

Stellungnahme zur Orientierungshilfe Telemedien 2021

Im Online-Kontext ist die Datenverarbeitung überwiegend komplex und vielschichtig. Wenn schon die Datenverarbeitung anspruchsvoll ist, so wird auch die Einhaltung der gesetzlichen Anforderung herausfordernd. Umso wichtiger ist es, Betreibern von Telemedien Orientierung zu geben. Wir bedanken uns daher für die Möglichkeit, eine Stellungnahme zur aktualisierten Orientierungshilfe Telemedien abgeben zu können.

Die Klarstellung der Datenschutzkonferenz (DSK), unter welchen Umständen eine Speicherung oder ein Auslesen von gespeicherten Informationen vorliegt und wie es sich in dem Zusammenhang mit dem Fingerprint verhält, ist sehr hilfreich.¹ Auch die Ausführung, dass das TTDSG die DSGVO zunächst hinsichtlich des Speicherns und des Auslesens von gespeicherten Informationen² verdrängt und die Folgeverarbeitung von personenbezogenen Daten den Anwendungsbereich der DSGVO betrifft, ist nützlich.³

Zudem ist erfreulich, dass die DSK zum Ergebnis kommt, dass Cookie-Walls⁴ zulässig sind, solange zumindest gleichwertige Buttons zum Ablehnen und Zustimmung im Banner implementiert sind⁵ und die Datenschutzerklärung und das Impressum abrufbar sind⁶.

Generell befasst sich die Orientierungshilfe im Wesentlichen erneut wieder nur mit den Rechtsgrundlagen und lässt andere – unseres Erachtens sehr relevante – Themen außen vor. Keine Orientierung wird beispielsweise bei den Themen Betroffenenrechte oder Informationspflichten gegeben. Welche Anforderungen bestehen im Online-Kontext hinsichtlich der Betroffenenrechte, insbesondere der Auskunft? Wie soll ein Betreiber einer Website⁷ über technisch erforderliche Cookies, die personenbezogene Daten verarbeiten, informieren? Bestehen Anforderungen hinsichtlich der Löschung von Cookies, die eine Cookie-ID beinhalten und im Endgerät des Website-Besuchers gespeichert sind? Es wäre daher begrüßenswert, praktikable Hilfestellungen auch hinsichtlich dieser Anforderungen zu erhalten.

Zu den folgenden Punkten möchten wir die Gelegenheit ergreifen, uns kritisch mit den Ausführungen der DSK auseinanderzusetzen.

¹ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 7f.

² Im Folgenden kurzgefasst zu „schreibender oder lesender Zugriff“.

³ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 5.

⁴ Website kann ohne Interaktion mit Cookie-Banner nicht genutzt werden.

⁵ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 13, S. 17.

⁶ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 29.

⁷ In dieser Stellungnahme gewählte Begrifflichkeit: „Website“: Webpräsenz; „Webseite“: einzelne Seite als Bestandteil der Webpräsenz.

A. Einwilligungen

I. Mehrebenenansatz

Die DSK führt aus, dass es grundsätzlich möglich sei, „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“⁸. Sie versäumt es aber, konkrete Angaben dahingehend zu machen, wie viele Ebenen eingesetzt werden können, ohne die Anforderung der Informiertheit der Einwilligung zu verfehlen.

Auch der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) geht von einem Mehrebenenansatz in Bezug auf Einwilligungen aus, konkretisiert dies aber nicht weiter.

Wie in der alten Orientierungshilfe aus 2019⁹ erklärt die DSK in einem abgesetzten Teil der Orientierungshilfe, dass der Einwilligungsbanner „in der Regel (...) aus einer Übersicht aller einwilligungsbedürftigen Verarbeitungsvorgänge, die unter Nennung der beteiligten Akteure und deren Funktion ausreichend erklärt“ besteht.¹⁰

„In der Regel“ bedeutet, dass auch Ausnahmen möglich sind. Wenig konkret sind ebenfalls die weiteren Anforderungen an die Übersicht der Verarbeitungsvorgänge, die Nennung der Akteure und ihrer Funktion. Was genau meint die DSK mit „Funktion“? Was bedeutet hier „ausreichend erklärt“? Wie soll dies im Banner, d.h. auf erster Ebene, umgesetzt werden?

