

## Stellungnahme

des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft

zum

**Konsultationsverfahren der DSK zur aktualisierten Orientierungshilfe für Anbieter:innen von Telemedien**

**Gesamtverband der Deutschen  
Versicherungswirtschaft e. V.**

Wilhelmstraße 43 / 43 G, 10117 Berlin  
Postfach 08 02 64, 10002 Berlin  
Tel.: +49 30 2020-5000  
Fax: +49 30 2020-6000

51, rue Montoyer  
B - 1000 Brüssel  
Tel.: +32 2 28247-30  
Fax: +49 30 2020-6140  
ID-Nummer 6437280268-55

Ansprechpartner:  
**Datenschutz/Grundsatzfragen**

E-Mail: [data-protection@gdv.de](mailto:data-protection@gdv.de)

[www.gdv.de](http://www.gdv.de)



## Zusammenfassung

Die DSK-Orientierungshilfe stellt eine sinnvolle Möglichkeit zur Schaffung von Rechtssicherheit beim Umgang mit Daten aus End-einrichtungen dar. Aus Sicht der deutschen Versicherungswirtschaft sollten jedoch in einigen Punkten Anpassungen erfolgen. Diese be-treffen die Ausführungen zu folgenden Aspekten:

- Einwilligung der Endnutzer
- unbedingte Erforderlichkeit nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG
- Einwilligung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a DSGVO
- Freiwilligkeit der Einwilligung
- Auswirkungen irrig nicht eingeholter Einwilligung
- „Auslesen“ von Informationen aus Endeinrichtungen

## **1. Einleitung**

Die deutsche Versicherungswirtschaft begrüßt die Bestrebungen der Datenschutzkonferenz, mit ihrer Orientierungshilfe mehr Rechtssicherheit zu schaffen und praxisgerechte Lösungen im Umgang mit § 25 TTDSG zu finden. Auch Jahrzehnte nach Inkrafttreten der ePrivacy-Richtlinie gestaltet sich die Anwendung der auf ihr basierenden Regelungen herausfordernd. Vor diesem Hintergrund möchten wir in Bezug auf die Orientierungshilfe einige Anregungen geben:

## **2. Einwilligung der Endnutzer**

Für die Einwilligung nach dem TTDSG gelten die gleichen Anforderungen wie in der DSGVO, wobei es nach § 25 TTDSG auf die Einwilligung des Endnutzers ankommt. Laut der Orientierungshilfe sei der Begriff des Endnutzers als Abgrenzung zu Anbietern von Telekommunikationsdiensten zu verstehen. Dagegen würde er nicht den persönlichen Anwendungsbereich der Norm spezifizieren. Erforderlich sei die Einwilligung der Person, die objektiv die Endeinrichtung nutzt (S. 10 – 11).

Der Einschätzung, dass in Bezug auf den Endnutzer eine subjektive „Betroffenheit“ nicht gefordert ist, ist beizupflichten. Verwirrend erscheint jedoch, dass Aspekte wie die Eigentumsverhältnisse am Endgerät grundsätzlich irrelevant sein sollen. Um eine deutlichere Abgrenzung zwischen Endnutzern und bloßen Nutzern hervorzuheben, sollte nicht auf die Einwilligung der Person abgestellt werden, die objektiv die Endeinrichtung nutzt. Dies kann der jeweilige Anbieter eines Telemediendienstes unter Wahrung des Grundsatzes der Datenminimierung im Zweifel gar nicht feststellen. Vielmehr muss es ausreichend sein, dass die Einwilligung von der gegenständlichen Endeinrichtung aus erteilt wurde. Zumindest muss eine derart erteilte Einwilligung der Person zugerechnet werden, die eigentlich objektiv die Endeinrichtung nutzt.

## **3. Unbedingte Erforderlichkeit nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG**

Nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG bedarf es für die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder den Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, keiner Einwilligung, wenn die Speicherung oder der Zugriff unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Telemediendienstes einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen kann. Das Tatbestandsmerkmal der unbedingten Erforderlichkeit ist laut der Datenschutzkonferenz im Sinne einer technischen Erforderlichkeit streng zu verstehen (S. 22 – 23). Diesbezüglich müsse auch besonders auf den Zeitpunkt der Speicherung/des Zugriffs geachtet werden (S. 23).

