ist. Allerdings können bei Mehrheitsentscheidungen zu gemeinsamen Positionen auf Wunsch abweichende Voten, durch die Bezeichnung des jeweiligen Mitglieds der DSK, in dem zur Veröffentlichung bestimmten Dokument kenntlich gemacht werden. Dennoch ist davon auszugehen, dass von den deutschen Aufsichtsbehörden die in einer Orientierungshilfe dargelegte Auslegung datenschutzrechtlicher Normen in Kontrollverfahren in den weit überwiegenden Fällen einheitlich angewandt wird.

Abschließend ist festzustellen, dass im Rahmen der aktuellen freiwilligen Kooperation als DSK Beschlüsse — und damit auch Orientierungshilfen — keine bundesweite Bindungswirkung für die in der DSK zusammengeschlossenen Aufsichtsbehörden entfalten.³

d) Änderungsempfehlung

Es wird keine Änderung empfohlen.

2. „Ablauf des Konsultationsverfahrens“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Grundsätzlich wird die Durchführung eines Konsultationsverfahrens begrüßt. Darüber hinaus wurde vorgetragen, dass es wünschenswert gewesen wäre, das Konsultationsverfahren im Vorfeld zur Veröffentlichung der OH Telemedien noch klarer zu kommunizieren. Es sei nicht sofort ersichtlich gewesen, dass die Einholung von Stellungnahmen zu diesem Papier erfolgen sollte und somit noch eventuelle Änderungen an der OH Telemedien zu erwarten sind. (GDD S. 1 u. BVDW S. 1)

Zudem sei die OH Telemedien vor der Veröffentlichung keinerlei Anhörung unterzogen worden. Wenn Eingaben lediglich bei einer künftigen „Überprüfung und ggf. der Fortentwicklung der Orientierungshilfe“ zum Zuge kommen können, wie von der DSK angekündigt, ist dies nicht nur (zu) unbestimmt. Der Sinn und Zweck einer Anhörung sei bei einem solchen Vorgehen nur noch schwer auszumachen. Künftige Konsultationsverfahren sollten, wenn es darum gehe, weiteren Rechtsänderungen Rechnung zu tragen, sicherstellen, dass Eingaben zum Gegenstand der Anhörung berücksichtigt werden können (ZAW, S. 2).

³ Siehe *Richter/Spiecker gen. Döhmann*, Rechtliche Möglichkeiten zur Stärkung und Institutionalisierung der Kooperation der Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK 2.0), Rechtsgutachten im Auftrag der AG DSK 2.0, S. 9 abrufbar unter: <https://fragdenstaat.de/dokumente/162529-richter-spiecker-gutachten-dsk-2-0/?page=11>.

b) Bezug zur OH Telemedien

./.

c) Bewertung

Der konkrete Ablauf des Konsultationsverfahrens zur OH Telemedien wurde von der DSK festgelegt, da es dem Vorgehen auf EU-Ebene bei der Veröffentlichung von Guidelines entspricht. Das dortige Verfahren bestimmt sich nach Art. 30 der GO des EDPB sowie Art. 70 Abs. 4 DS-GVO. Beiden Normen lassen sich keine Hinweise darauf entnehmen, dass ein Konsultationsverfahren ausschließlich vor der Veröffentlichung von Anwendungshilfen/Guidelines zu ergehen hat. Vielmehr liegt die Konsultation im Ermessen des Ausschusses, der interessierte Kreise entweder anhören oder ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb angemessener Fristen geben kann.⁴ Ebenso wenig verfängt die Kritik eines vermeintlich zu unbestimmten Gegenstands einer Anhörung, da auch eine solche Vorgabe weder der DS-GVO noch einer GO entnommen werden kann.

d) Änderungsempfehlung

Eine Änderung der OH Telemedien ist nicht angezeigt. Der DSK wird dieser Kritikpunkt im Hinblick auf das Prozedere künftiger Konsultationsverfahren zur Kenntnis gegeben. In der 101. DSK am 28. und 29.4.2021 ist unter dem TOP 22 „Sonstiges“ das Thema „Öffentliche Konsultationen durch die DSK“ behandelt worden. Es wurde Einvernehmen darüber erzielt, dass der AK Organisation und Struktur gebeten wird, der DSK Vorschläge zu unterbreiten, wie mit grundlegenden Fragen der Durchführung öffentlicher Konsultationsverfahren umzugehen ist. Es wird daher empfohlen, wesentliche Eckpunkte der Verfahrensweise in diesem Konsultationsverfahren zur OH Telemedien dem AK Organisation und Struktur zur Kenntnis zu geben. Unter anderem soll darauf hingewiesen werden, dass vor jeder Neuveröffentlichung oder Aktualisierung einer OH bereits im Vorfeld durch die DSK festzuhalten ist, ob sich ein Konsultationsverfahren anschließen soll oder nicht und ob vor oder gleichzeitig mit der Veröffentlichung der OH dies der Öffentlichkeit kommuniziert werden sollte.

3. „Kompetenz der Aufsichtsbehörden in Bezug auf § 25 TTDSG“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

In zwei Stellungnahmen (VAUNET, S. 1 f. und GDD, S. 1 f.) wurde die Frage aufgeworfen, ob die DSK überhaupt über die Auslegungskompetenz in Bezug auf die Ausführungen zu § 25 TTDSG in der OH Telemedien verfügt. Begründet wird dies mit der nicht eindeutig geregelten Zuständigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden für die Aufsicht über § 25 TTDSG.

Die GDD bezweifelt, dass sich die Kompetenz der Landesbeauftragten für das TTDSG allein aus § 40 BDSG bzw. § 113 MStV i.V.m. den Landesdatenschutzgesetzen ableiten lässt.

VAUNET geht ebenfalls davon aus, dass die Landesdatenschutzbehörden ihre sachliche Zuständigkeit für den Vollzug des § 25 TTDSG auf § 113 Satz 1 MStV stützen würden. Dies würde voraussetzen, dass § 25 TTDSG eine allgemeine Datenschutzbestimmung ist. Die OH Telemedien argumentiere paradoxerweise gegen die datenschutzrechtliche Qualifikation des § 25 TTDSG und damit gegen die Beschlusskompetenz der teilnehmenden Aufsichtsbehörden, da in der OH betont werde, dass das „TTDSG (...) unter anderem den Schutz der Privatsphäre bei der Nutzung von Endeinrichtungen, unabhängig davon, ob ein Personenbezug vorliegt oder nicht“, (DSK, OH TM, S. 3) regeln würde. Da „für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Norm [§ 25 TTDSG] [wird] nicht unmittelbar an einen

⁴ Dix, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2020, Art. 70 Rn. 18.

Telekommunikations- oder Telemediendienst angeknüpft“, „sondern auf die Endeinrichtungen abgestellt“ wird (DSK, OH TM, S. 6) — sei zweifelhaft, ob § 113 S. 1 MStV – „Datenschutzaufsicht bei Telemedien (sic!)“ überhaupt systematisch einschlägig ist. Schließlich fordere der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) in seiner Stellungnahme (Opinion 5/2019 v. 12.03.2019, Rn. 68) eine ausdrückliche Kompetenzzuweisung.

b) Bezug zur OH Telemedien

Abgesehen von der Tatsache, dass die OH Telemedien im Schwerpunkt eine Auslegungshilfe in Bezug auf § 25 TTDSG darstellt, wird in der OH Telemedien die Kompetenz der Aufsichtsbehörden nicht thematisiert. Es findet sich keine Textstelle, in der die Kompetenz der Landesdatenschutzbehörden auf § 113 MStV zurückgeführt wird.

c) Bewertung

Zutreffend ist, dass die DSK und damit auch die Landesdatenschutzbehörden im Ergebnis von ihrer sachlichen Zuständigkeit für die Kontrolle der Einhaltung von § 25 TTDSG ausgehen. Den Landesaufsichtsbehörden ist das Problem der in den meisten Ländern nicht ausdrücklich geregelten sachlichen Zuständigkeit für § 25 TTDSG bewusst. Der UAK TKG/TTDSG hat diese Thematik ausführlich erörtert. Während sich die Zuständigkeit des BfDI für § 25 TTDSG ausdrücklich aus § 29 Abs. 2 TTDSG ergibt, fehlt eine solche Regelung in vielen Landesvorschriften. Es ist zu betonen, dass auch keiner anderen Behörde, wie z. B. den Landesmedienanstalten, die umfassende Kompetenz für die Aufsicht über die Einhaltung von § 25 TTDSG zugewiesen worden ist. Da sich aus der Regelung in § 29 Abs. 2 TTDSG zudem ergibt, dass die Aufsicht nicht vollumfänglich auf den BfDI übertragen werden sollte, handelt es sich letztlich um eine landesspezifische Zuständigkeitsproblematik. Daher wurde dieses Thema bewusst aus der OH Telemedien ausgeklammert.

Die Auslegungskompetenz für das materiell-rechtliche Verständnis von § 25 TTDSG kommt den Datenschutzaufsichtsbehörden bereits zu, wenn sie für § 25 TTDSG sachlich zuständig sind. Die Zuständigkeitsregelungen für den Datenschutz in Telemedien finden sich entweder in den Landeszuständigkeitsverordnungen oder in sonstigem Landesrecht. In einigen Ländern ist bereits eine Anpassung des Landesrechts an das TTDSG erfolgt; in anderen Ländern steht sie noch aus. In den Ländern ohne Landeszuständigkeitsverordnung wird die Zuständigkeit entweder aus § 113 MStV oder aus den Landesdatenschutzgesetzen abgeleitet. Einige Behörden sind an ihre Landesgesetzgeber herangetreten und haben eine Klarstellung der Landesvorschriften angeregt.

d) Änderungsempfehlung

Eine Änderung der OH wird nicht empfohlen. Das Thema wird in der OH nicht behandelt und sollte aufgrund der landesspezifischen Regelungen auch nicht aufgenommen werden. Zudem sind in einigen Ländern Anpassungen der Zuständigkeitsvorschriften zu erwarten.

4. „Geltungsbereich der OH Telemedien“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Vorgetragen wurde, die „OH Telemedien 2019“ beleuchte nur die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten im Kontext des Einsatzes von Tracking-Anwendungen, wohingegen Schwerpunkt der „OH Telemedien 2021“ die Auslegung und Anwendung des § 25 TTDSG mit dem Hinweis sei, dass sich die Verarbeitung personenbezogener Daten (weiterhin) nach der DS-GVO, insbesondere Art. 6 DS-GVO, bestimmt. Dies spreche dafür, dass die „OH Telemedien 2019“ für die Bewertung der Verarbeitung personenbezogener Daten weiterhin gültig sei. Gleichwohl sei – bspw. in

Bezug auf die „Reichweitenmessung“ – nicht hinreichend klar, ob von der „OH Telemedien 2019“ durch die „OH Telemedien 2021“ abgewichen wird. Wünschenswert sei eine deutliche Klarstellung, ob die „OH Telemedien 2019“ noch anwendbar ist und – falls ja – welche Aspekte nun abweichend bewertet werden und warum (BvD, S. 4).

Darüber hinaus wurde vorgetragen, dass die Aussage der DSK auf S. 5 – die spezifischen Bestimmungen des § 25 TTDSG gelten vorrangig vor den Bestimmungen der DS-GVO – zu konkretisieren bzw. zu überarbeiten sei. Die Regelung des § 25 TTDSG könne nicht „vorrangig“ vor den Regelungen der DS-GVO gelten, da sie einem gänzlich anderen Rechtsregime entstammten. So diene das TTDSG im Rahmen der Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie⁵ dem Schutz der sicheren Datenübermittlung (Art. 7 GRCh), wohingegen die DS-GVO bekanntlich den Schutz der personenbezogenen Daten bei der Verarbeitung gewährleiste (Art. 8 GRCh). Die Ausführung könne dahingehend verstanden werden, dass für den Vorgang des Platzierens eines Identifiers auf einem Endgerät oder des Zugriffs auf Informationen einschließlich der damit einhergehenden Datenverarbeitung abschließend § 25 TTDSG gelten soll (bevh, S. 1).

Ferner erfolgte der Hinweis, dass Aussagen und Wertungen für alle Dienste und Technologien gelten sollen, die in den Anwendungsbereich des § 25 TTDSG fallen, gleichwohl werden fast ausschließlich Webseiten und Apps mit der OH Telemedien 2021 in den Blick genommen. Es liege ein zu starker Fokus auf den Angeboten von Webseiten und Apps (ZAW, S. 2 und BDI S. 2).

b) Bezug zur OH Telemedien

Die DSK hat in der OH Telemedien 2021 den Betrieb von Webseiten und Apps – die den häufigsten Anwendungsfall darstellen – in den Fokus genommen und gleichzeitig auf S. 3 explizit darauf hingewiesen, dass die dargestellten Anforderungen und Wertungen nicht auf diese beschränkt sind. In der OH Telemedien 2021 wird weiter ausgeführt, dass die spezifischen Bestimmungen des § 25 TTDSG als vorrangig vor den Bestimmungen der DS-GVO anzuwenden sind, soweit beim Speichern und Auslesen von Informationen in Endeinrichtungen personenbezogene Daten verarbeitet werden. Auf S. 3 der OH Telemedien wird außerdem ausgeführt, dass mit Blick auf die neue Rechtslage eine vollständige Überarbeitung und Ergänzung der alten OH Telemedien erfolgen sollte. Dennoch findet sich auf S. 31 der OH Telemedien 2021 der Hinweis, dass die Ausführungen in der OH Telemedien 2019 grundsätzlich weiterhin als Prüfungsmaßstab herangezogen werden können.

c) Bewertung

Neben Webseiten und Apps scheint im Bereich der vernetzten Fahrzeuge ein weiterer wichtiger Anwendungsfall zu bestehen. Dennoch finden sich Ausführungen in der OH Telemedien 2021 dazu kaum wieder. Der Anwendungsbereich im Hinblick auf das Merkmal Endeinrichtung ist denkbar weit zu sehen. So weist die OH Telemedien 2021 auf S. 6 auch auf den Bereich des Internet der Dinge (Internet of Things, IoT), z. B. Smarthome-Anwendungen wie Küchengeräte, Heizkörperthermostate oder Alarmsysteme, sowie Smart-TVs oder auch vernetzte Fahrzeuge hin. Über vernetzte Fahrzeuge und Smarthome-Geräte hinausgehende Anwendungsfälle sind jedoch den Stellungnahmen nicht zu entnehmen. Fahrzeughersteller mit Sitz in Deutschland werden von den jeweils zuständigen Aufsichtsbehörden zur Umsetzung von § 25 TTDSG individuell beraten. Aktuell zeigen sich darüber

⁵ 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) geändert 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 am 25.11.2002

hinaus in der aufsichtsrechtlichen Beratungspraxis oder im Bereich der Beschwerden keine zusätzlichen Anwendungsbeispiele. Im Bereich der Smarthome-Geräte liegen bislang keine praktischen Anwendungsfälle vor. Spezifische Auslegungsprobleme sind den Aufsichtsbehörden daher nicht bekannt.

Außerdem ist festzuhalten, dass § 25 TTDSG ebenso wie die zugrunde liegende ePrivacy-Richtlinie eng mit der DS-GVO verknüpft ist. Das ergibt sich nicht nur aus dem klaren Verweis auf die DS-GVO im Hinblick auf die Anforderungen an die zu erteilende Einwilligung. Vielmehr unterliegt auch die Rechtmäßigkeit der nachfolgenden Verwendung von personenbezogenen Daten, die durch die Speicherung von Informationen in Endeinrichtungen oder den Abruf entsprechender Informationen erlangt und verarbeitet werden, der DS-GVO. Vor dem Hintergrund gilt in Konstellationen, bei denen die Technologie nach § 25 Abs. 1 TTDSG einem Einwilligungserfordernis unterliegt und zudem auch personenbezogene Daten verarbeitet werden, dass die Rechtmäßigkeit der Nutzung im Anwendungsbereich des § 25 TTDSG aufgrund der Kollisionsregel des Art. 95 DS-GVO nur nach dem TTDSG zu beurteilen ist.⁶ Insofern lässt die Formulierung „vorrangig“ im oben dargestellten Kontext der OH Telemedien 2021 keine missverständliche Deutung zu, erst recht nicht durch die unter II. 2. erläuterte Kollisionsregel.

Die Landesaufsichtsbehörden waren sich darüber einig, dass die OH Telemedien 2019 durch die OH Telemedien 2021 ersetzt werden sollte. Daher ist die Formulierung, dass die Ausführungen in der OH Telemedien 2019 grundsätzlich weiterhin als Prüfungsmaßstab herangezogen werden können, unklar, wenn nicht sogar widersprüchlich. Ein Nebeneinander beider Orientierungshilfen steht einer „vollständig überarbeitet und ergänzten“ OH Telemedien entgegen. Um Unsicherheiten der Adressaten der OH Telemedien zu vermeiden, sollte es eine einheitliche und umfassende OH Telemedien geben.

d) Änderungsempfehlung

Mit Blick auf das angeführte Beispiel der vernetzten Fahrzeuge wird eine Ergänzung oder Änderung der OH Telemedien nicht empfohlen. Verantwortliche müssen nach den EDSA Guidelines auch in diesem Bereich sorgfältig auf die Art und Weise achten, für die sie eine gültige Einwilligung von den verschiedenen Teilnehmern, wie z. B. Fahrzeughaltern oder Fahrzeugnutzern, erhalten. Eine solche Einwilligung muss jeweils gesondert für bestimmte Zwecke erteilt werden. Das gilt auch, wenn es um die Speicherung von Informationen oder den Zugriff auf bereits im Fahrzeug gespeicherte Informationen geht, wie es in bestimmten Fällen gemäß Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL gefordert wird.⁷ Zudem wurden oder werden die deutschen Automobilhersteller individuell von den Datenschutzaufsichtsbehörden beraten. Es wird empfohlen, dass die DSK sich diesen Spezialproblemen im Rahmen eines eigenen Papiers annimmt.

Aus dem Arbeitskreis Medien wurde bisher weder vor noch seit dem Inkrafttreten des TTDSG vermehrt von Beschwerden im Bereich des Internet of Things berichtet. Auch darüber hinaus ist eine Beschwerdelast diesbezüglich nicht erkennbar, sodass eine Ergänzung um Beispiele des Internet of Things nicht empfohlen wird.

⁶ Ettig, in: Taeger/Gabel, TTDSG § 25 Rn. 13-16.

⁷ Leitlinien 01/2020 zur Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit vernetzten Fahrzeugen und mobilitätsbezogenen Anwendungen, Version 2.0, Rz. 48 u. 49. https://edpb.europa.eu/system/files/2021-08/edpb_guidelines_202001_connected_vehicles_v2.0_adopted_de.pdf

Eine Änderung der OH Telemedien ist im Hinblick auf den Vortrag des bevh ebenfalls nicht angezeigt, da aufgrund der obigen Ausführungen in der Konstellation, die die OH benennt, § 25 TTDSG tatsächlich vorrangig anzuwenden ist.⁸

Die Ausführungen der OH Telemedien 2019 sollten schließlich vollständig in das Kapitel IV, Rechtmäßigkeit der Verarbeitung gemäß DS-GVO, der OH Telemedien 2021 überführt und der Verweis in die OH Telemedien 2019 auf S. 31 geändert werden. Eine parallele Anwendung von zwei Orientierungshilfen, auf die regelmäßig gegenseitig Bezug genommen wird, sollte vermieden werden.

Zudem empfehlen sich zusätzliche Ausführungen zu den Rechtsgrundlagen bei der Datenverarbeitung durch öffentliche Stellen.⁹ Das Kapitel IV „Rechtmäßigkeit der Verarbeitung gemäß der DS-GVO“ der OH Telemedien sollte um die Unterkapitel zu Art. 6 Abs. 1 lit. c und Art. 6 Abs. 1 lit. e DS-GVO ergänzt werden.

5. „Wirtschaftliche Relevanz datenbasierter individuelle Werbung“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Mehrere Stellungnahmen greifen ganz generell das Thema der wirtschaftlichen Relevanz von datenbasierter individueller Werbung auf, allerdings meist im Hinblick auf die „unbedingte Erforderlichkeit“ nach § 25 Abs. 2 TTDSG. Die Stellungnahme des ZAW (S. 3 f.) geht aber losgelöst von diesem Merkmal auf die Relevanz für die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen und die Bereitstellung von Content – insbesondere journalistische Inhalte – näher ein. Es wird vorgetragen, dass ohne datenbasiertes Marketing die Chancen für Unternehmen stark sinken im Hinblick auf die Erschließung neuer Märkte, die Bindung neuer Kunden und den Vertrieb von Innovationen und neuen Produkten. Der ZAW geht zudem noch auf Geschäftsmodelle ein, welche sich durch datenbasierte Werbung finanzieren und das insbesondere die Bereitstellung von journalistisch-redaktionellen Inhalten zwingend auf Werbefinanzierung angewiesen ist.

b) Bezug zur OH Telemedien

Ein direkter Bezug zur OH Telemedien ist nicht erkennbar, sondern es handelt sich um eine generelle Anmerkung in der Annahme, dass sich die OH Telemedien auf internetspezifische Geschäftsmodelle auswirkt.

c) Bewertung

Die Tatsache, dass gewisse Geschäftsmodelle darauf ausgerichtet sind, datenbasierte individuelle Werbung auszuspielen, kann die OH Telemedien nur im Ansatz beeinflussen. Die OH Telemedien versucht eine Handreichung im Hinblick auf die Auslegung des § 25 TTDSG zu geben, welcher Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL umsetzt. Die Richtlinie sieht keine Ausnahmeregelungen für datengetriebene Geschäftsmodelle oder für die Medienbranche, wie in den Verfahren zur ePrivacy-Verordnung und zum Erlass des TTDSG eingebracht, vor. Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL normiert ein generelles Verbot des Speicherns oder Auslesens von Informationen auf bzw. aus den Endgeräten von Nutzer:innen. Ausnahmen hiervon werden nur in einem geringen Umfang ermöglicht, zu denen sich Ausführungen in Kapitel III. 3. der OH Telemedien finden.

⁸ So auch *Ettig*, in: Taeger/Gabel, TTDSG, § 25 Rn. 16.

⁹ Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz, Erläuterungen zum neuen Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG).

Die europäischen Vorgaben lassen keine weite Auslegung der nationalen Norm zu, da sich diese an der Richtlinie orientieren muss.

Es sind daher unabhängig vom Inhalt oder dem Sinn und Zweck einer Webseite oder einer App die Vorgaben des TTDSG einzuhalten. Im Rahmen der DS-GVO kann ein berechtigtes Interesse an der Verarbeitung personenbezogener Daten seitens der Verantwortlichen generell durch die Rechtsgrundlage Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO zum Tragen kommen. Allerdings erfordert die Vorschrift zusätzlich, dass das berechtigte Interesse des Verantwortlichen dann im Rahmen der Interessenabwägung den Interessen der Betroffenen gegenüberzustellen. Die Möglichkeit, berechtigte Interessen im Hinblick auf den Zugriff auf die Endeinrichtung geltend zu machen, sieht aber weder Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL noch – folgerichtig – § 25 TTDSG vor. Es soll die Integrität der Endeinrichtung als solche geschützt werden. Daher findet in Bezug auf § 25 TTDSG gerade nicht das Rollenregime der DS-GVO mit Verantwortlichen und Betroffenen Anwendung, sondern nur tatsächliche Speicherungen und Zugriffe sind relevant. Folglich können bei § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG keine subjektiven Interessen des Auslösers der Handlung berücksichtigt werden.

d) Änderungsempfehlung

Es ergeben sich hieraus keine Änderungsempfehlungen.

6. „Nutzerakzeptanz datenbasierter individueller Werbung“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Der ZAW führt in seiner Stellungnahme (S. 3 f.) aus, dass die Nutzungsraten datenbasierter Werbung zur Refinanzierung von Internetangeboten in Europa und die gut dokumentierte Beziehung zwischen der Verwendung von Werbeblockern, Click-Through-Raten und der Rentabilität von Werbebudgets belegen, dass zielgruppenspezifisch ausgerichtete Werbung nicht nur relevant höhere Umsätze generiert, sondern auch verbraucherseitig weitaus akzeptierter ist als volumenbasierte Kampagnen. Ohne datenbasiertes Marketing würden deshalb auch die Chancen für Unternehmen erheblich sinken, erfolgreich neue Kunden und Märkte zu erschließen, in den europäischen Binnenmarkt zu skalieren und Transformationsprozesse erfolgreich zu gestalten.

b) Bezug zur OH Telemedien

Ein konkreter Bezug dieser Feststellung zur OH Telemedien wird nicht erkannt. Aus den Ausführungen wird geschlossen, dass die Auffassung vertreten wird, die Beachtung der Vorgaben der OH Telemedien 2021 könnte zu einem Wettbewerbsnachteil auf dem europäischen Binnenmarkt führen.

c) Bewertung

Zum Beleg für die Aussage, dass zielgruppenspezifisch ausgerichtete Werbung verbraucherseitig weitaus akzeptierter sei als volumenbasierte Kampagnen, wird in den Fußnoten 5 bis 7 der Stellungnahme auf drei verschiedene Quellen zu marktwirtschaftlichen Studien aus dem englischsprachigen Raum verwiesen und es werden drei Zitate angeführt. Unabhängig von einer Bewertung der Qualität der Quellen, belegen die Zitate in den Fußnoten 6 und 7 die Aussage, dass zielgruppenspezifisch ausgerichtete Werbung relevant höhere Umsätze erzielen. Lediglich in der ersten Fundstelle (Fn. 5) wird überhaupt eine verbraucherbezogene Aussage getroffen.¹⁰ Die Feststellung, dass in der Regel irrelevante Werbung geblockt wird, lässt allerdings nur sehr bedingt den

¹⁰ “Though ad blocking is decreasing, we still see that irrelevant ads are a big issue. In most countries, more than half of the online population finds that the online ads they are exposed to are irrelevant to them. And when looking at why people are using ad blockers, we see that ad relevance (or the lack of it) is one of the main reasons for blocking ads”.

Schluss zu, dass Verbraucher individualisierte Werbung wünschen. Zudem lässt sie vor allem nicht den Schluss zu, dass Verbraucher die mit individualisierter Werbung einhergehenden Verarbeitungen personenbezogener Daten ebenfalls akzeptieren. Letztlich kommt es hierauf allerdings nicht an. Denn § 25 TTDSG und das Datenschutzrecht bieten mit der Einwilligung gerade die Möglichkeit, dass Verbraucher ihren individuellen Wunsch äußern können. Wenn die These, Verbraucher akzeptieren zielgruppenspezifische Werbung korrekt ist, müsste dies eine entsprechend hohe Einwilligungsrate nach sich ziehen.

d) Änderungsempfehlung

Es konnte kein konkreter Zusammenhang zwischen dem Vortrag und den Ausführungen in der OH Telemedien festgestellt werden. Folglich wird kein Bedarf für eine Änderung der OH Telemedien gesehen.

7. „Grundrechtsrelevanz der Bestimmungen des TTDSG“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Der ZAW führt in seiner Stellungnahme auf S. 4 aus, dass in der OH Telemedien 2021 zwar auf die Grundrechtsrelevanz der Bestimmungen des TTDSG gemäß Art. 7 GrCh hingewiesen würde, die Grundrechtspositionen der Anbieter der Webseiten aber nicht berücksichtigt worden seien. Infolgedessen würde kein Ausgleich gleichermaßen geschützter Grundrechtspositionen in der OH Telemedien 2021 erfolgen. Im Rahmen der Auslegung des TTDSG und der DS-GVO seien auf Seiten der Telemedienanbieter, ihre unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRCh bzw. Art. 12 GG sowie in Bezug auf Handlungen, die der Finanzierung ihres Angebotes dienen, die Medienfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG bzw. nach Art. 11 Abs. 2 GRCh zu berücksichtigen.

b) Bezug zur OH Telemedien

In Kapitel III „Schutz der Privatsphäre in Endeinrichtungen gemäß § 25 TTDSG“ findet sich einleitend auf S. 6 die Formulierung, dass § 25 TTDSG dem Schutz der Privatsphäre und Vertraulichkeit bei der Nutzung von Endeinrichtungen dient, wie er durch Art. 7 GRCh gewährleistet wird.¹¹

c) Bewertung

In der OH Telemedien wird in der genannten Textstelle lediglich darauf hingewiesen, dass § 25 TTDSG und die zugrundeliegende Vorschrift des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL Regelungen darstellen, die der Absicherung des Grundrechtes der Privatsphäre dienen. Im Rahmen der Auslegung von § 25 TTDSG wird nicht einseitig mit Art. 7 GRCh argumentiert. Die Verfassungskonformität von § 25 TTDSG wird weder geprüft noch in Frage gestellt. Grundsätzlich ist es Aufgabe des Gesetzgebers beim Erlass von Gesetzen, die Verfassungskonformität zu prüfen und, sofern eine Grundrechtskollision gegeben sein sollte, mit der gesetzlichen Regelung die widerstreitenden Interessen im Rahmen der praktischen Konkordanz in Einklang zu bringen. Die Kritik einer unzureichenden Berücksichtigung der Grundrechte der Anbieter von Telemedien ist gegenstandslos.

d) Änderungsempfehlung

Es wird dennoch vorgeschlagen, den Nebensatz in der Einleitung von Kap. III auf S. 6 „wie er durch Art. 7 GRCh gewährleistet wird“ ersatzlos zu streichen, da er für die weiteren Ausführungen entbehrlich ist.

¹¹ Darüber hinaus werden Grundrechte von Nutzern in der Orientierungshilfe nur in einem Zitat der BGH-Entscheidung im Verfahren Planet49 genannt.

II. § 25 TTDSG

8. „Anwendungsbereich“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Drei Stellungnahmen gehen auf den räumlichen Anwendungsbereich des § 25 TTDSG, welcher sich aus § 1 Abs. 3 TTDSG ergibt, ein. Der BVD (S. 2), Bitkom e.V. (S. 4) und der BDI (S. 4 f.) erachten weitere klarstellende Ausführungen in der OH Telemedien für sinnvoll.