Der Wortlaut von § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG gibt eine Beschränkung der Ausnahme auf technisch erforderliche Speicherungen/Zugriffe nicht her. Zutreffend ist, dass die Erforderlichkeit auf Grund des Zusatzes „unbedingt“ eng auszulegen ist. Die von der DSK in Bezug genommene Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/27441 S. 38) kann 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 spricht auch das Gesetzgebungsverfahren zur ePrivacy-Verordnung, die die ePrivacy-Richtlinie und große Teile des TTDSG zukünftig ersetzen soll. Die Position des Europäischen Parlamentes sieht beispielsweise in Art. 8 Abs. a ePrivacy-VO in den Buchstaben a), c), d) und da) gleich vier verschiedene Erforderlichkeitsmaßstäbe vor: unbedingte Erforderlichkeit, unbedingte technische Erforderlichkeit, technische Erforderlichkeit und einfache Erforderlichkeit. Auch in den Entwürfen für eine Position des Rates der Europäischen Union war unter der deutschen Ratspräsidentschaft in Art. 8 Abs. 1 lit. c eine unbedingte technische Erforderlichkeit der Erhebung/Speicherung von Informationen aus bzw. in Endgeräten für die Erbringung eines Dienstes vorgesehen, bevor das Merkmal „technisch“ in der allgemeinen Ratsausrichtung gestrichen wurde. Nach Vorstellung der Europäischen Gesetzgeber ist daher zwingend zwischen unbedingter und technischer Erforderlichkeit zu unterscheiden. Da Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie wie auch § 25 TTDSG nur unbedingte Erforderlichkeit voraussetzt, bitten wir, die Orientierungshilfe 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. Dabei kann die Erforderlichkeit nicht rein objektiv bestimmbar sein, sondern muss ein Stück weit vom Webseitenbetreiber selbst gesteuert werden können. Eine moderne Webseite ist eine Gesamtkomposition aus mehreren modularen Anwendungen, die teils ineinandergreifen und zum Teil gegenseitige Abhängigkeiten haben. Zu strenge Anforderungen an die technische Erforderlichkeit und ein Verschieben hinter die Einwilligungsschranke würden dazu führen, dass die Webseite nicht mehr so, wie vom Webseitenbetreiber konzipiert, funktioniert, einige Funktionen brechen oder „weiße Flecken“ auf der Seite entstehen.

Ebenso ist das Nachladen von Cookies erst an Stellen, an denen sie tatsächlich gebraucht werden, technisch kaum umsetzbar. Dieser Gedanke widerspricht zudem der Intention des Gesetzes, denn dem Nutzer müsste in jedem Fall die ganze Zeit „über die Schulter“ geschaut werden, um zu

sehen, an welcher Stelle er sich auf der Webseite befindet und welche Cookies an dieser Position als nächstes nachgeladen werden müssten.

#### **4. Einwilligung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a DSGVO**

Für Übermittlungen personenbezogener Daten in Drittländer konstatiert die Orientierungshilfe, dass der Abschluss von SCCs ohne ergänzende Schutzmaßnahmen je nach Drittland nicht ausreichend sei. Gerade im Zusammenhang mit der Einbindung von Dritt-Inhalten und der Nutzung von Tracking-Dienstleistungen seien oft keine ausreichenden ergänzenden Maßnahmen möglich, sodass derartige Dienste nicht auf Webseiten eingebunden werden dürften (S. 32). Auch eine Einwilligung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a DSGVO scheidet aus, da Umfang und Regelmäßigkeit derartiger Datentransfers dem Ausnahmecharakter des Art. 49 DSGVO widersprechen würden.