Der BVD führt aus, dass die Regelung zum Anwendungsbereich in § 1 Abs. 3 TTDSG insbesondere mit Blick auf Telemedien unglücklich ist. Denn anders als Art. 3 Abs. 2 DS-GVO und § 1 Abs. 4 BDSG werde nicht an die Verarbeitung personenbezogener Daten, sondern an die Dienstleistungserbringung angeknüpft. Insofern sei die Klarstellung der DSK durch Bezugnahme auf die Verarbeitung personenbezogener Daten begrüßenswert.

Der Bitkom stellt das folgende Fallbeispiel (im Folgenden: Fallbeispiel 1) dar: *Das Unternehmen X mit Sitz in Asien, betreibt eine Webseite nur für den asiatischen Markt und asiatische Kunden, und verfügt über lediglich eine Niederlassung in Deutschland, z. B. eine Einkaufsgesellschaft.* Dann sei nach § 1 Abs. 3 TTDSG für das Unternehmen X mit Sitz in Asien und dessen Webseite das deutsche TTDSG anwendbar. Dies wird vom Bitkom als in der Praxis nicht sachgerecht bewertet.¹²

Der BDI trägt ebenfalls ein Fallbeispiel (im Folgenden: Fallbeispiel 2) vor,¹³ bei dem die Anwendbarkeit von § 25 TTDSG als nicht sachgerecht eingestuft und um eine entsprechende Klarstellung gebeten wird: *„Von einem deutschen Unternehmen hergestellte vernetzte Fahrzeuge werden durch andere Unternehmen mit Sitz im Ausland auf Märkten außerhalb Deutschlands vertrieben und bereitgestellt, wobei einige Datenverarbeitungen über das Backend des deutschen Herstellers erfolgen; über die Speicherung und den Zugriff auf Informationen in den Fahrzeugen entscheidet dabei nicht der deutsche Hersteller, sondern das im Ausland sitzende Unternehmen als Anbieter des jeweiligen Dienstes bzw. als Verantwortlicher.“*

b) Bezug zur OH Telemedien

Kapitel II.1.b) (S. 4 f.) der OH Telemedien stellt hier den Gesetzeswortlaut sowie die Gesetzesbegründung dar.

c) Bewertung

Die Anmerkung des BVD bedarf keiner eingehenden Bewertung, da sie sich ausschließlich auf das Originalzitat der Gesetzesbegründung bezieht. In der Gesetzesbegründung wird im Zusammenhang mit der Abgrenzung zwischen der ePrivacy-RL und der DS-GVO auf die Verarbeitung personenbezogener Daten abgestellt. Ausschließlich bezogen auf § 25 TTDSG ist dies tatsächlich ungenau, da die Vorschrift gerade keine Verarbeitung personenbezogener Daten voraussetzt. Allerdings bezieht sich dieser Satz aus der Gesetzesbegründung auf den räumlichen Geltungsbereich des TTDSG insgesamt und somit vor allem auf die Datenschutzvorschriften.

Nach § 1 Abs. 3 TTDSG erstreckt sich der Anwendungsbereich auf alle Unternehmen und Personen, die im Geltungsbereich des Gesetzes eine Niederlassung haben oder Dienstleistungen erbringen oder daran mitwirken oder Waren auf dem Markt bereitstellen. In Satz 2 wird weiterhin festgestellt, dass § 3 TMG unberührt bleibt. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus, dass nach wie vor das

¹² Im Folgenden Fallbeispiel 1.

¹³ Im Folgenden Fallbeispiel 2.

Marktortprinzip gilt, welches in Art. 3 Abs. 2 DS-GVO für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten normiert ist.

Das TTDSG regelt erstmals als nationales Gesetz den Zugriff auf Endeinrichtungen, sodass zunächst fraglich ist, was die Gesetzesbegründung mit dem Wortlaut „wie bisher“ aussagen möchte. Die datenschutzrechtlichen Regelungen für Telemedien waren zuvor im TMG normiert, welches in § 3 Abs. 1 TMG a.F. den räumlichen Anwendungsbereich für das Gesetz nach dem Herkunftslandprinzip definierte. Allerdings blieb das für den Schutz personenbezogener Daten geltende Recht gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 4 TMG a.F. von den Regelungen der Absätze 1 und 2 unberührt. Daher ergab sich der Anwendungsbereich aus den jeweils geltenden Datenschutzvorschriften. In § 1 Abs. 5 S. 1 BDSG a.F. bestimmte sich der räumliche Anwendungsbereich nach dem Niederlassungsprinzip. Das Marktortprinzip wurde mit der Datenschutz-Grundverordnung in Art. 2 DS-GVO ausdrücklich ergänzend für das Datenschutzrecht eingeführt. Auch für die Datenschutzvorschriften des TMG a.F. war somit seit der Geltung der DS-GVO das Marktortprinzip zu berücksichtigen.

Der räumliche Geltungsbereich der europäischen Datenschutz- und ePrivacy-Vorschriften kann generell nur auf Sachverhalte Anwendung finden, die einen eindeutigen territorialen Bezug zur Union aufweisen. Dies ergibt sich aus dem räumlichen Geltungsbereich des Vertrags über die Europäische Union (EUV) und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gemäß Art. 52 EUV bzw. Art. 355 AEUV. Das europäische Datenschutzrecht verfolgt als Zielsetzungen die Wahrung der Grundrechte natürlicher Personen, insbesondere ihr Recht auf Schutz personenbezogener Daten, und die Gewährleistung des freien Verkehrs von Daten innerhalb des Binnenmarkts. Vor diesem Hintergrund ist die Kombination aus Niederlassungs- und Marktortprinzip erforderlich, um einerseits Schutzlücken beim Grundrechtsschutz zu verhindern und andererseits gleiche Bedingungen für alle Anbieter im europäischen Binnenmarkt zu schaffen. Allerdings dürfen die Regelungen zum räumlichen Anwendungsbereich nicht dazu führen, dass europäische Vorschriften über den grundsätzlich territorial begrenzten Geltungsbereich hinaus Wirkung entfalten. Beim Niederlassungsprinzip ergibt sich der erforderliche Territorialbezug durch die Niederlassung des Verantwortlichen in der Union. Das Marktortprinzip orientiert sich an den potentiell von der Verarbeitung personenbezogener Daten Betroffener. Erwg. 2 S. 1 DS-GVO führt hierzu aus, dass der Schutz personenbezogener Daten ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit oder ihres Aufenthaltsorts gewahrt bleiben müsse. Das Europarecht kann allerdings, sofern der erforderliche territoriale Bezug nicht aus anderen Gründen gegeben ist, generell nur Personen schützen, die entweder die Staatsbürgerschaft eines europäischen Mitgliedstaates haben oder sich in der Europäischen Union oder im Europäischen Wirtschaftsraum aufhalten. Das in Art. 3 Abs. 2 DS-GVO geregelte Marktortprinzip setzt daher voraus, dass personenbezogene Daten von Personen verarbeitet werden, die sich in der Union – also am Marktort – befinden.¹⁴

Das in § 1 Abs. 3 TTDSG geregelte Marktortprinzip ist entsprechend zu verstehen. Die Anwendbarkeit des nationalen Rechts ist grundsätzlich ebenfalls von einem eindeutigen Bezug zum Territorium der Deutschen Bundesrepublik abhängig, da die Regelungshoheit grundsätzlich auf das Staatsgebiet beschränkt ist. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ist immer explizit zu prüfen, welches staatliche Recht maßgeblich ist. Solange es sich um einen grenzüberschreitenden Sachverhalt innerhalb Europas handelt, beschränkt sich die Prüfung im Wesentlichen darauf, ob § 25 TTDSG anwendbar ist oder die entsprechende nationale Umsetzungsvorschrift von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL eines anderen Mitgliedstaates.

Im Fallbeispiel 1 ist § 25 TTDSG nach dem Niederlassungsprinzip grundsätzlich anwendbar. Eine Einschränkung vergleichbar Art. 3 Abs. 1 DS-GVO, dass die Verarbeitung der Daten „im Rahmen der

¹⁴ *Hornung*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Art. 3 DS-GVO, Rn. 40.

Tätigkeiten“ der Niederlassung erfolgt, wurde nicht vorgenommen. Der EuGH hat in der Entscheidung „Google Spain“ selbst dieses einschränkende Merkmal sehr weit ausgelegt und es für ausreichend erachtet, wenn die Niederlassung die Aufgabe hat, in dem Mitgliedstaat für die Förderung des Verkaufs der angebotenen Werbeflächen der Suchmaschine - mit denen die Dienstleistung der Suchmaschine rentabel gemacht werden soll – und diesen Verkauf selbst zu sorgen.¹⁵ Im Unterschied zum Fallbeispiel 1 war allerdings die Tätigkeit des Mutterkonzerns auf die Einwohner dieses Staates (Spain) ausgerichtet. Daraus lässt sich ableiten, dass auch das Niederlassungsprinzip nur greift, wenn die Dienstleistung auf dem europäischen Binnenmarkt angeboten wird. Dies ist im Fallbeispiel 1 nicht gegeben.

Das Fallbeispiel 2 scheint ein rein hypothetisches Beispiel zu sein. Es ist eher unwahrscheinlich, dass *über die Speicherung und den Zugriff auf Informationen in den Fahrzeugen nicht der deutsche Hersteller* entscheidet, wenn gleichzeitig einige Datenverarbeitungen, bei denen es sich vermutlich um Folgeverarbeitungen handelt, auf dem Backend des deutschen Herstellers erfolgen. Dessen ungeachtet würde hier ebenfalls das Niederlassungsprinzip grundsätzlich zur Anwendbarkeit von § 25 TTDSG führen und nur unter den genannten Bedingungen könnte die Anwendbarkeit von § 25 TTDSG ausgeschlossen werden.

Wie die beiden Fallbeispiele zeigen, wird immer eine Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung der Marktorientierung angebotener Dienstleistungen sowie von Struktur und Aufgabenverteilung des internationalen Konzerns erforderlich sein.

d) Änderungsempfehlung

Es wird keine Änderungsempfehlung ausgesprochen. Die aufgeführten Fallbeispiele werden als kaum praxisrelevant eingestuft. Sie erfordern eine Einzelfallprüfung, aus der sich keine verallgemeinerbaren Schlussfolgerungen ableiten lassen.

9. „Tatbestandsmerkmal Endnutzer“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Im Hinblick auf das Merkmal „Endnutzer“ wurde vorgetragen, dass es verwirrend erscheine, wenn Aspekte wie die Eigentumsverhältnisse am Endgerät grundsätzlich irrelevant sein sollen. Um eine deutlichere Abgrenzung zwischen Endnutzern und bloßen Nutzern hervorzuheben, sei nicht auf die Einwilligung der Person abzustellen, die objektiv die Endeinrichtung nutzt. Dies könne der jeweilige Anbieter eines Telemediendienstes unter Wahrung des Grundsatzes der Datenminimierung im Zweifel gar nicht feststellen. Vielmehr sei es ausreichend, dass die Einwilligung von der gegenständlichen Endeinrichtung aus erteilt wurde. Zumindest müsse eine derart erteilte Einwilligung der Person zugerechnet werden, die eigentlich objektiv die Endeinrichtung nutzt (GDV, S. 3).

Die Ausführungen auf S. 11 der OH Telemedien (2021) zum Begriff des Endnutzers, wonach derjenige als Endnutzer anzusehen ist, der die Endeinrichtung objektiv nutzt, berücksichtige nicht ausreichend, dass Smarthome-Geräte sowie vernetzte Fahrzeuge zumeist von mehreren Personen genutzt werden, wohingegen mobile Endgeräte typischerweise nur durch eine Person genutzt werden. Im Hinblick auf den praktischen Umgang mit dem Einwilligungserfordernis des Endnutzers nach § 25 TTDSG sei eine Differenzierung zwischen mehreren Nutzern von Smarthome-Geräten und vernetzten Fahrzeugen kaum oder gar nicht möglich. Dies werde insbesondere am Beispiel von vernetzten Fahrzeugen deutlich. Hier kämen der Versicherungsnehmer, der Halter, Eigentümer oder Fahrer des Fahrzeuges

¹⁵ EuGH, EC¹³¹/12, CLI:EU:C:2014:317, Rn. 55.

als objektive Nutzer und damit Endnutzer in Betracht, sodass unklar sei, wer einwilligen müsste (BDI, S. 2).

b) Bezug zur OH Telemedien

Auf S. 11 der OH Telemedien wird ausgeführt, dass der Begriff des Endnutzers im Telekommunikationsrecht vor allem der Abgrenzung zu Anbieter:innen von Telekommunikationsdiensten dient, nicht aber zur Spezifizierung oder gar Eingrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs von § 25 TTDSG. Im Unterschied zum Datenschutzrecht wird keine subjektive „Betroffenheit“ gefordert. Erforderlich ist vielmehr die Einwilligung von der Person, die objektiv die Endeinrichtung nutzt. Eigentumsverhältnisse in Bezug auf das Endgerät sind danach grundsätzlich ebenso irrelevant wie die Frage, wer Vertragspartner:in der Telekommunikationsdienstleistung ist, die mittels des Endgeräts in Anspruch genommen wird.

c) Bewertung

§ 25 TTDSG orientiert sich eng am Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL. Dieser verlangt von den Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits in einer Endeinrichtung eines Endnutzers gespeichert sind, nur gestattet ist, wenn der betreffende Endnutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen, die er gemäß der Richtlinie 95/46/EG u. a. über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine Einwilligung gegeben hat.¹⁶ Insoweit ist es konsequent, wenn der deutsche Gesetzgeber die Frage nach dem Bindeglied¹⁷ zwischen Endeinrichtung und Endnutzer offenlässt, da es schon nach der Richtlinie nicht auf die Eigentumsverhältnisse in Bezug auf das Endgerät ankommt. Die Richtlinie stellt auf den „betreffenden Endnutzer“ ab. Das bedeutet, dass eben gerade der jeweils Nutzende eine Einwilligung erteilt haben muss. Dafür spricht auch der Schutzzweck von § 25 TTDSG. Die Norm dient dem Schutz der Privatsphäre nach Art. 7 GRCh. Dieser Schutz ist im Grundsatz aber ein allgemeiner und hängt nicht an Kommunikationszwecken oder -kontexten.¹⁸ Die Problematik der vorgetragenen Multi-User-Konstellationen stellt sich zudem nicht nur im Bereich der vernetzten Fahrzeuge oder bei der Nutzung von Smarthome-Geräten. Bereits bei der klassischen Internetnutzung über ein Endgerät von mehreren Familienmitgliedern zeigen sich die angeführten Schwierigkeiten. Wie diesem Problem begegnet werden kann, hängt im Wesentlichen davon ab, ob und in welchem Umfang überhaupt ein Einwilligungserfordernis greift und wie dieses in der Praxis umgesetzt wird.¹⁹ Eine grundrechtlich anzuerkennende Vertraulichkeits- und Integritätserwartung besteht jedenfalls, soweit Betroffene das informationstechnische System (Endgerät) als eigenes nutzen und deshalb den Umständen nach davon ausgehen dürfen, dass sie allein oder zusammen mit anderen zur Nutzung berechtigten Personen über das informationstechnische System selbstbestimmt verfügen.²⁰

d) Änderungsempfehlung

Eine Änderung der rechtlichen Einschätzung der DSK zu diesem Kritikpunkt ist nicht angezeigt.

¹⁶ BT-Drs. 19/27441, S. 37.

¹⁷ *Schwartmann/Reif/Burkhardt*, in: *Schwartmann/Jaspers/Eckhardt*, TTDSG, § 25, Rn. 18.

¹⁸ *Schwartmann/Reif/Burkhardt*, in: *Schwartmann/Jaspers/Eckhardt*, TTDSG, § 25, Rn. 19.

¹⁹ *Ettig*, in: *Taeger/Gabel*, TTDSG, § 25 Rn. 22.

²⁰ BVerfGE, Urteil vom 27. Februar 2008 - 1 BvR 370/07, Rz. 206.

10. „Definition Telemediendienst“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Unter der Überschrift „Weitere klarstellungsbedürftige Aspekte“ weist BDI auf S. 5 darauf hin, dass im Hinblick auf eine sach- und praxisgerechte Anwendung von § 25 TTDSG bei Smarthome-Geräten und vernetzten Fahrzeugen der Begriff des „Telemediendienstes“ weiter ausgelegt werden sollte. Eine weite Auslegung würde bereits vom Landbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg befürwortet werden.²¹

b) Bezug zur OH Telemedien

Es ist davon auszugehen, dass sich diese Anmerkung auf die Ausführungen zu § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG und dort konkret auf das Kapitel III.3.b) „Zurverfügungstellen eines Telemediendienstes“ beziehen sollen. Darüber hinaus wird der Begriff des Telemediendienstes zwar in der OH Telemedien mehrfach verwendet, allerdings nicht im Zusammenhang mit § 25 TTDSG.

c) Bewertung

Grundsätzlich ist anzumerken, dass in der OH Telemedien der Begriff „Telemedien“ nicht definiert wird. Es finden sich auch keine weiteren Ausführungen, die auf ein enges oder ein weites Verständnis des Telemediendienstes schließen lassen. Im Zusammenhang mit der Definition der Endeinrichtung wird auf S. 6 der OH Telemedien unter Verweis auf die Gesetzesbegründung festgestellt, dass auch Smarthome-Geräte und vernetzte Fahrzeuge in den Anwendungsbereich von § 25 TTDSG fallen. Im Zusammenhang mit der Ausnahmeregelung in § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG werden diese beiden Geräte-Arten nicht wieder aufgegriffen. Die Ausführungen in dem oben genannten Kapitel III.3.b) beziehen sich fast ausschließlich auf Webseiten und Apps. Daraus ist allerdings nicht zu folgern, dass die Ausnahmenvorschrift grundsätzlich auch anwendbar ist, wenn über die Endeinrichtungen vernetztes Fahrzeug oder Smarthome-Gerät ein Telemediendienst angeboten wird. Dies ist z. B. beim internetbasierten Entertainmentssystem in vernetzten Fahrzeugen anzunehmen.

In der Einführung der OH Telemedien wurde vor dem Hintergrund, dass der Anwendungsbereich von § 25 TTDSG deutlich über Webseiten und Apps hinausgeht, der folgende Hinweis aufgenommen:

„Die nachfolgend dargestellten Anforderungen und Wertungen sind nicht auf den Betrieb von Webseiten und Apps beschränkt, jedoch stellen diese die häufigsten Anwendungsfälle dar.“

d) Änderungsempfehlung

Zur Klarstellung werden die folgenden Änderungen der OH Telemedien empfohlen:

- Im ersten Satz der OH Telemedien ist zur Erklärung von Telemedien der Zusatz „wie insbesondere Webseiten und Apps“ zu ergänzen.

„Beim Betrieb von Telemedien, wie insbesondere Webseiten und Apps, kommen regelmäßig Technologien – häufig von Drittdienstleistern – zum Einsatz, die es ermöglichen, personenbezogene Daten von Nutzenden zu verschiedenen Zwecken zu verarbeiten.“

- In Kapitel II „Neue Rechtslage für Telemedien ab dem 1. Dezember 2021“ wird im einleitenden Absatz die Legaldefinition von Telemedien gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 TMG i.V.m. § 2 Abs. 1 TTDSG ergänzt.

²¹ Es wird auf die Pressemeldung des LfDI BW vom 24.21.2022 „LfDI unterstützt Porsche bei der Umsetzung des TTDSG“ verwiesen, <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/lfdi-porsche-ttdsg>.

„Telemedien sind gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 TMG i.V.m. § 2 Abs. 1 TTDSG alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 61 TKG, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 63 TKG oder Rundfunk nach § 2 RStV²² sind.“

- In Kapitel III.3.b)aa) wird der Satz „Im Kontext von Webseiten und Apps nehmen Nutzende einen Telemediendienst grundsätzlich in Anspruch, indem sie ihn bewusst aufrufen.“ um die folgende Fußnote ergänzt:

„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.“

11. „Vom Nutzer ausdrücklich gewünschter Telemediendienst - Differenzierung Basis- und Zusatzfunktionen“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Dieses Thema wird in acht Stellungnahmen angesprochen.

Scheja & Partner bezeichnen auf S. 8 f. der Stellungnahme die Differenzierung in Basis- und Zusatzfunktionen als hilfreich. Anschließend werden Fallkonstellationen ausgeführt, bei denen sich Probleme bei der Bewertung des Tatbestandsmerkmals „ausdrücklich gewünschter Telemediendienst“ ergeben würden. Vor diesem Hintergrund wird festgestellt, dass in der OH Telemedien *„klargestellt werden [sollte], dass bei der Prüfung des Nutzerwunschs in diesen Fällen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden und der Nutzerwunsch daher weit ausgelegt werden darf und folglich alle Funktionen, die in einem Zusammenhang mit dem vom Besucher erwartbaren Webseiten-Inhalt stehen, bereits bei Aufruf der Webseite aktiviert sein dürfen.“*

Der BVDW lehnt auf S. 11 f. die Differenzierung in Basis- und Zusatzfeatures nach subjektivem Empfinden strikt ab. Diese Ausführungen würden massiv die Produkt- und Vertragshoheit stören und jegliche rechtswissenschaftliche Logik entbehren. Nutzende würden ein funktionierendes Produkt erwarten und nicht eine statische Webseite, deren Funktionen die Nutzenden jeweils einzeln freischalten müssen. Kein Nutzender würde z. B den Zugang zu einem „Video-Archiv“ von A-Z kaufen, sondern möchte von Anfang an ein Produkt mit Suchfunktionen und Empfehlungen, bezogen auf die eigenen Präferenzen vorfinden. Ziel des § 25 TTDSG sei es, die Anzahl der verwendeten Cookies zu reduzieren. Nach der OH Telemedien müsse der Anbieter nun aber eine Vielzahl funktionspezifischer Cookies setzen bzw. auslesen, wann immer eine Zusatzfunktion in Anspruch genommen wird, wodurch die unerwünschten Speicher- und Zugriffsaktivitäten in die Höhe getrieben werden würden.

Der BvD kritisiert auf S. 2 allgemein, es sei nicht erkennbar, dass Positionen anderer Datenschutzaufsichtsbehörden in der EU berücksichtigt worden seien. In diesem Zusammenhang werden die Ausführungen und Aufteilung der Anwendung des § 25 TTDSG in „Basisdienste“ und

²² Der Rundfunkstaatsvertrag ist am 7.11.2020 durch den Medienstaatsvertrag ersetzt worden. Die Definition für Rundfunk findet sich nun in § 2 Abs. 1 S. 1 und 2 MStV.

„Zusatzdienste“ als deutscher Sonderweg bezeichnet, eine harmonisierte Auslegung wäre aber begrüßenswert gewesen.

VAUNET greift das Thema unter der Überschrift „Notwendigkeit des Ausgleichs zwischen zivilrechtlichem Verbraucher- und Privatsphärenschutz für vernetzte Endeinrichtungen“ auf S. 4 auf. In Bezug auf die Basisfunktionen eines Telemediendienstes wird vorgeschlagen, bei entgeltlichen Verbraucherverträgen über digitale Produkte die objektiven Funktionsmerkmale, die geschuldet sind, als vom Nutzer gewünscht anzusehen. Es wird kritisiert, dass es an einer praktikablen Unterscheidung von Basis- und Zusatzfunktionen fehle. Zudem sei – ohne weitere Begründung – die zergliedernde Einzelfunktionsbetrachtung der OH Telemedien für den Privatsphärenschutz von Endeinrichtungen kontraproduktiv. § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG gewähre keinen Anspruch, sich die Funktionen seines individuellen Telemediendienstes nach dem Baukastenprinzip zusammenzustellen.

Der GDD lehnt in seiner Stellungnahme auf S. 9 die kategorische Aufspaltung von Telemediendiensten in den Basisdienst, in den Basisdienst integrierte Zusatzfunktionen sowie Zusatzdienste und Funktionen, die grundsätzlich unabhängig von der Kategorie des Telemediendienstes sind, ab. Zur Begründung wird angeführt, dass § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG und die diesem zugrundeliegende ePrivacy-Richtlinie eine solche Differenzierung nicht kennen würden. Der ausdrückliche Nutzerwunsch müsse sich nach den gesetzlichen Vorgaben auf den Telemediendienst in seiner Gesamtheit beziehen und nicht auf dessen einzelne Elemente. Es werde eine künstliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs vorgenommen.

Der Verein Datenanfragen.de begrüßt auf S. 2 dagegen den klaren Standpunkt, dass bei der Beurteilung einer evtl. Erforderlichkeit für einen Telemediendienst i.S.d. § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG nicht ein Angebot als Ganzes, sondern vielmehr die jeweilige konkrete Funktion, welche die Nutzer:in tatsächlich wünscht, zu betrachten ist (S. 20).

Im Zusammenhang mit dem Merkmal ausdrücklich gewünschter Telemediendienst weist der Händlerbund auf S. 3 darauf hin, dass es für Online-Händler sehr schwer sei, eine Abgrenzung – vermutlich zwischen Basisdienst und Zusatzfunktionen – vorzunehmen und diese mit mehr Fragen als Antworten zurückgelassen werden.

Bitkom bewertet auf S. 17 die Unterscheidung zwischen dienststypischen Basisfunktionen, die Nutzer stets wünschen, und situativ initialisierten Zusatzfunktionen, die nur einzelne Nutzer individuell wünschen, als praxisfern. Der Ausführung der DSK (insb. zu „invasiven Datenverarbeitungen“) könne entgegengesetzt werden, dass es bei § 25 TTDSG per se nicht auf die Verarbeitung von personenbezogenen Daten ankomme. Die DSK solle in ihrer OH Telemedien auch auf die Frage eingehen, ob eine vertragliche Vereinbarung, z. B. bei anmeldepflichtigen Diensten, einen „ausdrücklichen Wunsch“ darstellen, einen Dienst in Anspruch zu nehmen.

b) Bezug zur OH Telemedien

Die Stellungnahmen beziehen sich auf die Ausführungen zu § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG und dort konkret auf das Kapitel III.3.b) „Zurverfügungstellen eines Telemediendienstes“ auf S. 20 bis 24. Die Differenzierung zwischen Basisdienst und Zusatzfunktionen wird in Kapitel III.3.b)aa). „Von Endnutzer:innen ausdrücklich gewünschter Telemediendienst“ ausgeführt.

c) Bewertung

Die Stellungnahmen zu den Ausführungen, wie das Merkmal vom Nutzer ausdrücklich gewünschter Telemediendienst systematisch geprüft werden kann, variieren deutlich. Die meisten lehnen die vorgeschlagene systematische und differenzierte Betrachtung anhand von Basisdienst und Zusatzfunktionen ab, s. BVDW, BvD, VAUNET, GDD und Bitkom. Teilweise wird auf Abgrenzungs- und

Einordnungsprobleme hingewiesen. Es wird hervorgehoben, dass bei einem Vertrag über die Inanspruchnahme des Telemediendienstes der Wunsch des Nutzers alternativ aus dem Vertragsinhalt geschlossen werden könne.

Die Differenzierung in Basisdienst und Zusatzfunktionen soll Betreibern der Webseite eine Hilfestellung bieten, wie eine systematische Prüfung des Merkmals „vom Nutzer ausdrücklich gewünschter Telemediendienst“ erfolgen kann. Bei der Nutzung von Webseiten wird in den meisten Fällen ausschließlich das Öffnen der Webseite einen objektiven Anknüpfungspunkt für Schlussfolgerungen auf den Nutzerwunsch bieten. Sofern vorhanden, können selbstverständlich auch aus weiteren Handlungen des Nutzers Schlussfolgerungen in Bezug auf den Nutzerwunsch abgeleitet werden, wie z. B. dem Herunterladen einer App aus einem Appstore und die anschließende Installation der App auf dem Endgerät. In der OH Telemedien wird in Kapitel III.3.b)aa) begründet dargelegt, dass alleine aus dem Öffnen der Webseite nicht geschlossen werden kann, dass alle Komponenten des Telemediendienstes gewünscht sind. Hieraus wird abgeleitet, dass eine globale Betrachtung des Telemediendienstes nicht ausreicht, sondern ein granulares Verständnis zugrunde zu legen ist. Die Notwendigkeit einer granularen Betrachtung des Telemediendienstes wird von der Art. 29-Datenschutzgruppe vertreten, worauf in der OH Telemedien hingewiesen wird, s. Fußnote 36. Die Kritik, dass Positionen anderer Datenschutzaufsichtsbehörden in der EU nicht berücksichtigt worden seien, ist daher unzutreffend.

Die Differenzierung in Basisdienst und Zusatzfunktionen zeigt eine mögliche Option auf, wie von Betreibern der Webseite eine granulare Betrachtung von Telemediendiensten praktisch umgesetzt werden kann. Sie bietet Ansätze für eine schematische Prüfung, die als deutliche Erleichterung gegenüber der grundsätzlich erforderlichen Einzelfallprüfung anzusehen ist. Derartige Hilfestellungen sind zulässig, ohne dass sich die vorgenommene Differenzierung konkret in § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG und die diesem zugrundeliegende ePrivacy-Richtlinie wiederfinden muss. Sie darf lediglich nicht im Widerspruch zum Wortlaut stehen. Mindestvoraussetzung eines ausdrücklichen Wunsches des Nutzers ist immer dessen Kenntnis, dass eine bestimmte Funktion in einem Telemediendienst integriert ist. Diese Kenntnis kann erst dann unterstellt werden, wenn eine konkrete Funktion vom Nutzer des Telemediendienstes wahrgenommen wird. Zudem muss sich der Wunsch in einer ausdrücklichen Handlung manifestieren. Beispielhaft werden in der OH Telemedien die folgenden Handlungen aufgeführt: einen Chatbot anklicken, eine Merkliste anlegen oder ein Formular ausfüllen.

Gleichzeitig wird durch die Ausführungen zu den Basis- und Zusatzdiensten die Vorgehensweise und der Prüfungsmaßstab der Aufsichtsbehörden transparent vermittelt.