An dieser extrem einschränkenden Auslegung von Art. 49 Abs. 1 lit. a DSGVO sollte nicht festgehalten werden. Sie ergibt sich weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus den Erwägungsgründen. Der besondere Ausnahmecharakter der Norm geht bereits aus den erhöhten Anforderungen an die Einwilligung in Art. 49 DSGVO hervor. Der Umfang des Datentransfers ist für keinen der in Art. 49 DSGVO genannten Tatbestände ein Kriterium für die Zulässigkeit des Drittstaatentransfers, sondern spielt nur im Rahmen der allgemeinen Erforderlichkeit der Datenverarbeitung eine Rolle. Die Regelmäßigkeit des Datentransfers ist nach Erwägungsgrund 111 der DSGVO kein relevanter Faktor für die Einwilligung. Auch für die anderen Rechtsgrundlagen in Art. 49 DSGVO kann es nicht auf die Regelmäßigkeit in Bezug auf die Gesamtheit aller Betroffenen ankommen, sondern wie auch entsprechend der Gesamtkonzeption der DSGVO allein auf den einzelnen Betroffenen im konkreten Fall.

#### **5. Freiwilligkeit der Einwilligung**

Nach Auffassung der DSK liegt keine Freiwilligkeit vor, wenn Erteilung und Ablehnung der Einwilligung nicht mit gleichem Aufwand möglich sind (S. 13 und 14), z. B. weil die Möglichkeit zur Nicht-Erteilung der Einwilligung einen Klick mehr erfordert.

Aus dem TTDSG und der DSGVO ergibt sich allerdings keine derartige Anforderung zur Gleichwertigkeit der Auswahlmöglichkeiten. Die für die Freiwilligkeit der Einwilligung relevanten Ausführungen in Art. 7 Abs. 4 DSGVO und Erwägungsgrund 43 machen keine entsprechenden Vorgaben. Erwägungsgrund 42 der DSGVO besagt vielmehr, dass „nur dann

davon ausgegangen werden [sollte], 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.“ Dies ist aber auch dann gewährleistet, wenn Erteilung und Verweigerung der Einwilligung nicht den gleichen Aufwand erfordern.

## **6. Auswirkungen irrig nicht eingeholter Einwilligungen**

In der Orientierungshilfe gibt es bislang keine Ausführungen, inwieweit ein versehentlich vorschriftswidrig erfolgter Zugriff auf bzw. Speicherung von Informationen in Endeinrichtungen sich auf nachfolgende Verarbeitungen der erhobenen Daten auswirkt. Dies betrifft vor allem den Fall, dass ein Verantwortlicher irrig davon ausgeht, dass die Ausnahme in § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG einschlägig ist und eine Einwilligung somit entbehrlich ist. Teilt die zuständige Datenschutzaufsichtsbehörde diese Einschätzung im Ergebnis nicht, könnte sie wegen Verstoßes gegen das TTDSG ein Bußgeld erteilen. Ein Ausstrahlen der Rechtswidrigkeit auf die anschließende Datenverarbeitung würde jedoch zu einer gravierenden Ausweitung des Bußgeldrahmens führen. Daher muss auch 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 DSGVO) möglich sein. Dies sollte klarstellend in die Orientierungshilfe aufgenommen werden.

## **7. „Auslesen“ von Informationen aus Endeinrichtungen**

Die DSK zitiert in der Orientierungshilfe mehrfach den Wortlaut von § 25 Abs. 1 TTDSG, verwendet dabei aber auch den Begriff des „Auslesens“ von Informationen aus Endeinrichtungen an Stelle des im Gesetzestext benutzten „Zugriffs“ (siehe u. a. S. 8).

Zwar spricht auch die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/27441 S. 38) von „Auslesen“ statt „Zugriff“. Das Abweichen von der im Gesetz verwendeten Terminologie ist jedoch geeignet, Unsicherheiten beim Rechtsanwender hervorzurufen, da nicht ersichtlich ist, weshalb das Gesetz nur mit Ausnahme eines bestimmten Begriffs wortgetreu wiedergegeben wird und ob Rechtsfolgen daran geknüpft werden. Wir schlagen daher vor, die Orientierungshilfe in diesen Punkten anzupassen.

Berlin, den 15.03.2022