Dem vom Scheja & Partner geforderten weiten Verständnis des Merkmals „vom Nutzer ausdrücklich gewünschter Telemediendienst“ dahingehend, dass „*alle Funktionen, die in einem Zusammenhang mit dem vom Besucher erwartbaren Webseiten-Inhalt stehen*“ dem Basisdienst zuzurechnen sind, kann nicht gefolgt werden. Die gesetzliche Anforderung ist eindeutig subjektiv und individuell formuliert.²³ Das dargelegte weite Verständnis würde zu einer objektivierten Betrachtung führen. Dieses Verständnis steht nicht im Einklang mit dem Wortlaut des Gesetzes.

Der BVDW führt als Beispiel gegen die differenzierte Betrachtung den Zugang zu einem „Video-Archiv“ an, das der Nutzer von Anfang an als ein Produkt mit Suchfunktionen und Empfehlungen, bezogen auf die eigenen Präferenzen nutzen möchte, da er ein funktionierendes Produkt erwarte. Es wird nicht dargelegt, inwiefern die in der OH Telemedien vorgeschlagene Differenzierung in Basisdienst und Zusatzfunktionen zu einem wesentlich anderen Ergebnis gelangt, als dies ohne eine

²³ Der Nutzer (oder Teilnehmer) hat selbst etwas unternommen, um einen Dienst mit einem klar definierten Umfang anzufordern. WP 194, S.3.

granulare Betrachtung der Fall wäre. Eine Suchfunktion in einem Video-Archiv kann wohl grundsätzlich dem Basisdienst zugerechnet werden. Bei Empfehlungen, die aus Präferenzen abgeleitet werden, hängt die Einordnung von der konkreten Ausgestaltung ab. Nutzerspezifische Empfehlungen können z. B. allein aufgrund von konkreten Angaben der Nutzer gegeben werden. In dem Beispiel ist aber vermutlich gemeint, dass die Empfehlungen auf der Basis trackingbasierter Nutzerprofile ausgesprochen werden. Nur in diesem Fall wäre der Anwendungsbereich von § 25 Abs. 1 TTDSG eröffnet. In der Praxis gibt es Telemediendienste, bei denen nutzerspezifische Empfehlungen im Rahmen der Webseite angezeigt werden, ohne dass eine weitere Handlung des Nutzers erforderlich ist. Diese Form der Ausgestaltung führt nicht dazu, dass sich der Wunsch des Nutzers automatisch auf diese Zusatzfunktion bezieht, sondern der Anbieter der Webseite muss im Zweifel die Ausgestaltung dieser Zusatzfunktion anpassen. Es ist ohne weiteres möglich, dass der Nutzer zuvor die Zusatzfunktion „nutzerspezifische Empfehlungen“ über eine Einstellung oder Schaltfläche aktiviert.

Der Hinweis, dass bei der differenzierten Betrachtung letztlich eine höhere Anzahl funktionspezifischer Cookies (zeitversetzt) gesetzt oder ausgelesen werden müsse, kann in der Pauschalität nicht nachvollzogen werden. Vermutlich soll sich dies auf den Einsatz von multifunktionalen Cookies beziehen und die Annahme, dass diese aufgrund der differenzierten Betrachtung in mehrere einzelne Cookies aufzuspalten sind. Zu den Rechtmäßigkeitsanforderungen bei multifunktionalen Cookies (oder Mehrzweck-Cookies) enthält die OH Telemedien Ausführungen auf S. 24. Demnach ist es auch bei multifunktionalen Cookies denkbar, dass ein Cookie für eine Funktion gesetzt und später für eine andere Funktion ausgelesen wird. Diesem Hinweis ist zudem entgegenzuhalten, dass die differenzierte Betrachtung bei allen Personen, die keine Zusatzfunktionen des Dienstes nutzen, deutlich weniger Cookies eingesetzt werden.

Die granulare Betrachtung des Telemediendienstes, um dem Nutzerwunsch gerecht zu werden, ist eine Position der Art. 29-Datenschutzgruppe und somit eine einheitlich in Europa vertretene Auffassung. Die vorgeschlagene Differenzierung in Basisdienst und Zusatzfunktionen wurde von den deutschen Aufsichtsbehörden entwickelt. Allerdings stellt dies nur eine Hilfestellung für eine systematische Analyse dar, die nicht von Betreibern der Webseite vorgenommen werden muss. Bei einer aufsichtsbehördlichen Prüfung ist allein maßgeblich, ob eine nachvollziehbare und überzeugende granulare Betrachtung vorgenommen worden ist oder nicht. Daher steht der Vorschlag einer einheitlichen Rechtsanwendung in Europa nicht entgegen und stellt keinen deutschen Sonderweg dar. Zudem ist § 25 TTDSG auf eine europäische Richtlinie zurückzuführen. Ziel der ePrivacy-Richtlinie ist gemäß Art. 1 die Harmonisierung der Vorschriften der Mitgliedstaaten. Es wurde (noch) nicht das Instrument einer europäischen Verordnung gewählt, die zu einheitlichen Rechtsvorschriften in Europa führen würde.

Es wird keine weitere Notwendigkeit des Ausgleichs zwischen zivilrechtlichem Verbraucher- und Privatsphärenschutz für vernetzte Endeinrichtungen gesehen. Die nationalen Verbraucherschutzvorschriften sind im Wesentlichen ebenfalls auf europäische Richtlinien zurückzuführen. Der Ausgleich zwischen diesen beiden Regelungsbereichen ist daher im Wesentlichen eine Aufgabe des europäischen Gesetzgebers, sofern ein Ausgleich überhaupt erforderlich ist. Anhaltspunkte für konkrete Defizite, die durch die OH Telemedien ausgelöst worden sein sollen, fehlen in den Stellungnahmen.

In Bezug auf die Basisfunktionen eines Telemediendienstes wird vorgeschlagen, bei entgeltlichen Verbraucherverträgen über digitale Produkte die objektiven Funktionsmerkmale, die geschuldet sind, als vom Nutzer gewünscht anzusehen. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle wird allerdings bei der Nutzung von Telemediendiensten nicht von einem Vertragsschluss auszugehen sein. Die OH Telemedien lässt daher die Fallgestaltung unberücksichtigt, dass über die Inanspruchnahme des Telemediendienstes ein entgeltlicher Verbrauchervertrag über digitale Produkte geschlossen worden ist. Hierzu zählen insbesondere alle entgeltpflichtigen Telemediendienste.

In den Stellungnahmen werden die seit dem 1.1.2022 geltenden neuen Verbraucherschutzvorschriften in den §§ 327 ff. BGB angesprochen. Telemediendienste, deren Inanspruchnahme einen Vertragsschluss voraussetzen, gab es allerdings bereits vor der Einführung der neuen Verbraucherschutzvorschrift. Hierzu zählen insbesondere alle entgeltpflichtigen Telemediendienste. Es ist aber zutreffend, dass bei dieser Fallgestaltung der Wunsch des Nutzers nicht vornehmlich aus dem Aufruf der Webseite geschlossen werden muss, sondern der Vertragsinhalt berücksichtigt werden kann. Auch beim Herunterladen einer entgeltpflichtigen App aus einem Appstore kann dieser Vorgang grundsätzlich einbezogen werden, um Rückschlüsse auf den Nutzerwunsch zu ziehen.

Die angesprochene Produkt- und Vertragshoheit sowie die grundsätzliche Gestaltungsfreiheit eines Telemediendienstes wird von der OH Telemedien ausdrücklich auf S. 21 angesprochen. Diese Freiheiten finden ihre Grenzen generell in anderen gesetzlichen Vorgaben, wie insbesondere dem Verbraucherschutzrecht, Steuerrecht oder eben auch dem Datenschutzrecht.

d) Änderungsempfehlung

Erstens wird empfohlen, bei dem Merkmal des „vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst“ zwischen Telemediendiensten, die auf der Grundlage eines Vertrages in Anspruch genommen werden, und Telemediendiensten, die ohne einen vorherigen Vertragsschluss genutzt werden, zu differenzieren. Im Kap. III.3.b)aa) „Von Endnutzer:innen ausdrücklich gewünschter Telemediendienst“ sollte auf S. 19 als zweiter Absatz diese Differenzierung sowie ein Absatz zu den Telemediendiensten, insbesondere entgeltpflichtige Dienste ergänzt werden. Es ist klarzustellen, dass hier die Bestimmung des Nutzerwunsches vornehmlich anhand des Vertragsinhalts vorgenommen werden kann.

„Weitaus seltener kommt es in der Praxis vor, dass Telemediendienste auf der Grundlage eines zuvor geschlossenen Vertrags genutzt werden. Dies ist insbesondere bei zahlungspflichtigen Diensten, wie z. B kostenpflichtige Literaturdatenbanken, anzunehmen. Liegen ein (schriftlicher) Vertrag über die Nutzung des Telemediendienstes, aus denen der konkrete Leistungsumfang entnommen werden kann, vor, kann dieses Dokument zur Bestimmung des Nutzerwunsches herangezogen werden.“

Zweitens wird empfohlen, am Ende von Kap. III.3.b)aa) „Von Endnutzer:innen ausdrücklich gewünschter Telemediendienst“ auf S. 22 eine Klarstellung dahingehend aufzunehmen, dass die vorgeschlagene Differenzierung in Basisdienst und Zusatzfunktionen als Hilfestellung für die vorzunehmende granulare Betrachtung des Telemediendienstes darstellt. Diese Hilfestellung muss selbstverständlich nicht zwingend wahrgenommen werden, sondern es kann durch andere Ansätze eine granulare Betrachtung vorgenommen werden.

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

12. „Informationspflicht über Cookie“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Es wurde in den Stellungnahmen von Scheja & Partner (S. 5 ff.) und dem bevh (S. 2) vorgetragen, dass Unklarheit darüber besteht, ob mit „Informationen“ entsprechend § 25 Abs. 1 TTDSG Bezug auf die Informationspflichten der Artikel 13 und 14 DS-GVO genommen wird oder ob sich dies ausschließlich auf die Informiertheit der Einwilligung bezieht. Damit einhergehend bestehe Klarstellungsbedarf, ob beispielsweise entsprechend Art. 13 Abs. 1 lit. c DS-GVO die Rechtsgrundlage des TTDSG zu zitieren ist (Bitkom S. 9). Ebenfalls sei in diesem Kontext unklar, ob im Hinblick auch § 25 Abs. 2 TTDSG Informationen gegeben werden müssten, sofern keine Verarbeitung von personenbezogenen Daten vorliegt.

b) Bezug zur OH Telemedien

Es gibt mehrere Bezugspunkte der dargestellten Stellungnahmen in der OH Telemedien. In den Ausführungen zur informierten Einwilligung auf S.11 findet sich folgender Satz: *„Welche Informationen konkret zu erteilen sind, ergibt sich – im Unterschied zu der Aufzählung von erforderlichen Informationen gemäß Art. 13 DS-GVO – nicht unmittelbar aus dem Gesetz“*

Weiterhin wird auf S. 12 ausgeführt, dass bei Prozessen, die sowohl unter das TTDSG als auch unter die DS-GVO fallen, über beide Rechtsgrundlagen zu informieren ist.

c) Bewertung

Der Wortlaut des § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG spricht von „Information“ und „Einwilligung“, also von zwei separaten Aspekten der DS-GVO. Sollte der Begriff der Information sich lediglich auf eine informierte Einwilligung beziehen, wäre es ausreichend gewesen zu fordern, dass die Einwilligung gemäß der Verordnung (EU) 2016/679 erfolgen soll. Demnach bezieht sich „Information“ nicht nur auf die informierte Einwilligung, sondern auch auf die Informationspflichten, die sich aus der DS-GVO ergeben.

Bei einer systematischen Betrachtung, bezieht sich § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG auf S. 1 und daher wohl auf die Anforderungen an eine Einwilligung. Eine Ausweitung auf die Informationspflichten der Artikel 13 und 14 DS-GVO im Hinblick auf nicht personenbezogene Daten ist daher nicht erkennbar.

Aus der ePrivacy-Richtlinie ergibt sich nicht direkt ein Verweis auf die Informationspflichten der Artikel 13 und 14 DS-GVO. Jedoch wird hier von „umfassenden Informationen“ gesprochen, die gemäß der Richtlinie 95/46/EG und damit der DS-GVO gegeben werden müssen.²⁴

Demnach ist davon auszugehen, dass auch im Hinblick auf Prozesse, die auf Grundlage von § 25 Abs. 1 TTDSG stattfinden, die Informationspflichten der Artikel 13 und 14 DS-GVO einzuhalten sind. Dies hat der EuGH in seinem Urteil vom 1.10.2020 „Planet49“²⁵ im Hinblick auf Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL

²⁴ Siehe Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL: *„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, nur gestattet ist, wenn der betreffende Teilnehmer oder Nutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen, die er gemäß der Richtlinie 95/46/EG u. a. über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine Einwilligung gegeben hat.“*

²⁵ EuGH, C-673/17 vom 01.10.2020: *„In einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens, in der nach den Angaben in den dem Gerichtshof vorgelegten Akten die Cookies zur Sammlung von Informationen zu Werbezwecken für Produkte der Partner des Veranstalters eines Gewinnspiels dienen, zählen Angaben zur Funktionsdauer der Cookies und dazu, ob Dritte Zugriff auf die Cookies erhalten können, zu den klaren und umfassenden Informationen, die der Nutzer nach Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58 erhalten muss. Hierzu ist festzustellen, dass in Art. 10 der Richtlinie 95/46, auf die Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58 Bezug nimmt, und in Art. 13 der Verordnung 2016/679 die Informationen aufgeführt sind, die die Person, bei der die sie betreffenden Daten erhoben werden, von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen erhalten muss“*

bestätigt. Der EuGH nimmt hier ausdrücklich Bezug auf Art. 13 DS-GVO und die dort genannten Informationspflichten.

Eine explizite Nennung von § 25 Abs. 1 TTDSG als Rechtsgrundlage auf erster Ebene ist nicht grundsätzlich angezeigt. Sie ist aber in den Fällen empfehlenswert, in denen die Einwilligung mit einer Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO gemeinsam eingeholt werden soll, um darüber zu informieren, dass hier zwei Einwilligungen mit einer Handlung eingeholt werden sollen.

Im Hinblick auf § 25 Abs. 2 TTDSG findet sich kein Anknüpfungspunkt, der die Geltung der Informationspflichten der DS-GVO auf Zugriffe auf Endeinrichtungen ausweitet, welche nicht dem Einwilligungserfordernis unterliegen. Sofern allerdings nachfolgende Verarbeitungen von personenbezogener Daten stattfinden, ist in der Datenschutzerklärung hierüber zu informieren, da das TTDSG nur im Hinblick auf den Zugriff auf die Endeinrichtung entsprechend Art. 95 DS-GVO vorrangig ist.

d) Änderungsempfehlung

Eine Änderung der rechtlichen Einschätzung der DSK ist nicht angezeigt. Es wird dennoch empfohlen, folgende Fußnote an den Zusatz: – im Unterschied zu der Aufzählung von erforderlichen Informationen gemäß Art. 13 DS-GVO – auf S. 11 aufzunehmen:

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

13. „Tatbestandsmerkmal ‚unbedingt erforderlich‘“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Im Hinblick auf das Merkmal der unbedingten Erforderlichkeit wird vorgetragen, dass die DSK nicht hinreichend deutlich darstelle, unter welchen konkreten Voraussetzungen anzunehmen ist, dass IT-Sicherheitsdienste im Sinne des § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG technisch erforderlich sind (Scheja & Partner, S. 10).

Das Merkmal der „unbedingten Erforderlichkeit“ im Sinne des § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG müsse zudem interessengerecht und nicht restriktiv ausgelegt werden. Das Tatbestandsmerkmal sei auch dann erfüllt, wenn rechtliche, vertragliche, wirtschaftliche oder betriebliche Aspekte notwendigerweise zu berücksichtigen sind, um den ausdrücklich gewünschten Dienst zu erbringen. Dies sei insbesondere der Fall, wenn Cookies und vergleichbare Technologien zu Komfort- oder Sicherheitszwecken eingesetzt werden (BVDW, S. 6).

Außerdem wird gefordert, dass die DSK das Kriterium „unbedingt erforderlich“ in § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG künftig so auslegt, dass (zivil-)vertragliche Regelungen auch hierunter fallen. Ein „Zahlen mit Daten“ bei einem ansonsten „kostenlosen Dienstleistungsangebot“ sollte so gestaltet sein, dass die vertraglich vereinbarte Gegenleistung des Nutzers bei Vertragsabschluss klar und verständlich dargestellt wird. Für eine derartige vertraglich basierte Gegenleistung könne dann keine Notwendigkeit für eine Einwilligung nach TTDSG/ePrivacy mehr bestehen.

Als problematisch werden zudem Aussagen der OH Telemedien dahingehend angesehen, dass Informationen clientseitig statt mittels Cookie-ID serverseitig gespeichert werden sollen. Die inhaltliche Dimension betreffe eindeutige Identifikations-Kennzeichen (Cookie-IDs), die auf den Endeinrichtungen gespeichert und wieder ausgelesen werden. Für Cookie-IDs und andere Online-Identifizier sehe die OH Telemedien nur in wenigen Fällen eine unbedingte Erforderlichkeit. Informationen, einschließlich personenbezogener Daten, sollen vielmehr clientseitig auf den

Endeinrichtungen gespeichert und zum Abruf vorgehalten werden. Eine serverseitige Speicherung der Informationen in einer Datenbank des Telemedienanbieters oder der eingebundenen Drittdienstleister, die dann mittels Cookie-IDs oder anderer Online-Identifizier mit der Endeinrichtung verknüpft sind, sei als Technikgestaltung nicht erforderlich (VAUNET, S. 6).

Die DSK wird darüber hinaus gebeten, die OH Telemedien dahingehend anzupassen, dass Verarbeitungen, die ausschließlich Sicherheitszwecken dienen, als unbedingt erforderliche Verarbeitungen dargestellt werden. Auch sehe der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz beispielsweise Cookies zur Erfüllung von Sicherheitsanforderungen als notwendige Cookies an (AWV, S. 9).

Außerdem wird vorgetragen, dass der Wortlaut von § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG eine Beschränkung der Ausnahme auf technisch erforderliche Speicherungen/Zugriffe nicht hergebe. Zutreffend sei vielmehr, dass die Erforderlichkeit auf Grund des Zusatzes „unbedingt“ eng auszulegen sei. Die von der DSK in Bezug genommene Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/27441 S. 38) könne allerdings auch so verstanden werden, dass technisch erforderliche Speicherungen/Zugriffe zwar in jedem Fall unbedingt erforderlich i. S. d. Norm sind, sich die unbedingte Erforderlichkeit aber nicht darin erschöpft. Für diese Ansicht spreche auch das Gesetzgebungsverfahren zur ePrivacy-Verordnung, die die ePrivacy-Richtlinie und große Teile des TTDSG zukünftig ersetzen soll. Nach Vorstellung der Europäischen Gesetzgeber ist daher zwingend zwischen unbedingter und technischer Erforderlichkeit zu unterscheiden. Da Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL wie auch § 25 TTDSG nur unbedingte Erforderlichkeit voraussetzt, wird gebeten, die OH Telemedien entsprechend anzupassen. Eine auf die unbedingte technische Erforderlichkeit abstellende Auslegung liefe Gefahr, dass kein ausreichender gestalterischer Spielraum mehr bliebe, um eine moderne und um kundenfreundliche Funktionen aufgewertete Webseite anbieten zu können (GDV, S. 4).

Weiterhin wird bemängelt, dass auch im Hinblick auf die unbedingte Erforderlichkeit die OH Telemedien ein Problem formuliere, ohne praktikable Lösungswege aufzuzeigen oder ohne – selbst wenn sie keinen Maßstab darstellen mag – einen Bezug zur technischen Umsetzung und Umsetzbarkeit der aufgeworfenen Differenzierungen herzustellen (Händlerbund, S. 3).

Die Behauptung, dass „unbedingt erforderlich“ technische Erforderlichkeit meint und wirtschaftliche Erforderlichkeit aufgrund des Geschäftsmodells des Anbieters ausschließt, ergebe sich zudem nicht aus dem Gesetz. Die Anerkennung der Bereitstellung personenbezogener Daten als Zahlungsmittel für digitale Produkte (§ 312 Abs. 1 a, 327ff. BGB) spricht eher dafür, dass auch die wirtschaftliche Erforderlichkeit des Zugriffs auf die Daten aufgrund des Geschäftsmodells „Bezahlen mit Daten“ berücksichtigt werden müsse. In diesem Sinne habe auch schon Generalanwalt Szpunar in der EuGH-Planet49-Rechtssache zum Geschäftsmodell eines Gewinnspiels konstatiert: „Hauptpflicht, die der Nutzer erfüllen muss, um an dem Gewinnspiel teilnehmen zu können, [besteht] darin, personenbezogene Daten zur Verfügung zu stellen. In einer solchen Situation scheint mir, dass die Verarbeitung dieser personenbezogenen Daten für die Teilnahme am Gewinnspiel erforderlich ist.“

Das TTDSG mache die „Erforderlichkeit“ nicht von einer unbedingten technischen Komponente abhängig. Das Merkmal „unbedingt erforderlich“ wird darüber hinaus weder im TTDSG noch in der ePrivacy-Richtlinie näher definiert. In der Gesetzesbegründung zum TTDSG wird jedoch von einer technischen Erforderlichkeit ausgegangen, was ein strenges Verständnis nahelegt. Dies bedeute, dass auch für von Endnutzer:innen ausdrücklich gewünschte Dienste nur solche Zugriffe auf die Endeinrichtung von der Ausnahme umfasst sind, die technisch erforderlich sind, um gerade den gewünschten Dienst bereitzustellen. Denn das Kriterium der Erforderlichkeit im Sinne der Vorschrift beziehe sich ausschließlich auf die Funktionalität des Telemediendienstes als solchen. Eine Ausnahme von der Einwilligungsbedürftigkeit könne daher nicht dadurch begründet werden, dass das Speichern

von oder der Zugriff auf Informationen im Endgerät wirtschaftlich für das Geschäftsmodell erforderlich ist, in das der Telemediendienst eingebunden ist. In Fn. 39 der OH Telemedien finde sich ein Verweis auf ePrivacy-Richtlinie: „technische Speicherung oder Zugriff ...unverzichtbar ... um ... zu ermöglichen“: das sei weiter als die Kommentierung in der OH an dieser Stelle, nach der wirtschaftliche Erwägungen in Gänze ausgeschlossen sein sollen und widerspreche auch den Ausführungen unter S. 31, nach der Reichweitenmessungen in bestimmtem, begrenztem Umfang möglich sein könne („Stichwort Schaufensterzählung“). Vielmehr stelle sich die Auslegung der ePrivacy-Richtlinie wie folgt dar: „Wenn nicht mal beurteilt werden kann, ob man Kunden überhaupt erreicht, kann das dazu führen, dass der Zugriff unverzichtbar ist, um den Dienst weiter zu ermöglichen (da nur so klar ist, ob es überhaupt „ankommt“).“ Die technische Erforderlichkeit könne regelmäßig nicht klar abgegrenzt werden und schlage insbesondere auch auf die wirtschaftliche Erforderlichkeit durch, etwa bei Diensten zur Personalisierung oder Mediendiensten zum Auspielen personalisierter Werbung. Zudem solle die OH Telemedien idealerweise auch die vertragliche Erforderlichkeit mitberücksichtigen, z. B lizenzpflichtige eingebundene Schriftarten (Bitkom, S. 18 u. 19).

Ferner wird vorgetragen, dass die OH Telemedien die Erforderlichkeit als „technische Erforderlichkeit“ interpretiere. Diese Einschränkung widerspreche dem Wortlaut des TTDSG. Auch die zugrundeliegende Richtlinie stelle nicht hierauf ab. Sofern in der Gesetzesbegründung zum TTDSG hiervon die Rede sei, könne dies nicht ausschlaggebend sein. Aus den Erwägungsgründen der Richtlinie ergebe sich lediglich, dass das Merkmal der „unbedingten Erforderlichkeit“ jedenfalls dann erfüllt sei, wenn die Speicherung oder der Zugriff auf Informationen technisch notwendig ist. Der Umkehrschluss aber, dass nur eine technische Notwendigkeit den Tatbestand der unbedingten Erforderlichkeit begründe, ergebe sich aus den Erläuterungen gerade nicht. Bereits der Wortlaut der Norm lege damit ein weites Begriffsverständnis nahe, mit der Folge, dass neben technischen Komponenten auch rechtliche, vertragliche und wirtschaftliche Aspekte eine unbedingte Erforderlichkeit im Sinne des § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG respektive Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL begründen könne (BDI, S. 11).

Andererseits wird hingehen die Klarstellung, dass das Merkmal „unbedingt erforderlich“ i.S.d. § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG auf technische (und nicht etwa wirtschaftliche) Notwendigkeit abzielt und entsprechend restriktiv auszulegen ist, begrüßt (Datenanfragen.de e.V., S. 2).

b) Bezug zur OH Telemedien

Auf S. 22 der OH Telemedien wird ausgeführt, dass dem Merkmal „unbedingt erforderlich“ ein enges Verständnis zugrunde liegt und hierbei von einer technischen Erforderlichkeit ausgegangen wird. Darüber hinaus führt die DSK aus, dass das Kriterium der Erforderlichkeit im Sinne des § 25 TTDSG sich ausschließlich auf die Funktionalität des Telemediendienstes als solchen bezieht. Daher kann eine Ausnahme vom Einwilligungserfordernis nicht dadurch begründet werden, dass das Speichern von oder der Zugriff auf Informationen im Endgerät wirtschaftlich für das Geschäftsmodell erforderlich ist, in das der Telemediendienst eingebunden ist.

c) Bewertung

Zunächst ist herauszustellen, dass die OH Telemedien keine Beispiele zu Cookies oder ähnlichen Technologien nennt, die technisch erforderlich sind und demnach gemäß § 25 Abs. 2 TTDSG keiner Einwilligung bedürfen. Für die Reichweitenmessung wird dies damit begründet, dass die üblicherweise herangezogenen Bezeichnungen zu unbestimmt sind.²⁶ Andererseits wird in der Stellungnahme der Art. 29-Gruppe sehr detailliert auf verschiedene Cookies eingegangen. Explizit wird auf Ausnahmen von der Einwilligungspflicht für typische Anwendungsfälle für Cookies Bezug genommen, unter anderem auch auf nutzerorientierte Sicherheitscookies. Dies betrifft beispielsweise Cookies, die

²⁶ DSK, Orientierungshilfe für Anbieter von Telemedien, S. 24.

verwendet werden, um wiederholt fehlgeschlagene Anmeldeversuche auf einer Website zu entdecken, oder andere ähnliche Mechanismen, die das Login-System vor Missbrauch schützen sollen (wenngleich dieser Schutz in der Praxis möglicherweise unzureichend ist).

Diese Ausnahmeregelung des § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG erstreckt sich hingegen nicht auf Cookies, die der Sicherheit von Websites oder Diensten Dritter dienen, die nicht ausdrücklich vom Nutzer angefordert wurden. Während Anmeldecookies in der Regel am Ende einer Sitzung ablaufen, sind nutzerorientierte Sicherheitscookies gewöhnlich länger gültig, um ihren Zweck erfüllen zu können.²⁷

Darüber hinaus wird bemängelt, dass die DSK die Ausnahme des § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG zu restriktiv auslege, vielmehr müsse die Norm interessengerecht ausgelegt werden. Für die strenge Auslegung gäbe es weder einen Rückhalt in der ePrivacy-Richtlinie noch in der Gesetzesbegründung. Schließlich müssten zivilrechtliche Regelungen auch vor dem Hintergrund der digitalen Inhalte Richtlinie²⁸ als Ausnahme durch die DSK anerkannt werden.

Die rechtlichen Ausführungen in den Stellungnahmen stimmen mit den Gesetzes- und Richtlinienmaterialien jedoch nicht überein. Die wesentlichen Formulierungen zur Ausnahme vom Einwilligungserfordernis finden sich neben Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL im Erwg. 66 der ePrivacy-Richtlinie.

Es ist richtig, dass Dritte aus einer Reihe von Gründen Informationen auf der Endeinrichtung eines Nutzers speichern oder auf bereits gespeicherte Informationen zugreifen wollen. Und daher ist es von größter Wichtigkeit, dass den Nutzern eine klare und verständliche Information bereitgestellt wird, wenn sie irgendeine Tätigkeit ausführen, die zu einer solchen Speicherung oder einem solchen Zugriff führen könnte. Die Methoden der Information und die Einräumung des Rechts, diese abzulehnen, sollten zudem so benutzerfreundlich wie möglich gestaltet werden. Ausnahmen von der Informationspflicht und der Einräumung des Rechts auf Ablehnung sollten hingegen 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.²⁹ Die Richtlinie erkennt demnach an, dass es viele Gründe für die Speicherung von oder den Zugriff auf Informationen im Endgerät der Nutzenden geben kann, diese aber regelmäßig dem Einwilligungserfordernis unterliegen. Es liegt demnach ein Regel-Ausnahme-Verhältnis vor. Dies kann nicht derart umgekehrt werden, indem hinzutretende wirtschaftliche Erwägungen und Interessen – die ohne Zweifel im ständigen Wandel sind und grundsätzlich auch Zugriffe auf Informationen oder Speicherung von Informationen im Endgerät rechtfertigen – den Bereich der Ausnahmen stetig erweitern.

Das Erfordernis einer engen Auslegung der Ausnahmeregelungen in der nationalen Umsetzung legt auch das Verständnis der Art. 29-Datenschutzgruppe in Bezug auf die im nationalen Recht durch § 25 Abs. 1 Nr. 1 TTDSG umgesetzte Ausnahme nahe. Die Formulierung in Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL „der alleinige Zweck“ schränkt die unter Verwendung von Cookies zulässigen Arten der Verarbeitung ausdrücklich ein und lässt wenig Auslegungsspielraum. Ein Cookie darf daher nicht ohne weiteres verwendet werden, um die Übertragung einer Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz zu beschleunigen oder zu regulieren. Vielmehr muss die Übertragung der Nachricht ohne Verwendung des Cookies unmöglich sein. Dabei merkt die Art. 29-Datenschutzgruppe ergänzend an, dass die ursprüngliche Fassung der ePrivacy-RL in Art. 5 Abs. 3 bereits diese Ausnahme für Cookies enthielt, die verwendet werden durften „wenn der alleinige Zweck die Durchführung oder Erleichterung der Übertragung einer Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz“ war. In der überarbeiteten

²⁷ Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 04/2012 zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht, WP 194, S. 8.

²⁸ Richtlinie EU 2019/770 des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.

²⁹ Erwg. 66 ePrivacy-RL.

Richtlinie wurde derselbe Wortlaut verwendet, jedoch unter Streichung der Worte „oder Erleichterung“, was als weiteres Indiz dafür ausgelegt werden kann, dass der europäische Gesetzgeber beabsichtigte, den Umfang der in Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL gewährten Ausnahmen einzuschränken.³⁰

Das Merkmal der unbedingten Erforderlichkeit ist daher als Notwendigkeit und nicht nur im Sinne einer bloßen Nützlich- oder Förderlichkeit zu verstehen.³¹ Dies wird auch noch einmal unterstrichen durch die Ausführungen der Art. 29-Datenschutzgruppe, die zu Recht darauf hinweist, dass Tools zwar häufig als „unbedingt erforderlich“ für Betreiber von Websites angesehen werden, sie aber für eine vom Nutzer (oder Teilnehmer) ausdrücklich gewünschte Funktion nicht unbedingt erforderlich sind. Genau genommen können die Nutzenden auch dann auf alle Funktionen der Website zugreifen, wenn derartige Cookies deaktiviert sind.³² Ebenso geht auch der BGH in seiner Entscheidung zu Planet49 davon aus, dass keine Ausnahme vom Einwilligungserfordernis vorliegt, wenn die Speicherung oder der Abruf der Informationen nicht technisch notwendig sind.³³

Schließlich lässt die Gesetzesbegründung zum TTDSG keinen anderen Schluss zu, als dass die Ausnahme eng auszulegen ist. Insoweit ist hier formuliert, dass für das Setzen und Auslesen von Cookies nach Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL grundsätzlich die Einwilligung erforderlich ist. Das gilt nicht für solche Tätigkeiten, die nach Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL technisch erforderlich sind, damit der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich gewünscht wurde, diesen Dienst zur Verfügung stellen kann.³⁴ Entgegen mancher Ansicht in der Literatur,³⁵ die die Formulierung „technisch erforderlich“ in der Gesetzesbegründung als bloße Beiläufigkeit bezeichnet, muss konstatiert werden, dass der Gesetzgeber sich wohl doch ganz bewusst für diese Formulierung entschieden hat. § 25 TTDSG orientiert sich eng am Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL. Sowohl dieser als auch ErwG. 66 der Richtlinie sprechen jeweils von einer „technischen Speicherung“. Hätte der Gesetzgeber auf das enge Verständnis des europäischen Richtliniengebers verzichten wollen, hätte er auf die Formulierung „technisch“ verzichtet. Da § 25 TTDSG eng am Wortlaut der Richtlinie ausgerichtet ist, spricht auch dies gegen eine bloß beiläufige Erwähnung einer „technischen“ Erforderlichkeit.

Weiterhin ist dies auch keine singuläre Position der deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden, womit gleichzeitig der Behauptung entgegengetreten wird, durch die restriktive Auslegung der DSK würde der Wettbewerb verzerrt werden. Die Österreichische Datenschutzbehörde beispielsweise führt in ihren FAQ zum Thema „Cookies und Datenschutz“ aus, „dass Cookies beim Aufruf einer Website nur dann ohne Einwilligung gesetzt oder ausgelesen werden dürfen, wenn dies unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der vom Nutzer oder Benutzer ausdrücklich gewünscht wurde, diesen Dienst zur Verfügung stellen kann („technisch notwendige

³⁰ Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 04/2012 zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht, WP 194, S. 3.

³¹ Schwartmann/Reif/Burkhardt, in: Schwartmann/Jaspers/Eckhardt, TTDSG, § 25, Rn. 119.

³² Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 04/2012 zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht, WP 194, S. 11.

³³ BGH, Urteil v. 28.05.2020, Az. I ZR 7/16, Rn. 49.

³⁴ BT-Drs. 19/27441, S. 38.

³⁵ Hanloser, ZD 2021, 399, 401.

Cookies“).³⁶ Explizit wird also auch hier von einer technischen Notwendigkeit ausgegangen. So auch die dänische Datenschutzaufsichtsbehörde³⁷ und die ICO (Großbritannien).³⁸

Auch das Argument, § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG müsse interessengerecht und nicht restriktiv ausgelegt werden, verfängt nicht. Eine Interessenabwägung ist bei dem vorliegenden Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht vorgesehen. § 25 TTDSG stellt mit der Einwilligung einzig eine individuelle Legitimationsmöglichkeit zur Verfügung. Eine Interessenabwägung, wie sie der Verordnungsgeber in Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO vorgesehen hat, soll im Rahmen der nationalen Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL gerade nicht erfolgen. Hierdurch würde der Ausnahmecharakter der Norm aufgeweicht werden.

d) Änderungsempfehlung

Wie ausgeführt hat sich der deutsche Gesetzgeber in der Umsetzung eng an den Wortlaut der Richtlinie gehalten, sodass neben der Einwilligung nur zwei sehr enge gesetzliche Ausnahmen das Speichern und Auslesen von Informationen ohne Einwilligung legitimieren. Diese strenge rechtliche Wertung mag im Ergebnis diskutabel sein, die Richtlinie lässt nach der obigen Auswertung jedoch keine andere Umsetzung zu. Deutsche Umsetzungsvorschriften werden generell von den Gerichten richtlinienkonform ausgelegt. Da Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL zum autonom auszulegenden Unionsrecht gehört, kann der deutsche Gesetzgeber am Auslegungsergebnis nichts ändern. Das bedeutet, egal wie das deutsche Recht formuliert ist – maßgeblich ist immer der Wortlaut des zugrunde liegenden EU-Rechts, also von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL.³⁹ Eine Änderung würde sich vermutlich erst mit neuen europäischen Vorgaben durch die ePrivacy-Verordnung ergeben. Bis dahin ist eine Änderung der rechtlichen Bewertung durch die DSK nicht angezeigt.

Es wird empfohlen, die eingefügten Fußnoten zu den FAQ der Österreichischen Datenschutzbehörde sowie zu den anderen europäischen Aufsichtsbehörden zu übernehmen, die ähnlich restriktive Auslegungen verfolgen. Ergänzend wird empfohlen, Beispiele aus der Stellungnahme der Art. 29-Datenschutzgruppe der OH Telemedien auf S. 23 hinzuzufügen, insbesondere die Ausnahme für nutzerorientierte Sicherheitscookies:

„Cookies die als unbedingt erforderlich eingeordnet werden können, wären nutzerorientierte Sicherheitscookies. Diese werden bspw. verwendet, um wiederholt fehlgeschlagene Anmeldeversuche auf einer Website zu entdecken. Umfasst werden auch andere ähnliche Mechanismen, die das Login-System vor Missbrauch schützen sollen. Beim Einsatz derartiger Cookies ist zu beachten, dass diese Ausnahmeregelung nur dann greift, wenn die hier dargestellten Voraussetzungen vorliegen. Eine pauschale Klassifizierung als „Sicherheitscookie“ ist nicht ausreichend. Weiterhin gilt dies nicht für Cookies, die der Sicherheit

³⁶ 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>.

³⁷ Es dürfen keine anderen als die notwendigen Cookies gesetzt werden (enge Auslegung, um Cookies einzuschließen), die für das Funktionieren der Website erforderlich sind, z. B um den Inhalt des Warenkorbs zu speichern), bevor die Zustimmung eingeholt worden ist. Quick-guide til at sætte cookies, S. 2, Stand Februar 2021 <https://www.datatilsynet.dk/Media/E/7/Quickguide.pdf>.

³⁸ Die Ausnahmeregelung „unbedingt erforderlich“ bedeutet, dass die Speicherung von Informationen (oder der Zugang zu ihnen) unbedingt erforderlich sein muss und nicht nur nach vernünftigem Ermessen notwendig ist. Außerdem ist sie auf das Beschränkt, was für die Erbringung des vom Nutzer angeforderten Dienstes unerlässlich ist. Sie deckt nicht ab, was für andere Verwendungszwecke, die mit den Daten anstrebt werden, wesentlich sein könnte. Es ist daher klar, dass die Ausnahmeregelung der strikten Notwendigkeit einen engen Anwendungsbereich hat. vgl. <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-pecr/guidance-on-the-use-of-cookies-and-similar-technologies/what-are-the-rules-on-cookies-and-similar-technologies/#rules9>.

³⁹ Assion, Stellungnahme als Sachverständiger zur BT-Drucksache 19/27441, S. 9.

von Websites oder Diensten Dritter dienen, die nicht ausdrücklich vom Nutzer angefordert wurden.“

14. „Reichweitenmessung“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

In der Stellungnahme des GDD (S. 10) und des AWV (S. 11) wird das Thema „Reichweitenmessung“ adressiert und angeregt, konkrete Ausführungen zu machen, unter welchen Voraussetzungen eine solche ohne Einwilligung zulässig ist.

Beide Stellungnahmen verweisen zudem auf die FAQs „Cookies und Tracking durch Betreiber von Webseiten und Hersteller von Smartphone-Apps“⁴⁰ auf der Webseite des Landesbeauftragten für den Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg und die Veröffentlichung der französischen Aufsichtsbehörde zu dieser Thematik.⁴¹

b) Bezug zur OH Telemedien

Die OH Telemedien führt unter Kapitel III.3.c) auf S. 24 ff. aus, dass hierzu keine pauschale Bewertung vorgenommen werden kann, da bereits der Begriff „Reichweitenmessung“ zu unbestimmt ist. Es werden daher die maßgeblichen Prüfkriterien dargestellt, anhand derer die Zulässigkeit ermittelt werden kann.

c) Bewertung

In den o.g. FAQs wird zunächst zum Begriff der Reichweitenanalyse wie folgt ausgeführt:

„Eine Reichweitenanalyse ist vom Tracking insoweit abzugrenzen, als das Ziel der Verarbeitung die Erstellung von nicht-personenbezieharen aggregierten Statistiken darstellt. Eine Erhebung von Daten mittels Wiedererkennung einzelner Nutzer_innen über einen längeren Zeitraum kann nicht mehr als Reichweitenanalyse verstanden werden. Erhobene Daten über das Verhalten einzelner Nutzender sind für eine Reichweitenanalyse zum frühestmöglichen Zeitpunkt von einem Personenbezug zu befreien und werden in einer Statistik weiterverarbeitet.“

Danach wird dargestellt, wie eine „Reichweitenanalyse“ rechtskonform betrieben werden kann, am Beispiel einer Logfile- Analyse und hierfür Kriterien aufgestellt:

„In der Regel ermöglicht die Beachtung der nachfolgenden Punkte eine Reichweitenanalyse ohne Einwilligung:

- *Reichweitenanalyse mittels lokaler Logfile-Analyse*
- *Verzicht auf Dienste externer Dritter*
- *Datensparsame Konfiguration*
- *Kein Zusammenführen von Nutzungsdaten (z. B über Anbieter- oder Gerätegrenzen)*
- *Keine Verwendung der zur Wiedererkennung des Nutzenden erlangten Informationen für andere Zwecke.*

Aus Sicht des Landesbeauftragten ist somit bei Einhaltung von gewissen Vorgaben der Einsatz einer Reichweitenanalyse nach TTDSG und DS-GVO ohne Einwilligung der Nutzenden möglich.“

⁴⁰ LfDI BW, FAQ „Cookies und Tracking durch Betreiber von Webseiten und Hersteller von Smartphone-Apps“, Version 2.0.1 (Stand: März 2022), S. 14 ff.

⁴¹ Vgl. <https://www.cnil.fr/fr/cookies-et-autres-traceurs/regles/cookies-solutions-pour-les-outils-de-mesure-daudience>.

Im europäischen Vergleich ist festzustellen, dass auch andere Mitgliedsstaaten eine Reichweitenmessung ohne Einwilligung unter strengen Voraussetzungen als zulässig erachten, beispielsweise die französische CNIL.⁴²

Hier wird ausgeführt, dass eine Reichweitenmessung einwilligungsfrei betrieben werden kann, wenn der Zweck streng auf die Messung des Publikums der Website oder der Anwendung beschränkt ist (Leistungsmessung, Erkennung von Navigationsproblemen, Optimierung der technischen Leistung oder ihrer Ergonomie, Schätzung der erforderlichen Serverleistung, Analyse des aufgerufenen Inhalts) und ausschließlich im Auftrag des Verantwortlichen, nur zur Erstellung anonymer statistischer Daten verwendet werden.

Umgekehrt dürfen Dienste nicht eingesetzt werden, wenn dies dazu führt, dass die Daten mit anderen Verarbeitungsvorgängen abgeglichen werden oder Daten an Dritte weitergegeben werden. Insbesondere darf keine Verfolgung der Navigation der Nutzer:innen mit verschiedenen Anwendungen oder das Surfen auf verschiedenen Websites möglich sein. Jede Lösung, die dieselbe Kennung über mehrere Websites hinweg verwendet (z. B. über Cookies, die auf einer Drittanbieter-Domain platziert werden, die von mehreren Websites geladen wird), um eine einheitliche Abdeckungsrate („Reichweite“) von Inhalten zu kreuzen, zu duplizieren oder zu messen, ist ausgeschlossen.

Zudem stellt die CNIL dar, dass einige Angebote zur Reichweitenmessung nicht in den Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung fallen, insbesondere wenn sie von Drittanbietern angeboten werden, welche die Daten in ihrem eigenen Namen wiederverwenden, wie dies in mehreren auf dem Markt erhältlichen Angeboten zur Zielgruppenmessung der Fall ist.⁴³

Beide Ausführungen widersprechen den Ausführungen der OH Telemedien nicht, es wurde jedoch darauf verzichtet eine pauschale Aussage zur Reichweitenmessung zu treffen. Es sollte vermieden werden, dass dies dann zum einen nur einen Einzelfall abbildet und zum anderen versucht wird, Drittdienste darunter zu subsumieren, welche nach dem Verständnis der Aufsichtsbehörden eine Einwilligung benötigen.

d) Änderungsempfehlung

Die OH erklärt, weshalb keine spezifischen Aussagen zu einzelnen allgemein formulierten Zwecken zur „Reichweitenmessung“ getroffen wurden. Dies ist nach wie vor zutreffend. Es werden dennoch folgende Ergänzungen angeregt, um darzustellen, dass eine „Reichweitenmessung“ ohne Einwilligung nicht per se ausgeschlossen ist:

S. 25 nach dem zweiten Absatz:

„Eine Festlegung, ob eine „Reichweitenmessung“ ohne Einwilligung rechtmäßig ist, kann allenfalls für eine genau definierte Konfiguration und Zweckbestimmung getroffen werden. Diese wäre nicht mehr gültig, wenn weitere Informationen über Nutzende oder ein weiteres Auswertungsergebnis hinzukommt.“

S. 25:

„Der Zweck, für den die „Reichweitenmessung“ verwendet wird, ist allerdings maßgeblich für die Beantwortung der Frage, ob ein ausdrücklich von dem/der Nutzer:in gewünschter Telemediendienst anzunehmen ist. Selbst die einfache Messung von Besucherzahlen ist daher nicht per se als Bestandteil des Basisdienstes einzustufen, sondern abhängig vom jeweils konkret verfolgten Zweck. Die fehlerfreie Auslieferung der Webseite kann beispielsweise vom

⁴² Vgl. <https://www.cnil.fr/fr/cookies-et-autres-traceurs/regles/cookies-solutions-pour-les-outils-de-mesure-dauidience>.

⁴³ Vgl. <https://www.cnil.fr/fr/cookies-et-autres-traceurs/regles/cookies-solutions-pour-les-outils-de-mesure-dauidience>.

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

III. Wirksamkeit der Einwilligung

15. „Informationsumfang“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Dieses Thema wird in sechs Stellungnahmen angesprochen.

Aus dem Hinweis „Einwilligungsbanner“ auf S. 29 der OH Telemedien folgern Scheja & Partner auf S. 2 ihrer Stellungnahme, dass nur die unter dem ersten Spiegelstrich aufgeführten Informationen auf der ersten Ebene des Einwilligungsbanners dargestellt werden müssten. Alle weiteren erforderlichen Informationen für eine informierte Einwilligung könnten folglich auf der zweiten oder weiteren Ebenen des Einwilligungsbanners angezeigt werden. Es wird daher die Klarstellung empfohlen, dass mehr als zwei Ebenen zur Einholung einer informierten Einwilligung eingesetzt und welche Informationen auf welcher Ebene bereitgestellt werden können.

Bevh bittet um Hilfestellung für die Händler:innen, welche Informationen für eine informierte Einwilligung erforderlich sind.

Der AWV weist auf S. 7 darauf hin, dass die Ausführung der DSK zum mehrschichtigen Aufbau eines Einwilligungsbanners einerseits und den für eine informierte Einwilligung zur Verfügung zu stellenden Informationen andererseits missverständlich seien. Auf S. 15 werde konkret gefordert, dass die Zwecke im Cookie-Banner auf erster Ebene erläutert werden müssen, wenn auf erster Ebene schon die Einwilligung eingeholt wird. Auf S. 14 würden hohe Anforderungen an die Informationen zu den Zwecken gestellt, da allgemeine Zwecke wie „Verbesserung der Erfahrungen des Nutzers“, „Werbezwecke“, „IT-Sicherheitszwecke“ nach Ansicht der DSK nicht ausreichen würden. Daraus ergebe sich ein Spannungsverhältnis zwischen der nötigen Information und einer Überinformation der Nutzer. Es wird um Klarstellung gebeten, dass allgemeinere Zwecke im Cookie-Banner auf erster Ebene ausreichen, wenn die Zwecke der einzelnen Cookies im zweiten Layer genauer erläutert werden.

Datenfragen.de begrüßt die Feststellung der DSK, dass „schwammige Zweckbeschreibungen wie „Verbesserung der Erfahrung“ Nutzer:innen keine ausreichende Information bieten, wohinein sie einwilligen sollen.“

Die GDD hält es für wünschenswert, wenn die DSK nicht nur feststellen würde, welche Zweckbeschreibungen aus ihrer Sicht nicht ausreichend sind, sondern auch Positivbeispiele für eine kurze und knappe Beschreibung typischer Zugriffs- und Verarbeitungszwecke in der OH Telemedien nennen würde.

Im Rechtsgutachten von Kühling/Sauerborn wird auf S. 15 ein Vorschlag unterbreitet, um einen „Information Overload“ zu vermeiden. Es biete sich an, im Cookie-Banner klar sichtbar einen Hinweis auf die Datenschutzinformationen der Website zu platzieren, die die betroffene Person erreichen kann, bevor sie eine Einwilligung erteilt.

b) Bezug zur OH Telemedien

Die kritischen Stellungnahmen beziehen sich auf die Ausführungen in Kapitel III.2.c) „Informiertheit der Einwilligung“ und in Kapitel III.2.e. „Bezogen auf den bestimmten Fall“.

c) Bewertung

In der OH Telemedien wird der Fall, dass ein Einwilligungsbanner mit mehreren Ebenen eingesetzt wird, bei der Darstellung in Kapitel „Informiertheit der Einwilligung“ nicht umfassend behandelt. Es wird nicht dargestellt, welche Mindestinformationen auf der ersten Ebene des Einwilligungsbanners gegeben werden müssen. Der Hinweis von AWV, dass es im Zusammenhang mit den Ausführungen auf S. 15 im Kapitel „Bezogen auf den bestimmten Fall“ in Bezug auf den jeweiligen Informationsumfang auf den unterschiedlichen Ebenen des Einwilligungsbanners zu Missverständnissen oder Unsicherheiten kommen kann, ist nachvollziehbar.

Die Stellungnahmen lassen erkennen, dass nicht zwischen der Einwilligung gemäß § 25 TTDSG sowie der Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO differenziert wird. Der erforderliche Informationsumfang unterscheidet sich bei diesen beiden Einwilligungen. In der Praxis werden die erforderlichen Informationen allerdings regelmäßig zusammengezogen, da auch die Einwilligungen gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG und Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO, die regelmäßig parallel erforderlich sind, durch dieselbe Handlung – die Klick auf die entsprechende Schaltfläche – eingeholt werden. Die Ausführungen zum Informationsumfang in den genannten Kapiteln beziehen sich im Wesentlichen auf die Anforderungen einer informierten Einwilligung gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG. Der Hinweis „Einwilligungsbanner“ auf S. 29 bezieht sich dagegen vornehmlich auf eine Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO.

Nicht korrekt ist allerdings die Schlussfolgerung von Scheja & Partner aus dem Hinweis „Einwilligungsbanner“ auf S. 29. Denn dort werden nicht die datenschutzrechtlich erforderlichen Informationen aufgeführt, sondern dargestellt, welche Informationen sich im Einwilligungsbanner in der Regel finden.

Sofern der Vorschlag in dem Rechtsgutachten von Kühling/Sauerborn dahingehend gemeint ist, dass im Einwilligungsbanner selbst keine Informationen mehr enthalten, sondern stattdessen auf die Datenschutzzinformationen auf der Webseite verwiesen werden sollte, dann kann dem nicht zugestimmt werden. Datenschutzerklärung auf Webseiten dienen der Erfüllung der Informationspflichten gemäß Art. 13 DS-GVO. Wie in der OH Telemedien auf S. 11 dargelegt – und auch vom bevh kommentiert – sind die für eine informierte Einwilligung erforderlichen Informationen nicht deckungsgleich mit den in Art. 13 DS-GVO aufgeführten Informationen. Die erforderlichen Informationen werden zwar teilweise identisch mit den in Art. 13 und Art. 14 DS-GVO aufgeführten Pflichtinformationen sein, allerdings führt ein Verstoß gegen diese Vorschriften nicht automatisch zu einer uninformierten Einwilligung.⁴⁴ In der Gesetzesbegründung finden sich keine Hinweis, welche Informationen für eine wirksame Einwilligung gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG gegeben werden müssen. Die EDSA Consent-Guidelines beziehen sich nur auf die Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO. In der OH Telemedien werden somit erstmals Hinweise gegeben, wie Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DS-GVO und somit auch die EDSA Consent-Guidelines in Bezug auf § 25 TTDSG auszulegen sind. Die Einwilligung gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO wird in der OH Telemedien relativ kurz auf S. 28 behandelt, da wie auf S. 10 dargestellt, dieselben Bewertungsmaßstäbe wie bei § 25 TTDSG anzulegen sind. Es finden sich auch hier keine Ausführungen zum erforderlichen Informationsumfang, um die Anforderung der Informiertheit der Einwilligung zu erfüllen.

Aus den EDSA Consent-Guidelines ergibt sich, dass Betroffenen vor der Abgabe der Einwilligung die folgenden Informationen gegeben werden: die verarbeiteten personenbezogener Daten, Identität des Verantwortlichen, Verarbeitungszwecke (Erwg. 42 S. 4), die Absicht einer ausschließlich

⁴⁴ Siehe auch *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2020, Art. 7 DS-GVO, Rn. 58.

automatisierten Entscheidung (Art. 22 Abs. 2 lit. c) und einer Datenübermittlung in Drittländer (Art. 49 Abs. 1 S. 1 lit. a).⁴⁵

Im AK Medien besteht Einigkeit, dass im Online-Bereich in Bezug auf Einwilligungen eine gestufte Informationsbereitstellung akzeptiert wird, siehe hierzu auch die Ausführungen unter Kap. III.17 „Mehrebenenansatz beim Einwilligungsbanner“. Dies bedeutet, dass beim Einsatz eines Einwilligungsbanners mit mehreren Ebenen auf der ersten Ebene nicht alle Informationen umfassend angezeigt werden müssen, sondern ein Teil der Informationen auf die zweite Ebene verlagert werden darf.

Wird Nutzern ermöglicht, bereits auf der ersten Ebene im Einwilligungsbanner durch eine entsprechende Schaltfläche eine Einwilligung zu erteilen, hat sich der AK Medien darauf verständigt, dass auf der ersten Ebene, die folgenden, vor allem in Bezug auf ein Tracking relevanten Informationen gegeben werden müssen:

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

Es kann auf der ersten Ebene insbesondere darauf verzichtet werden, die Verantwortlichen einzeln aufzuführen, an die Nutzerdaten weitergegeben werden. Diese Informationen müssen dem Betroffenen aber ohne großen weiteren Aufwand zur Verfügung gestellt werden. Praktisch bietet sich hier eine zusätzliche Ebene im Einwilligungsbanner an.

In Bezug auf dem Wunsch der GDD, Positivbeispiele für eine kurze und knappe Beschreibung typischer Zugriffs- und Verarbeitungszwecke in der OH Telemedien nennen, ist anzumerken, dass die Aufsichtsbehörden diesbezüglich bewusst sehr zurückhaltend sind. Die Beschreibung der Zugriffs- und Verarbeitungszwecke ist kontextabhängig und nur sehr bedingt einer Standardisierung zugänglich. Gerade dies soll mit der Aussage in der OH auch dargestellt werden, es ist nicht ausreichend Standardbegriffe zu nennen, sondern es soll möglich sein den konkreten Zweck zu erkennen. Zudem besteht die Befürchtung, dass Formulierungsvorschläge der Aufsichtsbehörden ohne Berücksichtigung der konkreten Verarbeitungsvorgänge ungeprüft übernommen werden würden. Gegen derartige Vorgaben spricht schließlich auch, dass dies den Ermüdungseffekt bei den Nutzer, der ohnehin schon als ein Problem bei Einwilligungsbannern auf Webseiten festgestellt worden ist, noch verstärken wird.

d) Änderungsempfehlung

Es wird empfohlen dem Vorschlag der GDD, Positivbeispiele für eine kurze und knappe Beschreibung typischer Zugriffs- und Verarbeitungszwecke in der OH Telemedien zu nennen, grundsätzlich nicht zu folgen. Die OH Telemedien kann jedoch um die Positivbeispiele aus den Leitlinien für Transparenz der Art. 29-Gruppe (WP 260) ergänzt werden). Diese Empfehlung wird auch in Kap. III.24 dieses Auswertungsberichts ausgesprochen. Der Vorschlag von Kühling/Sauerborn sollte ebenfalls in der OH Telemedien keine Berücksichtigung finden.

Hingegen werden folgende Änderungen der OH Telemedien empfohlen:

- In Kapitel III.2 „Anforderungen an die Einwilligung“ sollte nach Absatz 1 klargestellt werden, dass sich die Ausführungen auf die Einwilligung gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG beziehen.

⁴⁵ Siehe EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 64.

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

- In Kapitel III.2.c) „Informiertheit der Einwilligung“ sollte ein Absatz zu Einwilligungsbannern ergänzt werden, bei denen durch eine Handlung des Nutzers gleichzeitig eine Einwilligung gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG und Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO eingeholt werden soll. In diesem Fall ist darauf zu achten, dass sowohl vorher die erforderlichen Informationen für beide Einwilligungen zu geben sind. Ein entsprechender Ergänzungsvorschlag ist in dem Textentwurf für Kap. V „Gestaltung von Einwilligungsbannern“ enthalten.
- In Kapitel IV.1. „Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO – Einwilligung“ sollten Ausführungen zum erforderlichen Informationsumfang für die datenschutzrechtliche Einwilligung ergänzt werden. Es sollte insbesondere dargelegt werden, welche Mindestinformationen auf der ersten Ebene des Einwilligungsbanners erforderlich sind. Ein entsprechender Ergänzungsvorschlag ist in dem Textentwurf für Kap. V „Gestaltung von Einwilligungsbannern“ enthalten.
- Der Hinweis „Einwilligungsbanner“ auf S. 29 sollte dahingehend überarbeitet werden, dass er sowohl die Einwilligung nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG als auch die Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO umfasst und als neues Kap. V „Gestaltung von Einwilligungsbannern“ in die OH aufgenommen werden.
- „V. Gestaltung von Einwilligungsbannern“, s. Anlage 1 des Auswertungsberichts.

16. „Hervorhebung der Einwilligung gemäß Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Kühling/Sauerborn weisen in ihrem Gutachten auf S. 16 darauf hin, dass Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO als besondere Ausprägung des Transparenzgebots des Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO bei der Gestaltung des Begleittexts auf dem Cookie-Banner ebenfalls zu beachten sei. Der Einwilligungstext müsse sich daher optisch von den übrigen Erklärungen abheben und angemessen platziert sein. Ferner müsse der Text der betroffenen Person den Inhalt der Einwilligung, die vom Verantwortlichen vorformuliert und nicht mit anderen Erklärungen gemeinsam abgegeben wird, in einer klaren und verständlichen Sprache vor Augen geführt werden.

b) Bezug zur OH Telemedien

Art. 7 Abs. 2 DS-GVO wird in der OH Telemedien nicht erwähnt, sodass kein unmittelbarer Bezug vorhanden ist.

c) Bewertung

Art. 7 Abs. 2 DS-GVO stellt besondere Transparenzanforderungen, wenn die Einwilligung durch eine „schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft“, eingeholt wird. Im Rahmen der koordinierten Medienprüfung wurde die Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 2 DS-GVO in Bezug auf Einwilligungsbanner diskutiert und im Ergebnis davon ausgegangen, dass Art. 7 Abs. 2 DS-GVO auf Einwilligungsbanner nicht anwendbar sei. Die Consent-Guidelines weisen zwar auf Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO und Erwg. 32 ausdrücklich hin,⁴⁶ es ergibt sich aus den Ausführungen allerdings nicht, ob die Vorschrift im Webseitenkontext anwendbar ist oder nicht. Es wird allgemein darauf verwiesen, dass beim Einholen der Einwilligung in allen Fällen eine klare und einfache Sprache zu verwenden ist.⁴⁷

⁴⁶ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 66.

⁴⁷ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 67.

In der Kommentarliteratur wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass „schriftlich“ jede verbalisierte, perpetuierte Gedankenerklärung und nicht schriftliche Form gemäß § 126 BGB meint.⁴⁸ Begründet wird diese Auffassung mit dem Hinweis, dass eine einheitliches, europäisches Verständnis erforderlich sei und daher nicht die unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Formvorschriften für die Auslegung zurückgegriffen werden dürfe. Zudem wird auf Formulierung „eine schriftliche Erklärung, die auch elektronisch in Erwg. 32, S. 1 verwiesen. Mündliche Einwilligungserklärungen sind aufgrund der bestehenden Nachweispflicht in der Praxis äußerst selten. Daher bleibt als einschränkendes Merkmal für die Berücksichtigung der spezifischen Transparenzanforderungen Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO nur das Merkmal, dass die schriftliche Erklärung auch andere Sachverhalte betrifft. Die Einwilligung gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG könnte insofern als anderer Sachverhalt zu bewerten sein.

d) Änderungsempfehlung

Es wird empfohlen, die besonderen Transparenzanforderungen von Art. 7 Abs. 2 DS-GVO in Kapitel III.2.c) „Informiertheit der Einwilligung“ (S. 12) mit Verweis auf die Consent-Guidelines zu ergänzen. Ausführungen zum Verständnis des Merkmals „schriftliche Erklärung“ sollten nicht aufgenommen werden.

Es sollte in dem genannten Kapitel ein neuer vorletzter Absatz eingefügt werden:

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

17. „Definition Akteure“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Die Stellungnahme von Scheja & Partner fordert auf S. 3 eine Klarstellung, dass mit dem Begriff „Akteure“ auf S. 29 der OH Telemedien keine Auftragsverarbeiter gemeint sind, da diese gemäß den Ausführungen des EDSA⁴⁹ an keiner Stelle der Einwilligung zu nennen sind.

b) Bezug zur OH Telemedien

Die OH Telemedien nennt auf S. 11 und auf S. 29 den Begriff „Akteure“ im Zusammenhang mit der Informiertheit der Einwilligung bzw. mit dem Hinweis zum Einwilligungsbanner. Eine Definition des Begriffs erfolgt nicht.

c) Bewertung

⁴⁸ Klement, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 7 DS-GVO, Rn. 76; Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2020, Art. 7 Rn. 27; Stemmer, in: Wolff/Brink, BeckOK DSR; 2021, Art. 7 DS-GVO, Rn. 68 mit Verweis auf Erwg. 32.

⁴⁹ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 65.

Auf S. 11 der OH Telemedien ist der Begriff „Akteure“ im Zusammenhang mit der Informiertheit der Einwilligung im Hinblick auf § 25 Abs. 1 TTDSG genannt. Hier ist zu beachten, dass in diesem Zusammenhang das Rollenregime der DS-GVO nicht anwendbar ist. In diesem Kontext bezieht sich der Begriff „Akteure“ auf diejenigen, die Zugriff auf die Informationen der Endeinrichtung nehmen und diejenigen die Informationen in der Endeinrichtung speichern. Im Webseitenkontext werden dies im Regelfall der Webseitenbetreiber sein und ggfs. 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 vornimmt bzw. ob er diese als Auftragsverarbeiter tätigt.

Auf S. 29 der OH Telemedien steht der Begriff im Zusammenhang mit einer Verarbeitung nach der DS-GVO, demnach müssen hier entsprechend den o.g. Ausführungen der Guidelines,⁵⁰ Auftragsverarbeiter im Rahmen der Einwilligung nur genannt werden, wenn dies erforderlich ist, damit die betroffene Person die jeweiligen Verarbeitungsvorgänge wirklich verstehen kann.

d) Änderungsempfehlung

Der Begriff „Akteure“ kann an beiden Stellen klargestellt werden, indem die unter c) dargestellten Ausführungen in etwa übernommen werden.

Auf S. 11 sollte die folgende Fußnote an den Begriff „Akteure“ angehängt werden:

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.

Im neu eingefügten Kapitel V. der OH Telemedien „Gestaltung von Einwilligungsbannern“, welches den Hinweis zum Einwilligungsbanner von S. 29 der OH aufnimmt, sollte in einer Fußnote auf die Fußnote S. 11 verwiesen werden.

18. „Mehrebenenansatz beim Einwilligungsbanner“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

In fünf Stellungnahmen sowie dem beigefügten Rechtsgutachten von Kühling/Sauerborn wird auf die Thematik des Mehrebenenansatzes eingegangen. Es wird bei AWV S. 3, ZAW S. 5 und in dem Gutachten auf S. 13 ausgeführt, dass die OH Telemedien den Mehrebenenansatz bei Consent-Bannern als grundsätzlich unzulässig erachtet. In den übrigen Stellungnahmen werden Konkretisierungen zur Ausgestaltung des Mehrebenenansatzes gefordert.

⁵⁰ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 65. „Auftragsverarbeiter müssen nicht im Rahmen des Erfordernisses der Einwilligung genannt werden, wengleich die Verantwortlichen im Einklang mit den Artikeln 13 und 14 der DS-GVO eine vollständige Liste der Empfänger oder Kategorien von Empfängern einschließlich der Auftragsverarbeiter bereitstellen müssen. Abschließend stellt der EDSA fest, dass abhängig von den Umständen und dem Kontext des jeweiligen Falls möglicherweise mehr Informationen erforderlich sind, damit die betroffene Person die jeweiligen Verarbeitungsvorgänge wirklich versteht.“

Insbesondere in der Stellungnahme des ZAW sowie dem angefügten Rechtsgutachten wird der Mehrebenenansatz zudem in Bezug auf die Ablehnmöglichkeit auf erster Ebene thematisiert. Hierauf wird nachfolgend in Kapitel 19 „Ablehnenbutton auf erster Ebene“ eingegangen.

b) Bezug zur OH Telemedien

Die OH Telemedien spricht den Mehrebenenansatz an verschiedenen Stellen in Kapitel III.2. „Anforderungen an die Einwilligung“ an. Explizit wird der Mehrebenenansatz auf S. 15 unter dem Punkt „Bezogen auf den bestimmten Fall“ angesprochen:

„Grundsätzlich ist es möglich, Einwilligungsbanner mehrschichtig zu gestalten, also detailliertere Informationen erst auf einer zweiten Ebene des Banners mitzuteilen, zu der die Nutzenden über einen Button oder Link gelangen. Wenn jedoch bereits auf der ersten Ebene des Banners ein Button existiert, mit dem eine Einwilligung für verschiedene Zwecke erteilt werden kann, müssen auch auf dieser ersten Ebene konkrete Informationen zu allen einzelnen Zwecken enthalten sein.“

Der Eindruck, dass der Mehrebenenansatz abgelehnt wird, beruht wohl auf einem Missverständnis. An mehreren Stellen (z. B. S. 12, 13) wird versucht klarzustellen, dass es bei einer Einwilligungsschaltfläche auf erster Ebene erforderlich ist, die hierfür notwendigen wesentlichen Informationen auch auf erster Ebene anzugeben. Es darf für Nutzer:innen nicht erforderlich sein, auf eine andere Ebene zugreifen zu müssen, um wesentliche Informationen - die für die Einwilligung erforderlich sind - abrufen zu können.

c) Bewertung

Der Mehrebenenansatz ist vom EDSA anerkannt und empfohlen.⁵¹ Dies wird auch in der OH Telemedien so anerkannt und explizit dargestellt. Als nicht zulässig und damit als nicht wirksame Einwilligung wird es erachtet, wenn erst durch Klick auf eine zweite Ebene ersichtlich ist, welche Voreinstellungen mit Klick auf „Akzeptieren“ auf erster Ebene gesetzt sind oder allgemein formuliert, wenn durch die Informationen auf erster Ebene nicht klar ist worin, eingewilligt werden soll.

d) Änderungsempfehlung

Eine Änderung erscheint nicht erforderlich, da auf S. 15 explizit dargestellt wird, dass die Möglichkeit besteht, Einwilligungsbanner mehrschichtig zu gestalten. Es wird jedoch bereits in der Änderungsempfehlung mit Blick auf Kapitel 15 „Informiertheit der Einwilligung“ eine Ergänzung von Kapitel III. 2.c) „Informiertheit der Einwilligung“ der OH Telemedien in Form der Konkretisierung des Informationsumfangs auf der ersten Ebene des Einwilligungsbanners vorgeschlagen. Zusätzlich wird empfohlen, nach dem ersten Absatz den folgenden Passus einzufügen:

„Die Informationserteilung kann grundsätzlich über ein mehrstufiges Konzept, einen sog. layered approach erfolgen, sodass Nutzer:innen alle Informationen über mehrere Ebenen oder über eine Verlinkung zur Datenschutzerklärung erhalten können. Jedoch ist zu beachten, dass die Grundinformationen im Hinblick auf § 25 Abs. 1 TTDSG und/oder Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO auf der Ebene erteilt werden müssen, auf der eine Einwilligung eingeholt werden soll.“⁵²

19. „Ablehnenbutton auf erster Ebene“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Bei diesem Thema handelt sich um einen der Schwerpunkte des Konsultationsverfahrens, da er in zehn Stellungnahmen aufgegriffen wurde und auch die Ausführungen überwiegend ausführlicher waren, als

⁵¹ Siehe EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, V.1.1 Rn. 69.

⁵² EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, V.1.1 Rn. 74 Beispiel 13.

zu den meisten anderen Themen. Die Stellungnahme von datenanfragen.de e.V. (S. 2) begrüßt die Klarstellung, dass eine Ablehnmöglichkeit auf erster Ebene vorgehalten werden muss.

Die übrigen Stellungnahmen stehen den Aussagen der OH Telemedien kritisch gegenüber und führen aus, dass eine solche Ablehnmöglichkeit nicht zwingend bereits auf erster Ebene vorgehalten werden muss. Dies wird durch folgende Argumente bekräftigt:

Nahezu alle Ausführungen weisen darauf hin, dass sich diese Vorgabe weder aus der DS-GVO noch dem TTDSG und auch nicht aus der damit umgesetzten ePrivacy-Richtlinie ergibt. Insbesondere führen der AWW (S. 3 ff.) , Bitkom e.V. (S. 9 ff.) , BVDW (S. 2 ff.) und vaunet (S. 2, 3) aus, dass eine dahingehende Formulierung vom Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren zum TTDSG vorgeschlagen , aber diese letztlich nicht angenommen wurde.⁵³ Dadurch werde der Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck gebracht, dies gerade nicht normieren zu wollen.

Weiterhin führen der Bitkom e.V., GDD (S. 4 ff.), BVDW und AWW aus, dass diese Vorgabe zu einer uneinheitlichen Rechtsanwendung innerhalb der EU führt, da diese Regelung einen „deutschen Alleingang“ (BVDW) darstellt. Belegt wird dies unter anderem durch Verweis auf die Veröffentlichungen⁵⁴ der spanischen und irischen Aufsichtsbehörden, welche eine Ablehnmöglichkeit auf zweiter Ebene ausreichen lassen. Hierin sieht insbesondere der BVDW eine Gefahr für die heimische Digitalwirtschaft, welche mit nicht deutschen Unternehmen im Wettbewerb stehe.

Bitkom e.V. und AWW verweisen in diesem Zusammenhang zudem auf die europäische Cookie-Banner Taskforce, welche hierzu eine einheitliche Meinung finden soll.

Des Weiteren wird mit dem Mehrebenenansatz argumentiert. Insbesondere das Gutachten von Kühling/Sauerborn (S. 11 ff.) führt hierzu aus, dass der sog. layered approach anerkannt ist und dieser vorsieht, dass Informationen auf mehrere Ebenen verteilt werden können. Dies wird auch als förderlich und hilfreich für Nutzer:innen angesehen, die ihre Entscheidung keine Einwilligung zu erteilen, dann auf die Grundlage aller Informationen stützen können und sich auch der Möglichkeit feingranulare Einstellungen zu treffen, bewusst werden.

Generell stellen auch der Bitkom e.V. und der AWW dar, dass Nutzer:innen nicht unterschätzt werden sollen und ihnen zugetraut werden soll, eine Entscheidung nach Kenntnis aller Informationen zu treffen und diese auch daran gewöhnt sind, weitere Optionen auf einer zweiten Ebene vorzufinden.

Daneben wird auf einzelne Argumente der OH Telemedien eingegangen, welche die Pflicht untermauern, eine Ablehnmöglichkeit auf erster Ebene vorzuhalten. Es wird vom BVDW, AWW, Bitkom e.V. und dem Gutachten von Kühling/Sauerborn dargestellt, dass Art. 7 Abs. 3 S. 4 DS-GVO nur den Widerruf betreffe und eben nicht die Erteilung einer Einwilligung. Diese sei gerade nicht geregelt und daher formfrei möglich.

Weiterhin wird auf Erwägungsgrund 42 Bezug genommen und ausgeführt, dass die Freiwilligkeit der Wahl nicht dadurch beeinträchtigt sei, dass eine Option, die Einwilligung nicht zu erteilen, erst auf zweiter Ebene möglich ist. Es wird in diesem Zusammenhang vom BVDW betont, dass kein Anspruch auf Bereitstellung eines kostenlosen Angebots bestehe.

AWW, BVDW und Bitkom e.V. führen daneben noch vermittelnd aus, dass in manchen Fällen eine gewisse Intransparenz durch Bannergestaltungen bestehe. Diese könne aber dadurch behoben

⁵³ BR-Drs. 163/21 v. 26.3.2021, S. 6, BT-Drs. 19/28396, S. 9.

⁵⁴ DPC, Guidance Note: Cookies and other tracking technologies, April 2020, <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2020-04/Guidance%20note%20on%20cookies%20and%20other%20tracking%20technologies.pdf>, S. 10., [AEPD, https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-07/guia-cookies.pdf](https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-07/guia-cookies.pdf), S. 20 ff.

werden, dass neben der Möglichkeit „Akzeptieren“ eine Möglichkeit „Einstellungen oder Ablehnen“ vorgesehen wird, sodass Nutzer:innen klar erkennen könnten, dass eine Ablehnmöglichkeit auf zweiter Ebene besteht.

AWV führt zudem aus, dass auch die Möglichkeit, das Banner durch Klick auf ein „X“ am oberen Rand zu schließen oder ein funktional entsprechender Link im Fließtext, die in der OH Telemedien dargestellten Probleme behoben werden könnten.

Zuletzt weist der BVDW noch darauf hin, dass gegebenenfalls eine Notifizierungspflicht nach Richtlinie (EU) 2015/1535 v. 9.9.2015 bestehe, da „...die aufsichtsbehördlichen Gestaltungsanforderungen an DS-GVO-Einwilligungen jedenfalls technische de-facto-Vorschriften i.S.d. Richtlinie (EU) 2015/1535 v. 9.9.2015 betreffend Dienste der Informationsgesellschaft bzw. Telemediendiensten i.S.d. § 1(1) TMG sind. Die selbstbindenden Verwaltungsvorgaben in einer OH Telemedien haben regelnden Charakter, weil sie aus mehreren Auslegungsoptionen, bspw. zur Freiwilligkeit der DS-GVO Einwilligung, die für die deutsche Behördenpraxis verbindliche Auslegungsoption festlegen und wären vor ihrer Bekanntgabe notifizierungspflichtig.“ (BVDW S. 5)

b) Bezug zur OH Telemedien

Die OH Telemedien führt auf den Seiten 13, 17 und 29 aus, dass im Einwilligungsbanner eine gegenüber der Zustimmung gleichwertige Möglichkeit gegeben werden muss, die Einwilligung zu verweigern und macht dieses Erfordernis u.a. an den Merkmalen „Freiwilligkeit“ und „Unmissverständliche und eindeutig bestätigende Handlung“ fest.

c) Bewertung

Zunächst ist festzustellen, dass es sich hierbei nicht um einen deutschen Sonderweg handelt, sondern mehrere europäische Aufsichtsbehörden diese Ansicht teilen. Neben der französischen⁵⁵ und der dänischen⁵⁶ Aufsichtsbehörde vertritt grundsätzlich auch die Mehrheit der anderen europäischen Aufsichtsbehörden die Auffassung, dass Nutzer:innen bei einer bestimmten Ausgestaltung des Einwilligungsbanners die Möglichkeit haben müssen, keine Einwilligung zu erteilen, ohne hierfür eine zweite Ebene des Einwilligungsbanners aufsuchen zu müssen.⁵⁷ Die deutschen Aufsichtsbehörden beteiligen sich intensiv an der europäischen Zusammenarbeit in diesem thematischen Bereich und vertreten die folgende Argumentation in den entsprechenden Gremien.

Rechtlich ist auszuführen, dass das Erfordernis einer Ablehnschaltfläche oder sonstigen Option, die Einwilligung nicht zu erteilen, nicht explizit im Gesetz geregelt ist, sondern sich anhand der verschiedenen Voraussetzungen für eine rechtswirksame Einwilligung gemäß Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DS-GVO ergibt.

⁵⁵ Draft Recommendation „Cookies and other Trackers“ (Stand: Januar 2020) <https://www.cnil.fr/en/cnil-launches-public-consultation-its-draft-recommendation-cookiesand-other-trackers>.

⁵⁶ Quick Guide for the use of Cookies (Stand Februar 2021, <https://www.datatilsynet.dk/Media/E/7/Quickguide.pdf>).

⁵⁷ Siehe u. a. Österreich, FAQ zum Thema Cookies und Datenschutz, Gliederungspunkt 7. (Stand 25.05.2022), <https://www.dsb.gv.at/download-links/FAQ-zum-Thema-Cookies-und-Datenschutz.html>; Griechenland, Recommendations 1/2020 on controllers' compliance with the specific legislation on electronic communications, Rz. C.4, www.dpa.gr/en/enimerwtiko/press-releases/action-hellenic-dpa-informational-websites-cookies; Luxemburg, Lignes directrices en matière de cookies et autres traceurs, Rz. 3.2.7 (Stand 20.10.2021), <https://cnpd.public.lu/content/dam/cnpd/fr/dossiers-thematiques/cookies/CNPD-LD-Cookies.pdf>; Italien, Guidelines on the use of cookies and other tracking tools, Gliederungspunkt 7.1. (Stand: 10. Juni 2021), <https://www.gpdp.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9677876#english>; Großbritannien, Guidance on the use of cookies, „<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-pecr/guidance-on-the-use-of-cookies-and-similar-technologies/how-do-we-comply-with-the-cookie-rules/>“: „A consent mechanism that doesn't allow a user to make a choice would also be non-compliant, even where the controls are located in a 'more information' section“.

Die Tatsache, dass die Pflicht für eine Ablehnschaltfläche zwar entgegen eines früheren Gesetzesentwurfs⁵⁸ letztlich nicht in das TTDSG aufgenommen worden ist, spricht nicht gegen die klare Forderung in der OH Telemedien. Denn diese Gestaltungsanforderung ergibt sich bereits aus der DS-GVO. Da die DS-GVO technikneutral ausgestaltet ist und eine Vielzahl von Sachverhalten regelt, gibt es auch keine speziellen Regelungen für Einwilligungsbanner auf Webseiten oder in Apps.

Solche Regelungen konnten auch durch den nationalen Gesetzgeber im Rahmen des TTDSG nicht geschaffen werden. Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL verweist im Hinblick auf die Voraussetzungen für eine Einwilligung auf die DS-GVO, sodass das TTDSG hier keine abweichende Regelung erlassen darf. Sofern, wie hier dargestellt, sich das Erfordernis einer Ablehnoption auf erster Ebene aus den entsprechenden Vorgaben der DS-GVO ergibt, wäre eine Aufnahme in das TTDSG lediglich deklaratorisch. Würde sie als eine eigenständige Regelung gewertet werden, welche sich nicht aus der DS-GVO ergibt, liefe der nationale Gesetzgeber Gefahr, eine unionsrechtswidrige Vorschrift zu erlassen. Eine entsprechende Öffnungsklausel, die dazu ermächtigt, ergibt sich weder aus der DS-GVO noch aus der ePrivacy-Richtlinie. Das Fehlen einer expliziten gesetzlichen Regelung ergibt sich auch aus der generellen gesetzgeberischen Struktur der Einwilligung. Eine Einwilligung ist nicht generell einzuholen, sondern insbesondere, wenn keine andere Rechtsgrundlage gemäß Art. 6 Abs. 1 DS-GVO oder keine Ausnahme nach § 25 Abs. 2 TTDSG in Betracht kommt. Folglich geht das Gesetz nicht davon aus, dass das Nichterteilen aktiv zum Ausdruck gebracht werden muss.

Außerhalb von Webseiten und Apps ist dies in der Regel unproblematisch möglich.

Eine Person erhält beispielsweise ein Formular, mit dem eine Einwilligung zu einer Datenverarbeitung abgefragt wird. Möchte die Person in diesem Fall nicht einwilligen, gibt sie entweder das Formular nicht zurück oder eben ohne eine Unterschrift oder sonstige Zustimmung. Hier wäre es fernliegend, auf dem Formular eine Unterschrift zu fordern, um die Nichterteilung auszudrücken.

Diese Wertung ist auf den Online-Kontext zu übertragen. Die Aufsichtsbehörden fordern die Ablehnfunktion auf der ersten Ebene nicht generell, sondern nur in Folge von konkreten Gestaltungselementen der Einwilligungsbanner, die in der Praxis sehr häufig anzutreffen sind. Eine Ablehnfunktion auf erster Ebene ist immer dann erforderlich, wenn Nutzer:innen mit dem Einwilligungsbanner interagieren müssen, um den Besuch der Webseite fortzusetzen. Sofern durch das Einwilligungsbanner keine Webseitenbereiche versperrt und die Inhalte zugänglich sind, mithin keine Aktion der Nutzer:innen erforderlich ist, um die Webseite zu nutzen, kann eine Ablehnmöglichkeit auf erster Ebene entbehrlich sein. Weiterhin ist eine Ablehnfunktion auf erster Ebene nicht erforderlich, wenn auch die Einwilligung erst auf einer anderen Ebene erteilt werden kann. Es ist daher eine Frage der Gestaltung des Einwilligungsbanners und eine Einzelfallbetrachtung. Jedoch sind im Hinblick auf die momentan gewählten Ausgestaltungen der Einwilligungsbanner sehr häufig die Voraussetzungen erfüllt, die eine Ablehnfunktion auf erster Ebene aufgrund der nachfolgenden Ausführungen erfordern.

Es kann davon ausgegangen werden, dass die vorgenannte gesetzgeberische Wertung auch für Betroffene den relevanten Maßstab bildet. Das heißt, Betroffene haben berechtigterweise die Erwartung, dass sie einfach untätig bleiben können, wenn sie in eine Datenverarbeitung nicht einwilligen möchten. Wird durch die Gestaltung eines Einwilligungsbanners eine Entscheidung erzwungen, um die Webseite nutzen zu können, müssen sie ihre Ablehnung zumindest ohne Mehraufwand (gegenüber der Zustimmung) äußern können. Bei vielen Einwilligungsbannern besteht der Mehraufwand in der Regel nicht lediglich darin, dass der Betroffene, der eine Ablehnung äußern möchte, einmal mehr Klicken muss als bei der Zustimmung. Er muss vielmehr die weiteren Informationen und Einstellungsmöglichkeiten, mit denen er auf einer zweiten Ebene des

⁵⁸ BR-Drs. 163/21 v. 26.3.2021, S. 6, BT-Drs. 19/28396, S. 9.

Einwilligungsdialoges konfrontiert wird, lesen, nachvollziehen und dann unter den weiteren Buttons den richtigen auswählen. Dieser Mehraufwand ist im Regelfall nicht marginal, sondern ein spürbarer Nachteil für die Betroffenen.

Unter dem Gesichtspunkt der Freiwilligkeit und im Zusammenspiel mit Erwägungsgrund 42 S. 5 kann nur dann davon ausgegangen werden, dass die betroffene Person ihre Einwilligung freiwillig gegeben hat, wenn sie eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden. Diese Auffassung vertritt auch der EDSA in den Leitlinien zur Einwilligung.⁵⁹

Bei der Bewertung, ob die Einwilligung zum Einsatz von Tracking-Techniken freiwillig erteilt wurde, ist zunächst zu klären, ob für den Betroffenen überhaupt ein Bedürfnis zu einer Entscheidung bestand oder ob er einfach hätte untätig bleiben können. Will der Betroffene eine Webseite besuchen, bei welcher der Einwilligungsdialog den Zugriff auf die Webseite insgesamt oder Teile des Inhalts verdeckt und das Einwilligungsbanner nicht einfach ohne Entscheidung geschlossen werden kann, so muss er eine aktive Willenserklärung abgeben.

Zwar wird in den Stellungnahmen teilweise ausgeführt, dass niemand gezwungen sei, eine Webseite zu besuchen, deren Inhalt grundsätzlich von anderen am Markt angeboten wird. Diese Argumentation kann jedoch nicht durchgreifen. Der EDSA vertritt die Ansicht, dass eine Einwilligung nicht als freiwillig erteilt angesehen werden kann, wenn ein Verantwortlicher argumentiert, dass zwischen seiner Dienstleistung, zu der die Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten für zusätzliche Zwecke gehört und einer vergleichbaren Dienstleistung, die von einem anderen Verantwortlichen angeboten wird, eine Wahlmöglichkeit besteht.⁶⁰ In einem solchen Fall wäre die Wahlmöglichkeit vom Verhalten anderer Marktteilnehmer und davon abhängig, ob eine betroffene Einzelperson die Dienstleistungen des anderen Verantwortlichen wirklich als gleichwertig ansehen würde. Dies würde darüber hinaus bedeuten, dass der Verantwortliche die Entwicklungen des Marktes verfolgen müsste, um eine fortgesetzte Gültigkeit der Einwilligung in die Datenverarbeitungen sicherzustellen, da ein Wettbewerber seine Dienstleistungen zu einem späteren Zeitpunkt ändern könnte. Daher kann eine Einwilligung nicht per se nur deshalb als freiwillig qualifiziert werden, wenn der Betroffene sich theoretisch alternativen Optionen hätte zuwenden können, die ein Dritter anbietet.

Die abzugebende Willenserklärung ist nur dann freiwillig, wenn die betroffene Person eine wirkliche Wahl hat, sich nicht durch unangemessenen Druck oder Einflussnahme zur Einwilligung gedrängt fühlt oder negative Auswirkungen erdulden muss. Dafür ist es notwendig, dass Nutzer:innen die Alternative als solche erkennbar wahrnehmen können müssen.

In die Bewertung ist zudem an dieser Stelle auch der Grundsatz der Verarbeitung nach Treu und Glauben gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO einzubeziehen. Kann der Verantwortliche keinen sachlichen Grund dafür vorbringen, weshalb er keine gleichwertige, d. h. mit demselben Aufwand verbundene Ablehnungsmöglichkeit auf erster Ebene anbietet, versucht er in treuwidriger Weise Einfluss auf die Betroffenen zu nehmen. Dies deckt sich auch mit den vorgetragenen Ausführungen des Gutachtens Kühling/Sauerborn:

„Als unfreiwillig wird eine Einwilligung erst dann zu qualifizieren sein, wenn die Ablehnung der Einwilligung unzumutbar und unnötig erschwert wird, sodass die betroffene Person einseitig und ohne Gegenwert dazu genötigt wird, eine Einwilligung gegen ihren eigentlichen Willen zu erteilen. Hier bietet es sich an, in Anlehnung an den Grundsatz von Treu und Glauben aus Art. 5 lit. a DS-GVO darauf abzustellen, ob dem Nutzer durch die Mehrebenengestaltung auch ein Mehrwert durch bessere

⁵⁹ Siehe EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, V.1.1 Rn. 13.

⁶⁰ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Rn. 38

Einstellmöglichkeiten geboten wird, oder ob sie bloß schikanemäßig erfolgt, um den Nutzer zur Einwilligung zu drängen.

Daher bietet sich ein Ansatz an, der darauf abstellt, ob die Gestaltung des Cookie-Banners auf mehreren Ebenen bloß einseitig dazu führen soll, die betroffene Person durch die Unübersichtlichkeit des Banners zu einer einfach zu erteilenden Einwilligung zu verleiten oder ob ihr eine sinnvolle Möglichkeit gegeben werden soll, auf der zweiten Ebene individuelle Entscheidungen zu treffen.“⁶¹

Ein Mehrwert für Nutzer:innen ist auch nicht darin zu sehen, dass auf zweiter Ebene weitere Informationen zu finden sind und eine feingranulare Ablehnung möglich ist. Erstens kann eine Ablehnung auch ohne jegliche Informationen erfolgen. Zweitens ist nicht davon auszugehen, dass Nutzer:innen, die ablehnen wollen, feingranulare Einstellungsmöglichkeiten als einen Mehrwert ansehen. Drittens ist die Möglichkeit, Einstellungen zu treffen und nur in bestimmte Zugriffe und Verarbeitungstätigkeiten einzuwilligen, weiterhin gegeben, da es zur Erfüllung der Voraussetzung einer rechtswirksamen Einwilligung erforderlich ist, dass eine Einwilligung granular erteilt werden kann.⁶² Es wird daher kein Mehrwert generiert, sondern es werden nur die Vorgaben aus Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DS-GVO eingehalten.

Wie bereits an anderer Stelle dargestellt, ist der Mehrebenenansatz vom EDSA anerkannt und empfohlen.⁶³ Dies wird auch in der OH Telemedien so anerkannt und explizit dargestellt. Es widerspricht auch nicht dem Erfordernis einer Ablehnmöglichkeit auf erster Ebene, da sich das Konzept des sog. layer approach auf die Informationsverteilung bezieht und eine Hilfestellung dafür geben soll, Transparenz, Granularität und Informiertheit in Einklang zu bringen.

Eine Ablehnung muss nicht in informierter Weise erfolgen, da sie für den Betroffenen keine rechtlichen Folgen nach sich zieht. Insbesondere überzeugt es nicht, dass eine Ablehnung erst nach Kenntnis aller Informationen erteilt werden soll, wenn gleichzeitig die Einwilligung auf erster Ebene, ohne die Notwendigkeit der Kenntnisnahme der Informationen auf zweiter Ebene als möglich erachtet wird.

Die voranstehenden Überlegungen werden auch durch Erwägungsgrund 32 S. 6 gestützt. Es geht zu Lasten des Verantwortlichen, wenn er von der o. g. gesetzlichen Wertung abweicht und unnötige Unterbrechungen einbaut, indem er einen künstlichen Mehraufwand erzeugt. Denn wie bereits dargestellt, sind keine Anforderungen an das Ablehnen oder die Untätigkeit zu stellen, sodass der Aufruf einer zweiten Ebene – welche dazu dient, Informationen abgestuft zu erteilen – einen unnötigen Mehraufwand darstellt.

Daneben ist auch fraglich, ob eine unmissverständliche Willenserklärung vorliegt. Alleine die Tatsache, dass Nutzer:innen einen Button „Alle Akzeptieren“ betätigen, führt nicht automatisch dazu, dass das Merkmal der eindeutigen unmissverständlichen Handlung erfüllt ist. Werden dem Betroffenen zwar zwei Handlungsmöglichkeiten gegeben, (z. B. Anklicken eines „Zustimmen/Akzeptieren“-Buttons oder Anklicken eines zweiten Buttons/Links/Reglers) müssen diese denselben Kommunikationseffekt aufweisen. Wenn der Betroffene mittels des einen Buttons unmittelbar eine (zustimmende) Willenserklärung äußern kann, mittels des anderen Buttons jedoch gar keine Willenserklärung abgeben, sondern nur weitere Schritte durchführen kann, um später eine Willenserklärung abzugeben, so ist diese Anforderung nicht erfüllt. Wenn der Betroffene sodann den einzigen Button wählt, mit dem er unmittelbar eine – den Entscheidungsprozess beendende und die Nutzung der Webseite eröffnende – Willenserklärung abgegeben kann, so kann dieser Handlung auch der Wille innewohnen, sich nicht

⁶¹ Kühling/Sauerborn, Rechtsgutachten über die „Herausforderungen für Telemedienanbieter bei der Compliance mit den Vorgaben des TTDSG und der DS-GVO, 14.

⁶² EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, V.1.1 Rn. 42 ff.

⁶³ Vgl. EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, V.1.1 Rn. 69.

mit der Angelegenheit beschäftigen zu wollen. Dies gilt umso mehr, wenn der Betroffene aufgrund der konkreten Beschriftung der Handlungsalternative nicht einmal eindeutig erkennen kann, wie (d. h. mit wie viel mehr Aufwand und Schritten) er eine (ablehnende) Willenserklärung äußern kann.

Weitere sachliche Gründe, weshalb diese Möglichkeit erst auf zweiter Ebene vorgehalten wird, sind nicht ersichtlich und gehen auch nicht aus den Stellungnahmen hervor. Es verbleibt daher bei dem naheliegenden Grund, dass vermieden werden soll, dass Nutzer:innen „übereilt“ und ohne Informationen ablehnen können. Es wird eher in Kauf genommen, dass eine Einwilligung gegen den Willen der Nutzer:innen erteilt wird, wenn diese nur schnellstmöglich das Einwilligungsbanner schließen wollen.

Nicht zuletzt der BGH hat im Zusammenhang mit Telefonwerbung die Aussage getroffen, dass eine Einwilligung jedenfalls dann unwirksam ist, wenn die Gestaltung darauf angelegt ist, den Nutzer von der Ausübung seines Wahlrechts abzuhalten.⁶⁴

Die Stellungnahmen führen daher im Ergebnis zu keiner Abweichung der Bewertung in der OH Telemedien.

In Bezug auf eine mögliche Notifizierungspflicht gemäß Art. 5 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2015/1535⁶⁵ ist zunächst zu fragen, ob die OH Telemedien für Anbieter:innen von Telemedien 2021 in den Anwendungsbereich der Notifizierungsrichtlinie fällt.

Bei der OH Telemedien könnte es sich insoweit um eine sonstige Vorschrift im Sinne von Art. 1 Abs. 1 lit. f der Richtlinie handeln:

f) „technische Vorschrift“ technische Spezifikationen oder sonstige Vorschriften oder Vorschriften betreffend Dienste, einschließlich der einschlägigen Verwaltungsvorschriften, deren Beachtung rechtlich oder de facto für das Inverkehrbringen, die Erbringung des Dienstes, die Niederlassung eines Erbringers von Diensten oder die Verwendung in einem Mitgliedstaat oder in einem großen Teil dieses Staates verbindlich ist, sowie — vorbehaltlich der in Artikel 7 genannten Bestimmungen — die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, mit denen Herstellung, Einfuhr, Inverkehrbringen oder Verwendung eines Erzeugnisses oder Erbringung oder Nutzung eines Dienstes oder die Niederlassung als Erbringer von Diensten verboten werden.

Technische De-facto-Vorschriften sind insbesondere:

i) die Rechts- oder Verwaltungsvorschriften eines Mitgliedstaats, in denen entweder auf technische Spezifikationen oder sonstige Vorschriften oder auf Vorschriften betreffend Dienste oder auf Berufskodizes oder Verhaltenskodizes, die ihrerseits einen Verweis auf technische Spezifikationen oder sonstige Vorschriften oder auf Vorschriften betreffend Dienste enthalten, verwiesen wird und deren Einhaltung eine Konformität mit den durch die genannten Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegten Bestimmungen vermuten lässt;

Bei der OH Telemedien für Anbieter:innen von Telemedien handelt es sich um eine Veröffentlichung der deutschen Aufsichtsbehörden, welche weder in Gänze, noch in Teilen eine bindende Rechts- oder Verwaltungsvorschrift darstellt.⁶⁶ Die OH Telemedien stellt eine Erfüllung der aufsichtsbehördlichen

⁶⁴ BGH, GRUR 2020, 891, Rn. 37 – Cookie-Einwilligung II.

⁶⁵ Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 Über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft.

⁶⁶ Siehe bereits die Ausführungen in Kap. I.1.

Aufgaben entsprechend Art. 57 Abs. 1 lit. b und d DS-GVO dar und wurde in Ausübung der Befugnisse nach Art. 58 Abs. 3 lit. b DS-GVO veröffentlicht.

Jede Aufsichtsbehörde muss in ihrem Hoheitsgebiet die Öffentlichkeit für die Risiken, Vorschriften, Garantien und Rechte im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten sensibilisieren und sie darüber aufklären sowie Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter für die Pflichten sensibilisieren, die ihnen aus der DS-GVO obliegen. Jede Aufsichtsbehörde verfügt dabei über sämtliche beratende Befugnisse, die es ihr gestatten, zu allen Fragen, die im Zusammenhang mit dem Schutz personenbezogener Daten stehen, von sich aus oder auf Anfrage Stellungnahmen an die Öffentlichkeit zu richten, soweit dies im Einklang mit dem Recht des Mitgliedstaates steht.

Die OH Telemedien stellt die Auffassung der DSK dar und enthält keine verbindlichen Vorschriften. Sie gibt eine Orientierung dahingehend, wie die Vorgaben der DS-GVO und des TTDSG in Bezug auf Telemedien von den deutschen Aufsichtsbehörden verstanden werden. Dies wird durch Formulierungen wie „in der Regel“, „grundsätzlich“ und der Verwendung des Konjunktivs verdeutlicht. Eine Notifizierungspflicht ist daher weder für die Darstellungen der Erforderlichkeit einer Ablehnmöglichkeit auf erster Ebene, noch für die OH Telemedien als Ganzes gegeben.

d) Änderungsempfehlung

Es wird empfohlen, dieses Thema ergänzend in Kapitel V Gestaltung von Einwilligungsbanner (s. Anlage 1) aufzunehmen. Für die dargestellten Fälle, in denen eine Ablehnfunktion auf erster Ebene erforderlich ist, ist die vorgeschlagene Alternative „Ablehnen oder Einstellungen“ nicht ausreichend. Dadurch würde je nach den konkreten weiteren Umständen gegebenenfalls das Merkmal der unmissverständlichen und eindeutigen Handlung gewahrt werden, es verblieben dennoch die dargestellten weiteren Defizite, insbesondere im Hinblick auf die Freiwilligkeit. Das neue Kapitel V Gestaltung von Einwilligungsbannern ist diesem Auswertungsbericht als Anlage 1 beigelegt.

20. „Zulässigkeit der Cookie-Wall („zumutbare Alternative““)

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Vereinzelt vorgetragen wird außerdem, dass bei der Frage der Abhängigkeit eines Dienstes von der Einwilligung häufig die Freiwilligkeit der Einwilligung von den Datenschutzaufsichtsbehörden in Zweifel gezogen wird. Eine typische Fallgruppe der Unfreiwilligkeit einer Einwilligung sei das Vorhandensein einer Machtasymmetrie zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen. Von einer solchen Asymmetrie sei im Regelfall bei Online-Diensteanbietern allerdings nicht auszugehen, da in der Regel die betroffene Person aufgrund der Vielzahl von Telemedizinangeboten nicht von einem einzelnen Angebot abhängig sei. Insoweit sei das sog. Kopplungsverbot zwar einschlägig, es liege aber nur relatives Kopplungsverbot vor. Kein Verstoß gegen die Informiertheit sei es daher, wenn die Wahl bestehe, einzuwilligen oder die Webseite zu verlassen. Die Zulässigkeit der Cookie-Wall hänge dann davon ab, ob sie durch ein marktmächtiges oder nicht marktmächtiges Unternehmen eingesetzt wird (Kühling/Sauerborn, S. 22).

b) Bezug zur OH Telemedien

Die OH Telemedien greift die Thematik der Freiwilligkeit der Einwilligung ab S. 15 auf. Die DSK geht davon aus, dass ein Zwang dann besteht, wenn ein Banner oder sonstiges grafisches Element zur Einwilligungsabfrage den Zugriff auf die Webseite insgesamt oder Teile des Inhalts verdeckt und das Banner nicht einfach ohne Entscheidung geschlossen werden kann. Auf S. 16 führt die DSK zudem aus, dass eine Einwilligung nicht per se nur deshalb als freiwillig qualifiziert werden, wenn Betroffene sich theoretisch alternativen Optionen hätte zuwenden können, die ein Dritter anbietet.

c) Bewertung

Der EDSA ist in seinen Ausführungen zum Verweis auf andere Marktteilnehmer sehr klar. Sog. Cookie-Walls sind insoweit unzulässig.⁶⁷ Der EDSA vertritt die Ansicht, dass eine Einwilligung nicht als freiwillig erteilt angesehen werden kann, wenn ein Verantwortlicher argumentiert, dass zwischen seiner Dienstleistung, zu der die Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten für zusätzliche Zwecke gehört und einer vergleichbaren Dienstleistung, die von einem anderen Verantwortlichen angeboten wird, eine Wahlmöglichkeit besteht. In einem solchen Fall wäre die Wahlmöglichkeit vom Verhalten anderer Marktteilnehmer und davon abhängig, ob eine betroffene Einzelperson die Dienstleistungen des anderen Verantwortlichen wirklich als gleichwertig ansehen würde. Dies würde darüber hinaus bedeuten, dass der Verantwortliche die Entwicklungen des Marktes verfolgen müsste, um eine fortgesetzte Gültigkeit der Einwilligung in die Datenverarbeitungstätigkeiten sicherzustellen, da ein Wettbewerber seine Dienstleistungen zu einem späteren Zeitpunkt ändern könnte. Daher verstößt eine Einwilligung, die sich auf eine alternative Option stützt, die ein Dritter anbietet, gegen die DS-GVO, d. h. ein Anbieter kann betroffene Personen nicht daran hindern, auf einen Dienst zuzugreifen, nur weil sie keine Einwilligung erteilen.⁶⁸ Beispielsweise bei Webseiten, die Medieninhalte zur Verfügung stellen, kann die vorgetragene Argumentation nicht verfangen. Hier soll gerade durch die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Pluralität der Informationsquellen und -inhalte ein vielfältiges und vor allem unterschiedliches Angebot für die Nutzer verfügbar sein. Es widerspricht daher diesem Ziel, wenn Nutzende an Angebote von Dritten verwiesen werden. Schließlich bleibt auch unklar, wie die vorgetragenen Machtasymmetrien festgestellt werden oder wie die Nutzenden letztendlich für sich bewerten sollen, ob sie zu Recht auf einen anderen Marktteilnehmer verwiesen wurden.

d) Änderungsempfehlung

Eine Änderung der OH Telemedien ist nicht angezeigt, da keine überzeugenden Argumente vorgebracht wurden, die die Positionierung des EDSA in Zweifel ziehen können.

21. „Kopplungsverbot gemäß Art. 7 Abs. 4 DS-GVO“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Der BVDW teilt auf S. 8 f. seiner Stellungnahme mit, dass die Kopplung der Einwilligung mit einem Vertrag zwar bei der „Abwägung der Freiwilligkeit“ zu berücksichtigen sei, die Kopplung aber nicht „regelmäßig“ zur Unfreiwilligkeit und damit zur Unwirksamkeit der Einwilligung führe. Als Begründung für diese Rechtsauffassung wird erstens auf die „Digitale-Inhalte-Richtlinie“ hingewiesen, aus der ersichtlich sei, dass der Gesetzgeber eine restriktive Auslegung der Kopplung nicht im Sinne hatte. Zweitens wird auf eine Entscheidung des OLG Frankfurt verwiesen, in der vertreten werde, dass Art. 7 Abs. 4 DS-GVO kein absolutes Kopplungsverbot darstellen würde.⁶⁹

Der BvD führt auf S. 3 aus, dass Art. 7 Abs. 4 DS-GVO schon dem Wortlaut nach kein Kopplungsverbot regelt. Als Begründung wird insbesondere auf die Anerkennung des „Bezahlens mit Daten“ in der Digitale-Inhalte-Richtlinie (Richtlinie (EU) 2019/770) sowie den Kodex für elektronische Kommunikation (Richtlinie (EU) 2018/1972) hingewiesen, selbst wenn diese Regelungen klarstellen würden, dass das Datenschutzrecht unberührt bleibt. Es wird eine deutliche Klarstellung in der OH

⁶⁷ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 39.

⁶⁸ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 38.

⁶⁹ Es werden die folgenden Quellen genannt: GRUR-RR 2016, 421 – Überschaubare Partnerliste, juris-Rn. 18; GRUR-RR 2016, 252 – Partnerliste, juris-Rn. 24.

Telemedien gefordert, dass jedenfalls eine Entkoppelung dadurch möglich ist, dass das Angebot gegen Zahlung eines Entgelts ebenfalls zugänglich ist.

b) Bezug zur OH Telemedien

Die Stellungnahmen beziehen sich auf die Ausführungen zu Art. 7 Abs. 4 DS-GVO im Kapitel III.2.f) „Freiwilligkeit der Einwilligung“ auf S. 16 der OH Telemedien.

c) Bewertung

Die OH Telemedien trifft keine Aussage über die konkrete Bewertung der Regelung in Art. 7 Abs. 4 DS-GVO als echtes oder unechtes, absolutes oder relatives Kopplungsverbot. In der OH Telemedien wird wie vom BVDW gefordert, zunächst darauf hingewiesen, dass zu berücksichtigen ist, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrages davon abhängig gemacht wird, dass in eine Datenverarbeitung eingewilligt wird, die für die Vertragserfüllung nicht erforderlich ist. Mit der anschließenden Formulierung, dass eine solche Kopplung *regelmäßig* zu einer unfreiwilligen Einwilligung führe, wird gerade bewusst keine absolute rechtliche Wertung festgestellt, sondern das Ergebnis der praktischen Prüferfahrung bei Telemedien wiedergegeben. In den Consent-Guidelines, auf die in der OH Telemedien umfassend verwiesen wird, wird bei sog. „Cookie-Walls“ auf Webseiten von einer unfreiwilligen Einwilligung ausgegangen.⁷⁰ „Cookie Walls“ im Sinne der Guidelines meint, dass es keine andere Möglichkeit gibt, die Inhalte einer Webseite wahrnehmen insbesondere lesen zu können, ohne Cookies zu akzeptieren. Der AK Medien folgt den Consent-Guidelines und vertritt die Auffassung, dass die Einwilligung unfreiwillig ist, wenn keine alternative Möglichkeit besteht, den Inhalt der Webseite vollständig wahrzunehmen, ohne den Cookies usw. zuzustimmen.

Ob als Alternative eine kostenpflichtige Nutzungsmöglichkeit der Webseite ausreicht, ergibt sich aus der Consent Guideline nicht. Der AK Medien vertritt hierzu die Auffassung, dass bei einer kostenpflichtigen Nutzungsmöglichkeit der Webseite eine Einzelfallprüfung vorzunehmen ist. Es besteht darüber hinaus Einigkeit, dass ein solches Geschäftsmodell nicht per se durch datenschutzrechtliche Vorgaben ausgeschlossen ist und grundsätzlich datenschutzkonform abgebildet werden kann. Die genannten Entscheidungen des OLG Frankfurt a.M. stammen bereits aus 2016 und beziehen sich somit auf eine alte Rechtslage und nicht auf Art. 7 Abs. 4 DS-GVO. Beide Entscheidungen betreffen keine Webseiten und Einwilligungsbanner und es wird keine Aussage über ein absolutes oder relatives Kopplungsverbot der Verbraucherschutzvorschriften im UWG getroffen.

Der AK Medien hat sich bisher mit den Vorschriften über Verbraucherverträge über digitale Produkte in den §§ 327 ff. BGB, die seit dem 1.1.2022 gelten und unter anderem die europäische sog. Digitale-Inhalte-Richtlinie⁷¹ umsetzen, nicht im Detail befasst.⁷² Es wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass die Vorschriften keine Auswirkungen auf die rechtliche Bewertung des TTDSG und der DS-GVO haben. In den Erwägungsgründen Nr. 37 und 38 wird ausdrücklich gesagt, dass die DS-GVO von der Digitale-Inhalte-Richtlinie unberührt bleibt und die Vorgaben der DS-GVO für alle personenbezogenen Daten gelten, die im Zusammenhang mit den von dieser Richtlinie erfassten Verträgen verarbeitet werden. Hierauf weist selbst der BVDW hin. Eine Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit einem Vertrag, der in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, ist daher nur rechtmäßig, wenn sie mit den Bestimmungen der DS-GVO im Einklang stehe.⁷³ Der Verweis auf den europäischen Kodex

⁷⁰ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 66.

⁷¹ Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.

⁷² Die §§ 327 ff. BGB werden im Rahmen der Konsultation im Schwerpunkt bei dem Thema Nr. 13 „Tatbestandsmerkmal „unbedingt erforderlich“ behandelt.

⁷³ Siehe. Erwg. 38 Digitale-Inhalte-RL.

für elektronische Kommunikation ist nicht näher spezifiziert und ist wohl vergleichbar demjenigen auf die Digitale-Inhalte-Richtlinie.

d) Änderungsempfehlung

Es wird nicht empfohlen, die vom BvD vorgeschlagene Ergänzung vorzunehmen. Diese Ergänzung könnte zu dem Missverständnis führen, dass die sog. Pur-Abo-Modelle von den Aufsichtsbehörden als datenschutzkonform bewertet werden. Die datenschutzrechtliche Bewertung der Pur-Abo-Modelle ist nicht Gegenstand der OH Telemedien, worauf in Fußnote 27 explizit hingewiesen wird.

22. „Farbliche Gestaltung und Hervorhebung von Einwilligungsbannern (Nudging)“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Fünf der eingegangenen Stellungnahmen machen explizite Ausführungen zu der Thematik Gestaltung von Einwilligung und insbesondere der Frage, ob ein gewisses „Nudging“ nach der OH Telemedien noch als zulässig erachtet wird. Teilweise wird vertreten, dass die OH Telemedien hierzu nähere Ausführungen machen sollte (Händlerbund S. 2, AWW S. 5 f., GGDD S. 4) bzw. zumindest eine Klarstellung vornehmen sollte, dass verschiedene Wahlmöglichkeiten nicht identisch ausgestaltet sein müssen (S. 13 Bitkom e.V.). Der ZAW (S. 5) sowie das beigefügte Rechtsgutachten von Kühling/Sauerborn (S. 18 f.), erachten Ausführungen in der OH Telemedien dagegen nicht für erforderlich, da diese Thematik letztlich durch den EuGH entschieden werden muss oder an anderer Stelle wie beispielsweise dem EDSA aufgegriffen wird.

Materiell rechtlich führen alle Stellungnahmen, die sich hierzu äußern, aus, dass die Gestaltung der Einwilligung weder in der DS-GVO noch durch die ePrivacy-Richtlinie und auch nicht durch das TTDSG gesetzlich geregelt ist und sich die Kriterien daher an den Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung entsprechend Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DS-GVO orientieren müssen. Daraus ergäbe sich im Ergebnis auch weiterhin ein gewisser Spielraum für zulässiges „Nudging“.

b) Bezug zur OH Telemedien

Die OH Telemedien greift die Thematik nicht direkt auf, fordert jedoch u.a. auf S. 14 eine „gleichwertige“ Handlungsmöglichkeit.

c) Bewertung

Mangels gesetzlicher Vorgaben im Hinblick auf die Gestaltung von Einwilligungserklärungen oder auch den hier konkret betreffenden Einwilligungsbannern sind diese, wie in den Stellungnahmen ausgeführt, anhand der Kriterien für eine rechtswirksame Einwilligung zu bemessen.

Demnach verbleibt die Entscheidung über die konkrete Ausgestaltung bei den Verantwortlichen, solange die Voraussetzungen für eine rechtswirksame Einwilligung weiterhin eingehalten werden.

Als Bewertungsgrundlage können hierfür die Guidelines 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognise and avoid them⁷⁴ herangezogen werden. Zum Zeitpunkt der Auswertung der Stellungnahmen ist die Arbeit der Cookie- Banner Taskforce noch nicht abgeschlossen. Sofern hierdurch ein gemeinsamer europäischer Standpunkt festgelegt wird, wird dieser bei der

⁷⁴ 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.

Bewertung von Gestaltungsfragen berücksichtigt. Bislang ist nicht erkennbar, dass die DSK eine von den anderen europäischen Aufsichtsbehörden abweichende Auffassung vertritt.

d) Änderungsempfehlung

Es werden Änderungen zur Klarstellung empfohlen. Es würde sich hier ein eigener in einem Kasten hervorgehobener Hinweis „Gestaltung Einwilligungsbanner“ eignen oder die Aufnahme unter den Hinweis „Einwilligungsbanner“.

Der Hinweis „Gestaltung von Einwilligungsbanner“ sollte entfernt werden. Die Inhalte sollten im Anschluss an Kapitel III.2.g) als neues Kapitel V der OH Telemedien ergänzt werden. Das neue Kapitel V Gestaltung von Einwilligungsbanner ist diesem Auswertungsbericht als Anlage 1 beigefügt.

23. „Unmissverständliche und eindeutig bestätigende Handlung“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Der bevh nimmt in Bezug auf zwei Einzelaspekte zu der genannten Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung Stellung.

Erstens teilt der bevh in seiner Stellungnahme auf S. 2 f. mit, dass er der Auffassung nicht zustimme, aus der Tatsache, dass Browsereinstellungen den Einsatz von Cookies und Web-Storage nicht unterbinden, keine Einwilligung geschlossen werden kann. In Erwägungsgrund 32 S. 2 DS-GVO würden ausdrücklich „technische Einstellungen für Dienste der Informationsgesellschaft“ als geeigneter Weg benannt, um Einwilligungen aktiv erteilen zu können.

Zweitens weist er darauf hin, dass nicht nachvollzogen werden könne, weshalb das aktive Weitersurfen nach Auffassung der DSK kein aktives Handeln darstelle. Sofern der Bürger ausdrücklich darüber informiert werde, dass sein Weitersurfen als Einwilligung gesehen wird, sei den Anforderungen der Transparenz genüge getan und es sei die Entscheidung des mündigen Verbrauchers, ob er Anpassungen über den Cookie-Banner vornehmen oder die Einstellungen beibehalten möchte. Es wird um Klarstellung gebeten, ob ein Weitersurfen keinesfalls als Einwilligung angesehen werden kann oder doch Ausnahmen möglich sind, beispielsweise wenn der Cookie-Banner weiterhin angezeigt wird und der Verbraucher jederzeit die Möglichkeit hat, seine Meinung zu ändern und die Einwilligung anzupassen.

b) Bezug zur OH Telemedien

Die Stellungnahme bezieht sich auf die Ausführungen in Kapitel III.2.d) „Unmissverständliche und eindeutig bestätigende Handlung“ auf S. 12. Der erste Hinweis bezieht sich auf den zweiten Absatz in dem es heißt:

„Der Umstand, dass der Browser der Endnutzer:innen Cookies oder Web-Storage, z. B. Local Shared Objects (LSO) zulässt, kann dementsprechend auch – ungeachtet weiterer Aspekte wie Informiertheit oder Bestimmtheit – keine Einwilligung darstellen.“

Der zweite Hinweis bezieht sich auf den dritten Absatz:

„Die reine weitere Nutzung einer Webseite oder App, z. B. durch Handlungen wie das Herunterscrollen, das Surfen durch Webseiteninhalte, das Anklicken von Inhalten oder ähnliche Aktionen können ebenfalls keine wirksame Einwilligung für den Zugriff auf oder die Speicherung von Informationen auf einer Endeinrichtung darstellen.“

c) Bewertung

Die gängigen Browser ermöglichen es Nutzern, Einstellungen vorzunehmen, wodurch Cookies beeinflusst werden. In der Regel können Cookies verwaltet, aktiviert, deaktiviert und gelöscht werden. Auch der Webstorage kann häufig durch Browser-Einstellungen vom Nutzer beeinflusst werden. Bedeutsam in diesem Zusammenhang ist zudem die in vielen Browsern integrierte Do-not-Track-Funktion (DNT-Einstellung). Nach der Aktivierung und Konfiguration dieser Funktion durch den Nutzer wird bei jedem Aufruf einer Webseite im Header die individuelle Einstellung an den angesprochenen Server mitgesendet („DNT:0“ = Tracking okay; „DNT:1“ = kein Tracking; Default: Null/Feld nicht gesendet = DNT-Funktion nicht aktiv). Für die Betreiber der Webseite ist diese Einstellung des Nutzers sichtbar, auswertbar und kann beim Abruf der Webseite entsprechend berücksichtigt werden. Die Standardeinstellungen der Browser erlauben regelmäßig das Setzen und Auslesen von Cookies und Webstorage. In diesem Fällen („default“) findet keine aktive Handlung des Nutzers der Webseite statt, die als Abgabe einer datenschutzrechtlichen Einwilligung bewertet werden könnte. Auf dieser Annahme begründet sich die entsprechende Aussage in der OH Telemedien.

Erwägungsgrund 32 S.2 betrifft dagegen den umgekehrten Fall. Der Nutzer hat nachweisbar Browsereinstellungen vorgenommen, insbesondere die DNT-Einstellung aktiviert („DNT:0“ = Tracking okay; „DNT:1“ = kein Tracking). In der Praxis führen diese allerdings regelmäßig dazu, dass der Einsatz von Cookies und Webstorage vom Nutzer aktiv eingeschränkt wird und der Nutzer somit gerade nicht einwilligt. Selbst wenn im Einzelfall davon auszugehen wäre, dass vom Nutzer getroffene Einstellungen als einwilligende Handlung gewertet werden könnten, wären erstens die weiteren Anforderungen an eine wirksame Einwilligung zu prüfen und zweitens müsste der Verantwortliche die Einwilligung auf diesem Weg gemäß Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 DS-GVO nachweisen können. Zu berücksichtigen ist zudem, dass der deutsche Gesetzgeber diese Form der Einwilligung bei § 25 Abs. 1 TTDSG gerade nicht für ausreichend erachtet hat, da andernfalls die Verordnungsermächtigung in § 26 TTDSG nicht erforderlich gewesen wäre.

Dem zweiten Hinweis ist mit dem Verweis auf die diesbezügliche ausdrückliche Wertung in Beispiel Nr. 16 der Consent-Guidelines zu begegnen:⁷⁵

86. Beispiel 16: Das Scrollen durch eine Website oder das Wischen oder ähnliche Handlungen bzw. Interaktionen eines Nutzers erfüllen keinesfalls die Anforderung einer eindeutigen bestätigenden Handlung nach Maßgabe des Erwägungsgrunds 32. Das liegt daran, dass solche Handlungen nur schwer von anderen Handlungen oder Interaktionen eines Nutzers abgegrenzt werden können und daher auch unmöglich festgestellt werden kann, dass eine unmissverständliche Einwilligung eingeholt wurde. Darüber hinaus wird es in einem solchen Fall auch schwierig sein, dem Nutzer Möglichkeiten des Widerrufs bereitzustellen, mit denen die Einwilligung genauso leicht zu widerrufen ist, wie sie ursprünglich erteilt wurde.

Eine abweichende rechtliche Bewertung kommt vor der Zielsetzung der einheitlichen Anwendung der DS-GVO in Europa nicht in Betracht. Ungeachtet dessen, besteht in der DSK Einigkeit über diese rechtliche Bewertung, die in der OH Telemedien ausführlich begründet wird.

d) Änderungsempfehlung

In Bezug auf den ersten Hinweis wird empfohlen, bei dem genannten Satz auf S. 12 eine Fußnote mit der Klarstellung zu ergänzen, dass sich Erwg. 32 S. 2 auf den umgekehrten Fall bezieht.

⁷⁵ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 86.

Fn. „26 ErwG. 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).“

Zur Klarstellung wird empfohlen, den vom bevH zitierten Satz auf S. 12 um den Einschub „– ungeachtet der weiteren Anforderungen an eine wirksame Einwilligung –“ zu ergänzen:

„Die reine weitere Nutzung einer Webseite oder App, z. B. durch Handlungen wie das Herunterscrollen, das Surfen durch Webseiteninhalte, das Anklicken von Inhalten oder ähnliche Aktionen können – ungeachtet der weiteren Anforderungen an eine wirksame Einwilligung – ebenfalls keine wirksame Einwilligung für den Zugriff auf oder die Speicherung von Informationen auf einer Endeinrichtung darstellen.“

24. „Detaillierte Beschreibung der Verarbeitung“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Vorgetragen wird, dass dem Bestimmtheitserfordernis einer Einwilligung zwar nicht genügend Rechnung getragen wird, wenn bloß vage Schlagwörter an die Nutzenden gerichtet werden, in Bezug auf IT-Sicherheit sei dennoch anzuerkennen, dass eine schlagwortartige Beschreibung genügen müsse. Eine detaillierte Beschreibung würde das Erfordernis einer Erklärung in einfacher, für die betroffene Personen verständlicher Sprache konterkarieren. Eine Beschreibung, die zwar über ein Schlagwort hinausginge, aber sich inhaltlich in einem Mehr an Text erschöpfe, schaffe ferner keine zusätzliche Transparenz für die betroffene Person (BvD, S. 3).

Die Ausführung der DSK zum mehrschichtigen Aufbau sei zudem dahingehend missverständlich, ob die Vorgehensweise mit nachgelagerter, weiterführender Information auf nächster Ebene noch genüge (AWV, S. 7).

Das Gutachten von Kühling/Sauerborn ergänzt darüber hinaus, dass je komplexer die Verarbeitungsphasen und je höher ihre Anzahl ist, desto weniger könne die Benennung jedes einzelnen Verarbeitungsschritts gefordert werden. In diesen Fällen reiche es aus, wenn die wesentlichen Phasen der Verarbeitung beschrieben würden (S. 15).

b) Bezug zur OH Telemedien

Die OH Telemedien führt auf S. 14 und 15 aus, dass bereits die Art. 29-Datenschutzgruppe als Vorgänger des Europäischen Datenschutzausschusses darauf hingewiesen hat, dass das Bestimmtheitserfordernis nicht durch vage oder allgemeine Angaben wie „Verbesserung der Erfahrungen des Nutzers“, „Werbezwecke“, „IT-Sicherheitszwecke“ oder „zukünftige Forschung“ erfüllt werden kann. Nur wenn den Endnutzer:innen ausreichende Informationen über alle Zwecke zur Verfügung stehen, zu denen auf die Endeinrichtung zugegriffen werden soll, können diese überhaupt nachvollziehen, für welche Fälle sie ihre Einwilligung erteilen.

c) Bewertung

Die DSK führt in der OH Telemedien aus, dass vor der Erteilung einer Einwilligung die Festlegung eines eindeutigen und legitimen Zwecks für die beabsichtigten Prozesse erfolgen muss, damit die Endnutzer:innen ausreichend informiert sind. Der AWV versteht S. 14 der OH Telemedien am Ende dahingehend, dass auf der ersten Ebene der Zweck „IT-Sicherheitszwecke“ zu unbestimmt sei. Diese Aussage wird so allerdings nicht in der OH Telemedien getroffen. Vielmehr wird ausgeführt, dass es grundsätzlich möglich ist, Einwilligungsbanner mehrschichtig zu gestalten, also detailliertere Informationen auch erst auf einer zweiten Ebene des Banners mitzuteilen, zu der die Nutzenden über

einen Button oder Link gelangen. Wenn jedoch bereits auf der ersten Ebene des Banners ein Button existiert, mit dem eine Einwilligung für verschiedene Zwecke erteilt werden kann, müssen auch auf dieser ersten Ebene konkrete Informationen zu allen einzelnen Zwecken enthalten sein. Der Verantwortliche muss den Zweck der Datenverarbeitung, für den die Einwilligung erfolgen soll, deutlich erklären.⁷⁶ Als Mindestanforderung wird die Zweckbeschreibung erwartet, die von den jeweiligen Drittdienstleistern z. B. in den Nutzungsbedingungen bereitgestellt werden. Eine leichtere oder kürzere Formulierung der Information darf indes nicht zulasten der sachlichen Richtigkeit gehen.⁷⁷

d) Änderungsempfehlung

Eine Änderung der rechtlichen Bewertung der DSK zu diesem Kritikpunkt ist nicht angezeigt. Es wird als Hilfestellung empfohlen, die OH Telemedien auf S. 14/15 um die Positivbeispiele aus der Leitlinie für Transparenz der Art. 29-Datenschutzgruppe wie folgt zu ergänzen:

„Wir werden Ihre Einkaufshistorie speichern und Informationen zu den bereits von Ihnen gekauften Produkten dazu zu verwenden, Ihnen Vorschläge für weitere Produkte zu unterbreiten, die Sie unserer Ansicht nach ebenfalls interessieren werden.“⁷⁸

„Wir werden speichern, welche Artikel und Produkte auf unserer Website Sie angeklickt haben, und diese Informationen nutzen, um Ihnen auf dieser Webseite gezielte Werbung zu unterbreiten, die Ihren Interessen entspricht, welche wir auf Grundlage der Artikel bestimmt haben, deren Beschreibung Sie gelesen haben.“⁷⁹

25. „Einwilligung für mehrere Zwecke“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

In den Stellungnahmen des BVDW (S. 7 f.), des Bitkom e.V. und im Rechtsgutachten Kühling/Sauerborn wird auf das Merkmal der Granularität eingegangen. Es wird vorgetragen, dass der Wortlaut des Gesetzes eine Einwilligung für mehrere bestimmte Zwecke durch eine Handlung und somit auch durch „Single-Button-Lösungen“ zulasse. Eine zu strikte Auslegung des Granularitätserfordernisses sollte vermieden werden.

b) Bezug zur OH Telemedien

Die OH Telemedien äußert sich insbesondere auf S. 15 hierzu:

„In die unterschiedlichen Zwecke müssen Endnutzer:innen sodann auch separat einwilligen oder diese ablehnen können. Fehlt es an der nötigen Granularität, hat dies auch noch weitere Auswirkungen auf die Freiwilligkeit und damit die Wirksamkeit der Einwilligung. Denn Erwägungsgrund 43 der DS-GVO bringt deutlich zum Ausdruck, dass die Einwilligung regelmäßig auch dann nicht als freiwillig erteilt gilt, wenn zu verschiedenen Vorgängen nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies in dem entsprechenden Fall angemessen wäre.“

c) Bewertung

Gemäß Art. 4 Nr. 11 DS-GVO ist die Einwilligung: *„...jede freiwillig für den bestimmten Fall ... abgegebene Willensbekundung ..., dass sie [= die betroffene Person] mit der Verarbeitung ...*

⁷⁶ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 68.

⁷⁷ Klement, in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 7 DS-GVO, Rn. 73.

⁷⁸ Art. 29 Datenschutzgruppe Gruppe, Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679, Rn. 11.

⁷⁹ Art. 29 Datenschutzgruppe Gruppe, Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679, Rn. 11.

einverstanden ist...“. Aus diesen Anforderungen der Einwilligung gemäß Art. 4 Nr. 11 DS-GVO wird als Konkretisierung das Erfordernis der sog. Granularität der Einwilligung abgeleitet.

Ausweislich des Wortlautes von Art. 6 Abs. 1 lit a DS-GVO und auch unter Heranziehung des Erwg. 32 Satz 5 ist es generell möglich, auch in mehrere Zwecke durch eine Handlung einzuwilligen. Dies wird jedoch in Erwg. 43 S. 2, 1. Hs. DS-GVO eingeschränkt. Hiernach gilt eine Einwilligung als nicht freiwillig erteilt, wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist.

Dies wird auch durch den EDSA in der Leitlinie zur Einwilligung⁸⁰ an mehreren Stellen dargestellt. Insbesondere wird in Rn. 42 ausgeführt, dass eine Dienstleistung zahlreiche Verarbeitungsvorgänge für mehr als einen Zweck umfassen kann, in solchen Fällen aber sollten die betroffenen Personen frei wählen können, welchen Zweck sie annehmen, statt in ein Bündel an Verarbeitungszwecken einwilligen zu müssen. Weiterhin können in einem gegebenen Fall können nach der DS-GVO mehrere Einwilligungen gerechtfertigt sein, um eine Dienstleistung anzubieten.

Die Granularität wird nicht bereits dadurch erreicht, dass der Verantwortliche die betroffenen Personen vor der Abgabe der Einwilligung über die unterschiedlichen Zwecke informiert, sondern es muss der betroffenen Person ermöglicht werden, in einige der Zwecke einzuwilligen, in andere aber nicht. Grundsätzlich muss jeder Zweck, für den eine Einwilligung für eine rechtmäßige Verarbeitung eingeholt werden muss, von der betroffenen Person ausgeschlossen werden können. Hierbei besteht jedoch die Möglichkeit, der betroffenen Person aufzuerlegen, einen Zweck seiner Wahl anzuklicken.

Nutzer:innen müssen die Möglichkeit haben, die jeweiligen Zwecke selbst und aktiv auswählen zu können (Opt-In). Um dem Kriterium der Granularität zu entsprechen, müssen also die jeweiligen Zwecke einzeln auswählbar sein. Stehen Zwecke in einem sehr engen Zusammenhang, kann eine Bündelung von Zwecken in Betracht kommen⁸¹ Es sind daher Single-Button-Lösungen möglich, jedoch muss das Granularitätserfordernis gewahrt bleiben. Das bedeutet, Nutzer:innen müssen die Möglichkeit haben, in unterschiedliche Zwecke einzeln einzuwilligen oder abzulehnen.

d) Änderungsempfehlung

Eine Klarstellung auf S. 15 wird empfohlen:

„Nur wenn den Endnutzer:innen ausreichende Informationen über alle Zwecke zur Verfügung stehen, zu denen auf die Endeinrichtung zugegriffen werden soll, können diese überhaupt nachvollziehen, für welche Fälle sie ihre Einwilligung erteilen. Unabhängig davon, ob so dann die Möglichkeit besteht, über eine Handlung in alle Zwecke einzuwilligen oder diese abzulehnen, müssen Endnutzer:innen auch separat in unterschiedliche Zwecke einwilligen oder diese ablehnen können. Fehlt es an der nötigen Granularität, hat dies auch noch weitere Auswirkungen auf die Freiwilligkeit und damit die Wirksamkeit der Einwilligung. Denn Erwägungsgrund 43 der DS-GVO bringt deutlich zum Ausdruck, dass die Einwilligung regelmäßig auch dann nicht als freiwillig erteilt gilt, wenn zu verschiedenen Vorgängen nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies in dem entsprechenden Fall angemessen wäre. Eine Bündelung von Zwecken kann nur in Betracht kommen, wenn die Zwecke in einem sehr engen Zusammenhang stehen.“

⁸⁰ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1.

⁸¹ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 42 f.

26. „Keine Aussage zum Verfall der Einwilligung“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Scheja & Partner führen auf S. 3 ihrer Stellungnahme aus, dass unklar ist, welche Gültigkeitsdauer eine in diesem Kontext erteilte Einwilligung hat und daher eine Feststellung hierzu in der OH Telemedien erforderlich ist. Der Datenanfragen.de e.V. thematisiert dazu die Frage, ob und wie lange eine Ablehnung oder Einstellungen gespeichert werden müssen, insbesondere im Hinblick auf die „Ermüdung“ von Nutzer:innen, bei immer wiederkehrender Abfrage (S. 3).

b) Bezug zur OH Telemedien

Die OH Telemedien macht hierzu keine Aussagen.

c) Bewertung

Die DS-GVO enthält keine spezifischen Vorgaben zur Dauer der Wirksamkeit einer Einwilligung. Wie lange die Einwilligung gültig ist, hängt vom Kontext, dem Umfang der ursprünglichen Einwilligung und den Erwartungen der betroffenen Partei ab.⁸² Dies wird auch in der OH Telemedien der Aufsichtsbehörden zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) aufgegriffen. Diese geht davon aus, dass eine Einwilligung nicht grundsätzlich durch Zeitablauf erlischt und verweist hierfür auch auf das Urteil des BGH vom 1. Februar 2018 - III ZR 196/17, Rn. 31:

„Eine zeitliche Begrenzung einer einmal erteilten Einwilligung sieht weder die Richtlinie 2002/58/EG noch § 7 UWG vor. Hieraus ergibt sich, dass diese - ebenso wie eine Einwilligung nach § 183 BGB - grundsätzlich nicht allein durch Zeitablauf erlischt“

Für die Einwilligungen, die nach Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL entsprechend der Vorgaben der DS-GVO einzuholen ist, ergibt sich ebenfalls keine zeitliche Begrenzung.

Der EDSA empfiehlt es als bewährte Praxis, die Einwilligung in angemessenen Zeitabständen zu erneuern. Wenn Informationen erneut erteilt werden, hilft das sicherzustellen, dass die betroffene Person gut darüber informiert bleibt, wie ihre Daten verwendet werden und wie sie ihre Rechte ausüben kann.

Sofern die wiederholende der Abfrage bei jedem Öffnen der Website oder von Unterseiten erfolgt, kann dies die Freiwilligkeit einer infolge mehrmaliger Nachfrage erteilten Einwilligung in Frage stellen. Denn die ständig erneute Abfrage führt zur Ermüdung, die - um das permanent gestörte Nutzungserlebnis zu bereinigen - schließlich in einer Einwilligung münden wird. Zudem liegt auch ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verarbeitung nach Treu und Glauben und das Fairnessprinzip des Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO nahe, wenn anzunehmen ist, dass die wiederkehrende Abfrage dazu führen soll, dass der Nutzer letztlich seine Einwilligung erteilt, um ungestört weitersurfen zu können.⁸³

Wann im Ergebnis ein sog. dark pattern⁸⁴ hierdurch anzunehmen ist, ergibt sich aus den durchschnittlichen Erwartungen der Nutzer:innen. Diese werden regelmäßig davon ausgehen, dass gewählte Einstellungen zumindest für den Zeitraum des Webseitenbesuchs gespeichert werden und

⁸² EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 110.

⁸³ EDSA, Guidelines 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognise and avoid them Version 1.0, Rn. 110 f.

⁸⁴ EDSA, Guidelines 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognise and avoid them Version 1.0, Rn. 28.

es nicht auf jeder Unterseite oder bei jeder neuen Aktivität auf der Website zu einer erneuten Abfrage kommt.

d) Änderungsempfehlung

Da in der OH Telemedien jegliche Ausführungen zu dieser Thematik fehlen, wird die Ergänzung von Kapitel III.2.h) „Gültigkeit der Einwilligung“, ähnlich den Ausführungen in der OH Telemedien zu Direktwerbung, empfohlen:

„Die DS-GVO enthält keine spezifischen Vorgaben zur Dauer der Wirksamkeit einer Einwilligung. Wie lange die Einwilligung gültig ist, hängt vom Kontext, dem Umfang der ursprünglichen Einwilligung und den Erwartungen der betroffenen Partei ab.“⁸⁵ Zu beachten ist, dass sich Einwilligungen immer auf „den bestimmten Fall“ beziehen. Ändert sich der „Fall“ wird die ursprüngliche Einwilligung gegenstandslos und es ist eine neue Einwilligung einzuholen. Wird durch eine bestätigende Handlung eine gebündelte Einwilligung für zahlreiche Fälle eingeholt, wie dies regelmäßig auf Webseiten und in Apps erfolgt, führt jede Änderung insbesondere der eingesetzten Cookies und eingebundenen Drittdienste dazu, dass für den neuen Fall eine neue Einwilligung eingeholt werden muss. Wird diese nicht einzeln abgefragt, muss die gebündelte Einwilligung erneut eingeholt werden.

27. „Widerrufbarkeit der Einwilligung“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Zu diesem Kriterium wird vorgetragen, dass die Widerrufsmöglichkeit einer Einwilligung nach Art. 7 Abs. 3 S. 4 DS-GVO genau so einfach wie die Einwilligung erfolgen können muss. Das bedeute aber nicht, dass bei der Nutzung eines Telemediendienstes eine Widerrufsmöglichkeit laufend angezeigt werden müsse. Diese müsse den Nutzenden nur bekannt und leicht zugänglich sein, beispielsweise im Rahmen der Einwilligung durch den Hinweis „Widerrufsmöglichkeit der Einwilligung unter Ziffer xy in der Datenschutzerklärung“ oder als leicht auffindbare Möglichkeit auf gleicher Ebene wie die Datenschutzerklärung oder das Impressum. Insoweit wird sich der Darstellung des Bayerischen Landesdatenschutzbeauftragten in seinen Erläuterungen zum neuen TTDSG, Abruf unter: https://www.datenschutz-bayern.de/datenschutzreform2018/OH_TTDSG_Telemedien.pdf angeschlossen. Darüber hinaus wird angeregt, Rn. 75 der Erläuterungen zu übernehmen (AWV, S. 9/10).

Der BDI trägt Ähnliches vor und führt aus, dass im Hinblick auf den Widerruf einer Einwilligung durch den Endnutzer grundsätzlich auch eine Widerrufsmöglichkeit in der Datenschutzerklärung ausreichend sein sollte. Weshalb das Scrollen in einer Datenschutzerklärung gegenüber der Suche nach einer Verlinkung zur Widerrufsmöglichkeit oder einem „Widerrufs-Icon“ die Abgabe eines Widerrufs erschweren soll, sei nicht ersichtlich. Die Einbettung der Widerrufsmöglichkeit in die Datenschutzerklärung trage zudem dazu bei, dass der Endnutzer alle Datenschutzinformationen zentral an einem Ort einsehen könne (BDI, S. 6).

b) Bezug zur OH Telemedien

Auf S. 17 wird in der OH Telemedien auf den Widerruf der Einwilligung Bezug genommen. Insbesondere wird darauf eingegangen, dass es unzulässig ist, wenn eine Einwilligung mittels Banner o. Ä. abgefragt wird und zur Ausübung des Widerrufs zunächst eine Datenschutzerklärung aufgerufen und dann in dieser zu der richtigen Stelle gescrollt werden muss, um zu einer Widerrufsmöglichkeit zu

⁸⁵ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 110.

gelangen. Ein solcher Suchvorgang als Zwischenschritt wäre eine Erschwerung, die mit den gesetzlichen Vorgaben nicht vereinbar ist.

c) Bewertung

Der EDSA führt hierzu in seinen Leitlinien zur Einwilligung aus, dass die DS-GVO nicht festlegt, dass das Erteilen und Widerrufen der Einwilligung immer durch dieselbe Handlung erfolgen muss. Wird die Einwilligung jedoch mithilfe elektronischer Mittel lediglich durch einen Mausklick, Wischvorgang oder Tastenanschlag erteilt, müssen die betroffenen Personen in der Praxis die Möglichkeit haben, die Einwilligung genauso einfach zu widerrufen. Wird die Einwilligung über eine dienstleistungsspezifische Nutzerschnittstelle (beispielsweise über eine Website, eine App, ein Konto, in das sich der Nutzer einloggt, die Schnittstelle eines Gerätes des Internet der Dinge oder eine E-Mail) erteilt, muss die betroffene Person ohne jeden Zweifel die Möglichkeit haben, ihre Einwilligung über dieselbe elektronische Schnittstelle zu widerrufen, da das Wechseln zu einer anderen Schnittstelle nur um die Einwilligung zu widerrufen, eine unangemessene Anstrengung erforderlich machen würde. Hier besteht kein Widerspruch zur OH Telemedien. Insbesondere muss der Verantwortliche die betroffenen Personen als Teil der Pflicht zur Transparenz darüber informieren, wie sie ihre Rechte geltend machen können.⁸⁶ Dafür ist in Abstimmung mit dem AK Medien, eine gut auffindbare Schaltfläche in der Datenschutzerklärung oder eine Schaltfläche bspw. „Datenschutzseinstellungen“ im Header oder Footer ausreichend, durch die das Einwilligungsbanner unmittelbar geöffnet werden kann und die Einstellungen bearbeitet werden können.

d) Änderungsempfehlung

Eine Änderung der OH Telemedien ist nicht angezeigt, da die Ausführungen mit den EDSA Richtlinien übereinstimmen. Auch eine Anpassung durch die Übernahme der Ausführungen des Bayerischen Landesdatenschutzbeauftragten für den Datenschutz wird nicht empfohlen, da sich hieraus kein Mehrwert und keine Klarstellung für Verantwortliche oder sonstige Leser der OH Telemedien ergibt. Zudem kommen die Ausführungen der OH Telemedien sowie die Ausführungen des Bayerischen Landesdatenschutzbeauftragten für den Datenschutz zur gleichen rechtlichen Wertung; in Teilen ist die Wertung des Bayerischen Landesdatenschutzbeauftragten sogar strenger, wenn gefordert wird, dass die Einwilligung, die über ein Einwilligungsbanner eingeholt wurde, wohl auch über denselben Weg widerrufen werden können muss.

Es wird empfohlen auf S. 18 klarzustellen, dass die DSK den Widerruf über einen Verweis in einer Datenschutzerklärung nicht per se ablehnt:

„Gleichwohl bedeutet dies nicht, dass der Widerruf über einen Verweis in einer Datenschutzerklärung per se abzulehnen ist. Sofern Verlinkungen die Nutzenden direkt an die Stelle zur Möglichkeit des Widerrufs leiten und gerade keine Suchvorgänge nötig sind, kann eine direkt auffindbare Widerrufsmöglichkeit auch in einer Datenschutzerklärung platziert werden.“

⁸⁶ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 116.

IV. Nachweispflicht gemäß Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 DS-GVO

28. „Prozessnachweis ausreichend“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

In der Stellungnahme von Scheja & Partner wird auf S. 3 f. ausgeführt, dass durch die Darstellungen der OH Telemedien im Hinblick auf die Nachweispflicht bzgl. Cookies der Eindruck entsteht, dass generell Prozessnachweise ausreichend sind.

Kritisch angemerkt wird hierbei, dass die Anforderungen an die Nachweispflicht einer abgegebenen Einwilligung aber nach dem EDSA⁸⁷ über den Prozessnachweis hinausgehen. Demnach hat der Verantwortliche nachzuweisen, „dass er eine gültige Einwilligung von der betroffenen Person erhalten hat.“⁸⁸ Zudem seien „die Verantwortlichen rechenschaftspflichtig (...), was das Einholen einer gültigen Einwilligung von den betroffenen Personen und die Einwilligungsmechanismen anbelangt, die sie eingeführt haben.“⁸⁹ Es geht daher nicht nur um Prozesse, sondern auch den Nachweis, dass die bestimmte betroffene Person eine bestimmte Einwilligung abgegeben hat.

Weiter wird ausgeführt, dass es im Online- Bereich nur möglich ist zu dokumentieren, dass über einen bestimmten Browser / ein bestimmtes Endgerät eine bestimmte Einwilligung abgegeben wurde. Es wird jedoch kritisch gesehen, hierzu einen Cookie im Browser zu hinterlegen und damit das Mittel der eigenen Nachweispflicht in die Sphäre des Nutzers, also eine Sphäre, über die der Nachweispflichtige keine Herrschaft hat, zu legen und damit dem Grundsatz der Rechenschaftspflicht (Art. 5 Abs. 2 DS-GVO) zuwiderzulaufen.

Als Alternative werden eigene Datenbanken genannt, in welchen bestimmte Parameter des Endgeräts, die in der Kombination eindeutig sind, und zudem Informationen zur Einwilligung (z. B Text, Ausgestaltung, Status – abgegeben/widerrufen) hinterlegt werden.

b) Bezug zur OH Telemedien

Die OH Telemedien führt auf S. 23 f. aus, dass die Erfüllung der Nachweispflicht keine langlebigen UID-Cookies erfordert, sondern es in der Regel genügt, nachzuweisen, welche Prozesse implementiert sind, um der Rechenschaftspflicht nach § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 DS-GVO Folge zu leisten. Weiterhin wird auf S. 30 ausgeführt, dass eine indirekte Identifizierung entsprechend Erwägungsgrund 26 der DS-GVO ausreichend ist, daher sollte in den Fällen, in denen Nutzer:innen keine Einwilligung geben, dies ohne Verwendung einer User-ID gespeichert werden.

c) Bewertung

Die EDSA Leitlinien⁹⁰ sind in Bezug auf dieses Problem etwas unklar, jedoch ergibt sich aus Rn. 106, dass grundsätzlich keine Erhöhung des Datenverarbeitungsvolumens angezeigt ist, um der Begründung der Rechenschaftspflicht nachkommen zu können. Für den Online- Kontext wird in Rn. 108 weiter ausgeführt:

„In einem Online-Kontext könnte der Verantwortliche beispielsweise Informationen über die Sitzung speichern, in der die Einwilligung zum Ausdruck gebracht wurde sowie Unterlagen über die Arbeitsabläufe im Hinblick auf die Einwilligung zum Zeitpunkt der Sitzung und eine Kopie

⁸⁷ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 104 ff.

⁸⁸ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 107.

⁸⁹ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 108.

⁹⁰ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 106 ff.

über die Informationen, die der betroffenen Person zu dem Zeitpunkt vorgelegt wurden. Es wäre nicht ausreichend, nur auf eine korrekte Konfiguration der Website hinzuweisen.“

Dies steht im Einklang mit den Ausführungen der OH Telemedien, in der die Position vertreten wird, dass keine langlebigen UIDs gesetzt werden müssen, sondern eine indirekte Identifizierung ausreichend ist. Diese indirekte Identifizierung kann in der vom EDSA dargestellten Weise erfolgen.

Die Leitlinien des EDSA⁹¹ sind auch dahingehend auszulegen, dass der Zweck eines Nachweises erreicht werden muss. Im Online-Bereich ist dies nur möglich, wenn eine direkte Identifizierung einer natürlichen Person gegeben ist. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn eine Einwilligung in den Versand eines Newsletters eingeholt wird. Dann kann mit einem Double-Opt-In eine Verbindung zwischen der Einwilligung und der konkreten Handlung eines Besitzers eines E-Mails-Postfachs hergestellt werden. Gleiches gilt, wenn es sich um einen anmelde- oder sogar kostenpflichtigen Dienst handelt.

Eine solche direkte Identifizierung ist im Bereich der Einwilligungen beim Besuch von Websites sehr häufig nicht möglich und auch vom Verantwortlichen nicht gewünscht. Weder ein Cookie noch eine IP können über einen längeren Zeitraum der einwilligenden Person zugeordnet werden.

Sofern, wie in der Stellungnahme angedacht, eine Datenbank bei dem Verantwortlichen geführt wird, würde eine solche eine ID aus dem Cookie enthalten, in dem auch die Entscheidung hinterlegt ist und weitere Informationen wie IP-Adresse und Gerätedaten. Damit wäre zum einen entgegen Erwägungsgrund 57 und entgegen den Ausführungen der Consent-Guidelines, eine Verarbeitung zusätzlicher personenbezogener Daten verbunden. Zum anderen kann auch dies im Zweifelsfall nur als Anscheinsbeweis dienen, da der Betroffene letztlich dennoch bestreiten kann, die Einwilligung erteilt zu haben, beispielsweise, wenn mehrere Personen das gleiche Endgerät nutzen. Zudem ist eine Nachweisführung in Form der Rückführung einer Cookie-ID oder einer IP-Adresse auf ein bestimmtes Endgerät oder eine natürliche Person in der Praxis schlicht unmöglich. Eine solche Datenverarbeitung ist daher bereits nicht geeignet, um den angestrebten Zweck zu erfüllen, und daher aufgrund fehlender Erforderlichkeit nicht statthaft.

d) Änderungsempfehlung

Zur Vermeidung zusätzlicher personenbezogener Daten zur Identifizierung, entsprechend Erwägungsgrund 57, sollten die Ausführungen in der OH Telemedien beibehalten werden. Jedoch wird die folgende Ergänzung als Klarstellung auf S. 24 nach dem ersten Absatz empfohlen:

„Die Darlegung der implementierten Prozesse umfasst nicht nur Informationen über die Einbindung eines Einwilligungsbanners oder einer CMP, sondern es sind weitere Informationen wie unter anderem auch Art und Weise der Speicherung und des Auslesens von Nutzer:innen-Entscheidungen, eine Beschreibung der einzelnen technischen Abläufe und die zum Zeitpunkt der erteilten Einwilligung vorgelegten Informationen erforderlich. Es sollten daher auch überholte Banner-Texte und -Konfigurationen gespeichert werden, um als Nachweis darauf zurückgreifen zu können.“

Weiterhin wird empfohlen, einen Textbaustein in Kap. V Gestaltung von Einwilligungsbannern, s. Anlage 1, S. 72, einzufügen.

⁹¹ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 106 ff.

29. „Übermittlung an Dritte zur Wahrung der berechtigten Interessen nicht möglich“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Die Einschätzung der DSK, dass die Übermittlung von personenbezogenen Daten an Dritte nicht auf die Rechtsgrundlage des „berechtigten Interesses“ gestützt werden kann, beispielsweise bei der Übermittlung einer IP-Adresse, überzeugt den BVDW rechtlich nicht. Der BVDW führt in seiner Stellungnahme aus, dass der Gesetzgeber im Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO die Interessen von Dritten bewusst aufgenommen hat und daher ein Ausschluss nicht zu rechtfertigen sei: „Die Verarbeitung ist zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten...“ (BVDW, S. 9).

b) Bezug zur OH Telemedien

Die DSK führt auf S. 31 aus, dass in Fällen, in denen Drittdienstleister beim Tracking als Auftragsverarbeiter eingebunden werden, darauf zu achten ist, ob diese Dienstleister Daten der betroffenen Personen auch zu eigenen Zwecken verarbeiten, z. B um eigene Dienste zu verbessern oder Interessenprofile zu erstellen. In diesem Fall – und selbst wenn sich der Drittdienstleister dies nur abstrakt vorbehält – wird der Rahmen einer Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DS-GVO überschritten. Für die Übermittlung personenbezogener Daten – und sei es nur der IP-Adresse – an diese Drittdienstleister kann Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO sodann in der Regel keine wirksame Rechtsgrundlage bilden.

c) Bewertung

Es ist richtig, dass die DSK in ihren Ausführungen deutlich herausstellt, dass Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO nicht mehr als legitime Rechtsgrundlage herangezogen werden kann, wenn ein eingebundener Drittdienstleister Daten der betroffenen Personen auch zu eigenen Zwecken verarbeitet- Dies steht nicht im Widerspruch zu Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO, der nur besagt, dass eine Verarbeitung durch den Verantwortlichen auch aufgrund eines berechtigten Interesses von Dritten erfolgen darf, nicht aber, dass damit immer auch eine Rechtsgrundlage für die Übermittlung der Daten an den Dritten gegeben ist. Selbst wenn berechnigte Interessen des Dritten anzunehmen wären, wird Art. 6 Abs. 1 lit. f. DS-GVO regelmäßig an den überwiegenden Interessen der Betroffenen scheitern. Gerade im Hinblick auf die Verarbeitungen von Drittanbietern zu eigenen Zwecken ist für die Nutzenden nicht vorhersehbar, welche Zwecke genau hiermit verfolgt werden. Die Gefahr eines Kontrollverlustes über die eigenen Daten steigt erheblich, sodass insoweit nur die Einwilligung mit den gesteigerten Informationspflichten als Rechtsgrundlage herangezogen werden kann.

d) Änderungsempfehlung

Eine Änderung der OH Telemedien ist nicht angezeigt.

30. „Keine Rechtsgrundlage für Tracking“

a) Vorgetragen wurde

In zwei der eingegangenen Stellungnahmen wurde thematisiert, dass Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO auch weiterhin als gleichwertige Rechtsgrundlage für „Tracking“ herangezogen werden können muss (VAUNET, S. 6 f.). Weiterhin wurde vom BVDW (S. 9) angesprochen, dass die Aussage der OH Telemedien auf S. 31 in Bezug auf Auftragsverarbeiter, die Daten zu eignen Zwecken verarbeiten können, einen Generalverdacht darstellt, welchem widersprochen wird.

b) Bezug zur OH Telemedien

Die OH Telemedien stellt auf S. 31 klar, dass bei der Verarbeitung personenbezogener Daten Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO als gleichwertige Rechtsgrundlage herangezogen werden kann, sofern nach der dargestellten Drei-Stufen-Prüfung ein überwiegendes berechtigtes Interesse auf Seiten des Verantwortlichen gegeben ist. Für den Kontext des „Trackings“ wird die Aussage getroffen, dass dies nur in wenigen Konstellationen gegeben ist.

c) Bewertung

Die OH Telemedien geht explizit davon aus, dass Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO als gleichwertiger Erlaubnistatbestand für die Verarbeitung personenbezogener Daten herangezogen werden kann. Auch durch den Bezug auf die vorangegangene OH Telemedien wird deutlich, dass hier keine Änderung vorgenommen wurde. Die Aussage, Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO müsse „weiterhin“ als gleichwertige Rechtsgrundlage herangezogen werden können, ist daher nicht nachvollziehbar, da dies der Darstellung in der OH Telemedien entspricht.

Die OH Telemedien nimmt hier Feststellungen und Beobachtungen mit auf, die seit der letzten OH Telemedien in der Praxis deutlich wurden, um eine Hilfestellung zu geben. So soll beispielsweise deutlich werden, dass in den meisten Konstellationen in Bezug auf „Tracking“ die Drei-Stufen-Prüfung nicht zu Gunsten des Verantwortlichen ausfällt. Weiterhin erfolgt der Hinweis darauf, dass darauf zu achten ist, dass eingebundene Auftragsverarbeiter keine Verarbeitung zu eigenen Zwecken vornehmen. Dies ist kein Generalverdacht und entbindet nicht von einer Prüfung im Einzelfall, sondern zeigt lediglich einen Fallstrick auf, der in der Vergangenheit häufiger zu Tage getreten ist.

d) Änderungsempfehlung

Eine Änderung der OH Telemedien wird nicht empfohlen.

31. „Drittstaatentransfer, Art. 49 Abs. 1 lit. a DS-GVO“

a) Vorgetragen wurde

Die überwiegende Anzahl der Stellungnahmen greift die Ausführungen in der OH Telemedien zur Thematik Drittlandtransfers im Kontext von Tracking auf. Insgesamt ist acht Stellungnahmen zu entnehmen, dass die Aussage der Orientierungshilfe, wonach Transfers in diesem Kontext regelmäßig nicht auf eine Einwilligung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a DS-GVO gestützt werden könnten, für zu pauschal gewertet wird. Der BDI (S. 6), der Bitkom e.V. (S. 26), der GDV (S. 5), der GDD (S. 7 f.), der AWV (S. 11 f.), der BVDW (S. 10) und Scheja & Partner (S. 11 ff.) sehen das Heranziehen von Erwägungsgrund 111 in Verbindung mit der Überschrift des Art. 49 DS-GVO als nicht ausreichend an, um die Aussage der OH Telemedien zu rechtfertigen. Es wird vor allem vom Bitkom e.V. und dem GDD ausgeführt, dass an eine Einwilligung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a DS-GVO gerade gesteigerte Anforderungen zu stellen sind, und dass hieraus und aus dem Widerrufsrecht ein ausreichender Schutz für Betroffene resultiere. Der BVDW führt zudem aus, dass es sich hierbei zumeist um pseudonyme Daten handle, und die englische Fassung des Art. 49 DS-GVO herangezogen werden sollte, um klarzustellen, dass sich die Anforderung „gelegentliche“ Datenübermittlung nicht auf Art. 49 Abs. 1 lit. a DS-GVO beziehe. In der Stellungnahme von Scheja & Partner wird grundsätzlich nicht das Ergebnis als solches kritisiert, sondern die Tatsache, dass sich zu wenig mit der Rechtsprechung und den EDSA Papieren auseinandergesetzt worden sei.

Alle genannten Stellungnahmen vertreten die Auffassung, dass die Aussage eine Beschneidung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung darstelle, da hier ein absolutes Verbot oder zumindest

eine extrem einschränkende Auslegung zugrunde gelegt werde, die es Betroffenen nicht ermögliche, selbst über die Übermittlung in ein Drittland zu entscheiden.

b) Bezug zur OH Telemedien

Auf S. 31 f. führt die OH Telemedien in Kap. IV.4 „Übermittlungen personenbezogener Daten an Drittländer“ aus, dass bezogen auf personenbezogene Daten, die im Zusammenhang mit der regelmäßigen Nachverfolgung von Nutzerverhalten auf Webseiten oder in Apps erhoben werden, grundsätzlich keine Datenübermittlungen in Drittländer auf Grundlage der Einwilligung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a DS-GVO erfolgen können.

c) Bewertung

Die Einwilligung nach Art 49 Abs. 1 lit. a DS-GVO kann nicht genutzt werden, um die Anforderungen des Kapitels V DS-GVO bei der Übermittlung personenbezogener Daten von Besuchern einer Website an Drittländer zu erfüllen. Denn mit Blick auf die in Art. 49 DS-GVO normierten Ausnahmetatbestände muss immer die in Art. 44 S.2 DS-GVO zum Ausdruck kommende Grundentscheidung des Gesetzgebers berücksichtigt werden, wonach Kapitel V der DS-GVO in seiner Gesamtheit so anzuwenden ist, dass das durch die DS-GVO gewährleistete Datenschutzniveau nicht unterlaufen wird. Dementsprechend hat der Europäische Datenschutzausschuss in den Leitlinien zu Art. 49 DS-GVO⁹² (S. 5), festgehalten, dass alle Ausnahmetatbestände nach Art. 49 DS-GVO – und somit auch die Einwilligung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a DS-GVO – so auszulegen sind, dass nicht gegen den Charakter von Ausnahmebestimmungen verstoßen wird.

Daher kommt eine Anwendung von Art. 49 DS-GVO auf regelmäßige, routinemäßige, massenhafte Transfers personenbezogener Daten in Drittländer, wie sie z. B im Rahmen des Einsatzes von Cookies und Drittdiensten geschehen, nicht in Betracht. Denn wenn man die Übermittlung der personenbezogenen Daten aller (eine Einwilligung erteilenden) Besucher einer Website auf Ausnahmetatbestände nach Art. 49 DS-GVO stützen würde, wäre dies gleichbedeutend mit massenhaften, nicht nur auf Einzelfälle beschränkten Übermittlungen personenbezogener Daten einer großen Anzahl von Personen in Drittländer. Für die übermittelten Daten würde in diesen Fällen kein ausreichender Schutz gewährleistet, da bei Anwendung von Art. 49 DS-GVO – anders als bei Übermittlungen auf Basis von Art. 45 und 46 DS-GVO – für die übermittelten Daten keine zusätzlichen Schutzgarantien zur Anwendung kämen. Dies würde dem durch Art. 44 Satz 2 DS-GVO vorgegebenen Ausnahmecharakter von Art. 49 DS-GVO im Gesamtgefüge des Kapitels V DS-GVO widersprechen und das durch die DS-GVO geschaffene Datenschutzniveau im Ergebnis untergraben. Für die Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer durch den Einsatz von Cookies bedeutet dies, dass es aufgrund ihres Charakters als regelmäßige, massenhafte Übermittlungen im Regelfall nicht möglich ist, die Anforderungen des Kapitels V DS-GVO durch Einholung von Einwilligungen nach Art. 49 Abs. 1 lit. a DS-GVO zu erfüllen.

d) Änderungsempfehlung

Eine Änderung ist nicht erforderlich. Insbesondere drückt die Verwendung des Wortes „grundsätzlich“ und auch die Darstellung: „... werden oft keine ausreichenden Maßnahmen möglich sein...“ aus, dass es Fälle geben kann, in denen die Aussage nicht greift.

⁹² EDSA, Leitlinien 2/2018 zu den Ausnahmen nach Artikel 49 der Verordnung 2016/679, abrufbar unter https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-22018-derogations-article-49-under-regulation_en.

V. Weitere Themen

32. „Betroffenenrechte“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Scheja & Partner kritisieren auf S. 1 der Stellungnahme, dass sich die OH Telemedien im Wesentlichen erneut wieder nur mit den Rechtsgrundlagen befasse. Zu anderen– ihres Erachtens sehr relevante Themen –, wie insbesondere die Betroffenenrechte würde keine Orientierung gegeben. Die folgenden Fragen blieben durch die OH Telemedien unbeantwortet:

- Welche Anforderungen bestehen im Online-Kontext hinsichtlich der Betroffenenrechte, insbesondere der Auskunft?
- Bestehen Anforderungen hinsichtlich der Löschung von Cookies, die eine Cookie-ID beinhalten und im Endgerät des Website-Besuchers gespeichert sind?

b) Bezug zur OH Telemedien

Es besteht kein konkreter Bezug zu der OH Telemedien, da das Thema der Betroffenenrechte nicht behandelt wird.

c) Bewertung

Zutreffend ist, dass die OH Telemedien für Anbieter von Telemedien nicht alle Themen rund um die datenschutzkonforme Gestaltung von Webseiten behandelt. Neben den Informationspflichten gemäß Art. 13, 14 DS-GVO fehlen auch Informationen zu erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen gemäß § 19 TTDSG. Im Zusammenhang mit den Betroffenenrechten allgemein sind keine spezifischen Fragestellungen bekannt und aktuell auch nicht Gegenstand der aufsichtsbehördlichen Praxis.

Im Online-Kontext sind bei der Auskunft an Betroffene die Anforderungen gemäß Art. 15 und Art. 12 DS-GVO zu berücksichtigen. Lediglich bei der Geltendmachung von Auskunftsansprüchen durch Betroffene ist ein Sonderproblem bekannt. Sofern sich das Auskunftersuchen auf Webseiten bezieht, die nicht zugangsbeschränkt sind, sodass die Nutzung also keinen Account erfordert, kann der Betreiber der Webseite häufig dem Namen des Auskunftersuchenden keine Daten zuordnen. Oft wird in diesen Fällen die IP-Adresse mit Zeitbezug oder eine gegebenenfalls im Endgerät gespeicherte Cookie-ID des Nutzers nachgefragt, um über diese die Zuordnung eines Datenbestands zu ermöglichen. Die Abfrage der IP-Adresse oder anderer Daten zur Identifizierung kann der Verantwortliche auf Art. 11 Abs. 2 S. 2 DS-GVO stützen.⁹³ Weiterhin ist zu beachten, dass eine Speicherung eines ID-Cookies zum alleinigen Zweck der Auskunftserteilung gegen den Grundsatz der Datenminimierung nach Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO verstößt.

Die §§ 21 bis 24 TTDSG enthalten spezifische Vorschriften zu Auskunftsverfahren bei Bestands- und Nutzungsdaten sowie über Passwörter und andere Zugangsdaten. Diese Regelungen stellen allerdings keine Betroffenenrechte dar, sondern betreffen Auskunftersuchen von Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden.

Beinhalten Cookies eine Cookie-ID, handelt es sich hierbei um personenbezogene Daten. Im datenschutzrechtlichen Sinne verarbeitet wird die Cookie-ID anschließend bei den nachgelagerten Verarbeitungsvorgängen auf den Servern des Betreibers der Webseite oder der eingebundenen Drittdienste. Diesbezüglich gelten die Betroffenenrechte der DS-GVO. § 25 TTDSG regelt allerdings den

⁹³ EDSA, Guidelines 01/2022 on data subject rights - Right of access, Rz. 67.

vorgelagerten Schritt des Setzens und Auslesens von Cookies als *lex specialis*, sodass insoweit das Recht auf Löschung gemäß Art. 15 DS-GVO nicht greift. Derjenige, der das Setzen des Cookies bewirkt hat, ist technisch ohnehin nur bedingt dazu in der Lage, das Cookie mit der ID auf den Endgeräten der Nutzer wieder zu löschen. Eine unabdingbare Voraussetzung ist zunächst, dass der Nutzer die Webseite erneut besucht. Grundsätzlich liegt der ID-Cookie damit außerhalb des Einflussbereichs des Betreibers der Webseite oder des über den Cookie eingebundenen Anbieters des Drittdienstes. Da es für die Besucher der Webseite technisch sehr einfach ist, Cookies von ihren Endgeräten wieder zu löschen, besteht diesbezüglich kein Bedarf an einer Löschpflicht des Webseitenbetreibers.

Dessen ungeachtet kann derjenige, der für den Einsatz des Cookies mit der ID verantwortlich ist, diesen mit einer Laufzeit versehen, sodass eine von ihm steuerbare automatische Löschung auf der Endeinrichtung der Nutzenden umgesetzt wird. In der OH Telemedien wird die Speicherdauer von Cookies – unabhängig von einer personenbezogenen ID – in Kap. III.3.c) „Anwendungsbeispiele und Prüfkriterien“ als maßgebliches Kriterium für die Bestimmung der unbedingten Erforderlichkeit gemäß § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG genannt. Aus dieser Vorschrift ergibt sich somit regelmäßig, dass Cookies mit einer begrenzten Speicherdauer zu versehen sind, wodurch sie automatisch gelöscht werden.

d) Änderungsempfehlung

Es wird empfohlen, die OH Telemedien um ein Kapitel VI. Betroffenenrechte zu ergänzen. Der konkrete Textvorschlag findet sich in Anlage 1.

33. „Form der OH Telemedien“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Der AWP hat auf S. 3 seiner Stellungnahme darauf hingewiesen, dass es bei künftigen Konsultationen und generell für das Zitieren der OH Telemedien sinnvoll wäre, Randziffern oder vergleichbare Hilfestellungen zur Identifikation von Textpassagen einzufügen.

b) Bezug zur OH Telemedien

Der Hinweis bezieht sich auf die gesamte OH Telemedien.

c) Bewertung

Randziffern werden auch bei den Guidelines verwendet und sind für genaue Zitate hilfreich.

d) Änderungsempfehlung

Im gesamten Dokument Randnummern in Form von Absatznummern ergänzen.

34. „Irrig nicht eingeholte Einwilligung“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Es wird vorgetragen, in der OH Telemedien fehlten Ausführungen, inwieweit ein versehentlich vorschriftswidrig erfolgter Zugriff auf oder die Speicherung von Informationen in Endeinrichtungen sich auf nachfolgende Verarbeitungen der erhobenen Daten auswirkt. Dies betreffe vor allem den Fall, dass ein Verantwortlicher irrig davon ausgeht, dass die Ausnahme in § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG einschlägig und eine Einwilligung somit entbehrlich sei. Teilt die zuständige Datenschutzaufsichtsbehörde diese Einschätzung im Ergebnis nicht, könne sie wegen Verstoßes gegen das TTDSG ein Bußgeld verhängen. Ein Ausstrahlen der Rechtswidrigkeit auf die anschließende Datenverarbeitung würde außerdem zu einer gravierenden Ausweitung des Bußgeldrahmens führen. Daher müsse in

diesem Fall für den Zeitraum bis zur Feststellung der Fehlannahme der Entbehrlichkeit einer Einwilligung eine Legitimation der Datenverarbeitung (z. B. gem. Art. 6 Abs. 1 lit. b oder f DS-GVO) möglich sein. Dies sollte klarstellend in die Orientierungshilfe aufgenommen werden (GDV, S. 6).

b) Bezug zur OH Telemedien

./.

c) Bewertung

Der Hinweis der GDV überzeugt rechtlich nicht. Es ist gerade Aufgabe der Anbieter von Telemediendiensten zu prüfen, für welche personenbezogenen Cookies und ähnliche Technologien eine Einwilligung eingeholt werden muss. Zudem könnten sich Verantwortliche mit dieser Argumentation jeglicher Verantwortlichkeit entziehen.

d) Änderungsempfehlung

Eine Änderung der OH Telemedien ist nicht angezeigt.

35. „Digital Service Act“

a) Vortrag aus den Stellungnahmen

Kühling/Sauerborn weisen in ihrem Gutachten unter der Überschrift „Die Farbliche Gestaltung von Einwilligungsflächen“ auf S. 19 auf den Digital Services Act hin. Der Rat habe sich am 25. November 2021 auf eine allgemeine Ausrichtung des Digital Services Act (DSA-Ratsposition) festgelegt, in der erstmals spezielle Regelungen zur Interface-Gestaltung für Marktplätze aufgenommen worden seien. Es sei davon auszugehen, dass der Digital Services Act als europäische Verordnung erlassen werde. Für Vermittlungsdienste, wie Hosting-Dienste, Online-Marktplätze, soziale Netzwerke und sehr große Online-Plattformen mit regelmäßig mehr als 45 Millionen Nutzern, würde in Art. 13a DSA-EP ein Verbot von „dark patterns“ normiert. Es würden einzelne Praktiken genannt, die zukünftig stets verboten sein sollen. Dies betreffe unter anderem die Gestaltungspraxis, Einwilligungsschaltflächen auffälliger zu gestalten als andere Schaltflächen.

b) Bezug zur OH Telemedien

Die Ausführungen beziehen sich im Wesentlichen auf den Aspekt der Farbgestaltung von Einwilligungsbanner. Die OH Telemedien greift die Thematik nicht direkt auf, fordert jedoch u.a. auf S. 14 eine „gleichwertige“ Handlungsmöglichkeit.

c) Bewertung

Die Ausführungen zum Digital Services Act beziehen sich im Wesentlichen auf den Aspekt der Farbgestaltung von Einwilligungsbanner, der ausführlich in Kapitel Nr. 22 behandelt wird. Darüber hinaus stützt sich die OH Telemedien ausschließlich auf die aktuelle Rechtslage.

d) Änderungsempfehlung

Es ist kein Änderungsbedarf ersichtlich.

Anhang 1

Übersicht der eingegangenen Stellungnahmen

1. Scheja & Partner Rechtsanwälte mbB, Adenauerallee 136, 53113 Bonn.
2. Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V., Schumannstraße 2, 10117 Berlin.
3. Industrie- und Handelskammer, für München und Oberbayern, 80323 München.
4. Berufsverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands (BvD) e.V., Budapester Straße 31, 10787 Berlin.
5. Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V. (bev), Friedrichstraße 60 (Atrium Friedrichstraße), 10117 Berlin.
6. VAUNET – Verband Privater Medien e.V., Stromstraße 1, 10555 Berlin.
7. AWW – Arbeitsgemeinschaft für wirtschaftliche Verwaltung e.V., Düsseldorfer Straße 40, 65760 Eschborn.
8. Datenanfragen.de e. V., Schreinerweg 6, 38126 Braunschweig.
9. GDD – Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V., Heinrich-Böll-Ring 10, 53229 Bonn.
10. Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V., Wilhelmstraße 43 / 43 G, 10117 Berlin.
11. Händlerbund e.V., vertreten durch den Bundesvorstand: Andreas Arlt (Bundesvorsitzender), Tim Arlt (Vorstandsmitglied), Torgauer Straße 233, 04347 Leipzig.
12. Bitkom e.V.
13. Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft e.V., Am Weidendamm 1A, 10117 Berlin einschließlich „Rechtsgutachten über die Herausforderungen für Telemedienanbieter bei der Compliance mit den Vorgaben des TTDSG und de DS-GVO, erstellt von Univ.Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M. Regensburg mit Unterstützung von RA Cornelius Sauerborn, Regensburg/München im Auftrag des Zentralverband der Deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V. vom 15.3.2022.
14. Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Breite Straße 29, 10178 Berlin.

Empfehlung für zu ergänzende Kapitel V und VI der OH Telemedien

V Gestaltung von Einwilligungsannahmen

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

Nicht jeder Einsatz von Cookies oder das anschließende Tracking ist per se einwilligungsbedürftig. Daher sollten entsprechende Einwilligungsannahmen nur eingesetzt werden, wenn tatsächlich eine Einwilligung notwendig ist. Andernfalls entsteht der missverständliche Eindruck, dass die betroffenen Personen eine Wahl haben und mit ihrer Entscheidung die technischen Prozesse und Datenverarbeitungen beeinflussen können, obwohl dies nicht gegeben ist.

1. Allgemeine Anforderungen

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

Beim erstmaligen Öffnen einer Webseite oder App erscheint in der Regel, unabhängig davon, ob die Startseite oder eine Unterseite aufgerufen wird, das Einwilligungsannahmen beispielsweise als eigenes HTML-Element. In der Regel besteht dieses Element aus einer Übersicht aller einwilligungsbedürftigen Zugriffe auf die Endeinrichtung entsprechend § 25 Abs. 1 TTDSG und aller Verarbeitungsvorgänge, die auf die Rechtsgrundlage Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO gestützt werden. Hierbei müssen die beteiligten Akteure⁹⁴ und deren Funktion ausreichend erklärt werden und über ein Auswahlmenü aktiviert werden können. Aktivieren bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Auswahlmöglichkeiten nicht „aktiv“ voreingestellt sein dürfen.

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

konkrete Zwecke der Verarbeitung,

wenn individuelle Profile angelegt und mit Daten von anderen Webseiten zu umfassenden Nutzungsprofilen angereichert werden,

wenn Daten auch außerhalb des EWR verarbeitet werden und

an wie viele Verantwortliche die Daten offengelegt werden.

Sofern auf der Webseite Drittdienste eingesetzt werden, ist es nicht ausreichend, wenn allgemein darauf hingewiesen wird, dass Informationen an „Partner“ weitergegeben werden. Sollten die Drittdienste beispielsweise für die Zwecke des Nutzertrackings, Erstellung von Nutzerprofilen insbesondere für

⁹⁴ 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 ist im Regelfall der Webseitenbetreiber und ggfs. 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 vornimmt bzw. ob er diese als Auftragsverarbeiter tätigt. 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.

Marketingzwecke und individualisierte Werbeeinblendungen auf der Webseite eingesetzt werden, genügt eine Information, dass die Drittdienste „die Informationen möglicherweise mit weiteren Daten zusammenführen“ nicht. Eine informierte Einwilligung erfordert in diesem Fall, die Zwecke der Verarbeitung konkret zu erläutern, insbesondere darauf hinzuweisen, wenn individuelle Profile angelegt und mit Daten von anderen Webseiten zu umfassenden Nutzungsprofilen angereichert werden. Werden Drittdienstleister eingebunden, sind diese einzeln zu benennen. Als Mindestanforderung wird die Zweckbeschreibung erwartet, die von den jeweiligen Drittdienstleistern z. B. in den Nutzungsbedingungen bereitgestellt werden.

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

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

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

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

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

Da eine Einwilligung widerruflich ist, muss eine entsprechende Möglichkeit zur Ausübung des Widerrufs implementiert werden. Der Widerruf muss so einfach möglich sein wie die Erteilung der Einwilligung, Art. 7 Abs. 3 S. 4 DS-GVO.⁹⁵

2. Gestaltung von Einwilligungsbannern

Es gibt keinen allgemeinen Standard für die Gestaltung von Einwilligungsbannern in Bezug auf Farbe, Größe oder Kontraste, sodass ein gewisser Spielraum für Verantwortliche verbleibt. Eine Verhaltenssteuerung durch die Gestaltung, die allgemein als Nudging bezeichnet wird, ist daher nicht generell unzulässig. Sie findet jedoch dort ihre Grenzen, wo die Voraussetzungen an eine wirksame

⁹⁵ Siehe hierzu OH Telemedien Kapitel III. 2. g) "Möglichkeit zum Widerruf der Einwilligung".

Einwilligung im Sinne von Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DS-GVO nicht mehr erfüllt sind. Sofern diese Grenze überschritten ist, ist von einem unzulässigen Nudging auszugehen.

a) Allgemein

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

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

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

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

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

Für die Bewertung ist generell eine Einzelfallbetrachtung erforderlich, da am konkreten Fall zu beurteilen ist, ob die Voraussetzungen an eine rechtswirksame Einwilligung noch erfüllt sind. Zur weiteren Orientierung können die Guidelines 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognise and avoid them⁹⁶ herangezogen werden, die überwiegend auf den Webseitenkontext übertragen werden können.

b) Ablehnoption

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

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

Entscheidend ist, dass die Alternative zur Einwilligung als solche von Nutzer:innen wahrgenommen werden kann. Nicht ausreichend ist es beispielsweise, wenn die Möglichkeit abzulehnen außerhalb des Einwilligungsbanners auf der Webseite dargestellt ist oder dies im Fließtext des Banners ohne deutliche optische Hervorhebung oder sprachliche Kenntlichmachung in den Hintergrund tritt, während die Möglichkeit der Einwilligungserteilung prominent als Button außerhalb des Fließtextes erscheint. Auch ein identischer Button, der allerdings erst nach Scrollen durch den Einwilligungstext ersichtlich ist,

⁹⁶ 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.

während die Möglichkeit zur Einwilligung direkt zu Beginn des Banners sichtbar ist, ist nicht als gleichwertige Alternative leicht wahrnehmbar.

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

VI. Betroffenenrechte

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

1. Informationspflichten gemäß Art. 13 f. DS-GVO

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

Die Grundsätze einer fairen und transparenten Datenverarbeitung machen es erforderlich, dass die betroffene Person über die Existenz des Verarbeitungsvorgangs und seine Zwecke unterrichtet wird (ErwG 60). Zwar ergibt sich aus der ePrivacy-Richtlinie ein direkter Verweis auf die Informationspflichten der Artikel 13 und 14 DS-GVO nicht, gleichwohl findet sich in der Richtlinie die Formulierung „umfassende Informationen“, die gemäß der Richtlinie 95/46/EG und damit der DS-GVO erteilt werden müssen. Der Wortlaut des § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG spricht zudem von „Information“ und „Einwilligung“, also von zwei separaten Aspekten der DS-GVO. Sollte der Begriff der Information sich lediglich auf eine informierte Einwilligung beziehen, wäre es ausreichend gewesen zu fordern, dass die Einwilligung gemäß der Verordnung (EU) 2016/679 erfolgen soll. Dies stellt mit Blick auf den oben genannten Grundsatz der fairen und transparenten Datenverarbeitung die einzige Möglichkeit dar, dieser elementaren Forderung nachzukommen. Daher bedeutet dies für Prozesse, die auf Grundlage von § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG erfolgen, dass die Informationspflichten der Artikel 13 und 14 DS-GVO einzuhalten sind.

2. Auskunftsrecht gemäß Art. 15 DS-GVO

Im Online-Kontext sind bei der Auskunft an Betroffene die Anforderungen gemäß Art. 15 i.V.m. Art. 12 DS-GVO zu berücksichtigen. Bei der Geltendmachung von Auskunftsansprüchen durch Betroffene ist ein Sonderproblem bekannt. Sofern sich das Auskunftersuchen auf Webseiten bezieht, die nicht zugangsbeschränkt sind, sodass die Nutzung also keinen Account erfordert, kann der Betreiber der Webseite häufig dem Namen des Auskunftersuchenden keine Daten zuordnen. In der Regel wird allerdings ein Auskunftersuchen unter Nennung des Namens gestellt. In diesen Fällen können vom Verantwortlichen andere eindeutige Identifikationsmerkmale des Nutzers nachgefragt werden, um über diese die Zuordnung eines Datenbestands zu der anfragenden Person zu ermöglichen.⁹⁷ Die Abfrage der Daten zur Identifizierung kann der Verantwortliche auf Art. 11 Abs. 2 S. 2 DS-GVO stützen. Eine Abfrage weiterer Informationen setzt allerdings konkrete, einzelfallbezogene und begründete Zweifel an der

⁹⁷ So auch EDSA, Guidelines 01/2022 on data subject rights - Right of access, Rn. 67.

Identität der Betroffenen voraus.⁹⁸ Die Vorschrift berechtigt auch nicht zu einer routinemäßigen Identitätsprüfung.⁹⁹

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

Beinhalten Cookies oder andere auf den Endeinrichtungen der Endnutzenden abgelegte Informationen eine ID, handelt es sich hierbei um personenbezogene Daten. Im datenschutzrechtlichen Sinne verarbeitet werden diese personenbezogenen Daten bei den nachgelagerten Verarbeitungsvorgängen auf den Servern des Betreibers der Webseite oder der eingebundenen Drittdienste. Diesbezüglich gelten die Betroffenenrechte der DS-GVO einschließlich dem Recht auf Löschung gemäß Art. 17 DS-GVO. Derjenige, der das Setzen des Cookies bewirkt hat, ist technisch aber nur bedingt dazu in der Lage, das Cookie mit der ID auf den Endgeräten der Nutzer:innen wieder zu löschen. Eine unabdingbare Voraussetzung ist zunächst, dass die Nutzer:innen die Webseite erneut besuchen, damit der Betreiber theoretisch erneut auf das Endgerät des Nutzers zugreifen kann. Grundsätzlich liegen Informationen die auf den Endgeräten der Nutzer abgelegt worden sind außerhalb des Einflussbereichs des Betreibers der Webseite oder des über den Cookie eingebundenen Anbieters des Drittdienstes. Da es für die Besucher:innen der Webseite technisch sehr einfach ist, Cookies von ihren Endgeräten wieder zu löschen, besteht datenschutzrechtlich diesbezüglich kein Bedarf an einer Löschpflicht des Webseitenbetreibers.

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

⁹⁸ *Bäcker*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2020, Art. 12 Rn. 30.

⁹⁹ *Paal/Hennemann*, in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, 2020, Art. 12 Rn. 72.