Verantwortliche, für die der Online-Kanal wesentlicher Vertriebskanal ist, werden zahlreiche Akteure einsetzen und ebenso zahlreiche Verarbeitungsvorgänge auf einer Website implementieren – alle Akteure und Verarbeitungsvorgänge namentlich auf erster Ebene zu nennen, wäre unmöglich.

Auftragsverarbeiter sind „Beteiligte“ an einer Datenverarbeitung könnten daher auch „Akteure“ im Sinne der DSK sein. Auftragsverarbeiter sind jedoch gemäß den Ausführungen des EDSA an keiner Stelle der Einwilligung zu nennen.¹¹

Es bedarf daher der Präzisierung des Begriffs „Akteure“ dahingehend, dass mit dem Begriff keine Auftragsverarbeiter gemeint sind.

Wenn die DSK davon ausgeht, dass die o.g. Informationen¹² im Banner aufgeführt werden sollen, bedeutet dies demnach im Umkehrschluss, dass alle anderen erforderlichen Bestandteile der Einwilligung auf einer weiteren Ebene oder sogar mehreren weiteren Ebenen genannt werden können. Erforderliche Bestandteile einer informierten Einwilligung sind nach dem EDSA zudem der Zweck der Datenverarbeitung, die Benennung der verarbeiteten Datenarten sowie die Hinweise zu dem Widerrufsrecht, der automatisierte Entscheidungsfindung und den Risiken einer Drittlandübermittlung nach Art. 49 Abs. 1 a) DSGVO.¹³

Diesen Anforderungen und insbesondere den Transparenzanforderungen an eine Einwilligung

⁸ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 15.

⁹ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2019, S. 9.

¹⁰ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 29.

¹¹ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 65.

¹² DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 29.

¹³ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 64.

nachzukommen, ist in der Praxis nicht einfach. Jede Ebene einer Cookie-Lösung hat ihre Grenzen. Insbesondere auf mobilen Endgeräten ist die Darstellung der Einwilligung nur in einem engen Rahmen möglich.

Transparenter, da übersichtlicher, wäre es, auf erster Ebene anzugeben, dass andere Unternehmen involviert sind sowie personenbezogene Daten verarbeitet werden, und auf einer zweiten Ebene, die leicht aus dem Banner heraus abrufbar ist, weitere Details zu diesen Unternehmen, der Zusammenarbeit mit dem Website-Betreiber und zu den Verarbeitungsvorgängen bereitzustellen. Allein die Erläuterung dieser drei Punkte ist bereits umfangreich. Die weiteren Bestandteile einer Einwilligung¹⁴ auf derselben, zweiten Ebene unterzubringen, würde auch zur Überfrachtung und Intransparenz dieser führen. Es ist daher notwendig, weitere Bestandteile auf einer dritten oder bei Bedarf weiteren Ebene darzustellen.

Eine Klarstellung der DSK, dass mehr als zwei Ebenen zur Einholung einer informierten Einwilligung eingesetzt werden können, sowie konkrete Vorgaben, wie der Mehrebenenansatz in der Praxis umgesetzt werden kann und damit auch welche Informationen auf welcher Ebene bereitgestellt werden können, sollte erfolgen.

II. Gültigkeitsdauer

In der neuen Orientierungshilfe zur Direktwerbung verweist die DSK hinsichtlich der Gültigkeitsdauer einer Einwilligung erfreulicherweise nicht mehr auf das Urteil des Landgerichts München I, welches einen „Verfall“ einer nicht genutzten Einwilligung nach 17 Monaten annahm.¹⁵ Nunmehr geht die DSK unter Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung des BGH¹⁶ davon aus, dass eine Einwilligung „grundsätzlich nicht allein durch Zeitablauf erlischt“.¹⁷ Der EDSA hat hierzu keine Aussage getroffen.¹⁸

Die ausdrückliche Feststellung, dass diese Bewertung auch für Einwilligungen gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 TTDSG gilt, sollte von der DSK nachgeholt werden.

III. Nachweispflicht

Die Orientierungshilfe geht an zwei Stellen auf die Nachweispflicht bezüglich Einwilligungen ein.¹⁹ An beiden Stellen geht sie davon aus, dass „langlebige UID-Cookies“²⁰ nicht erforderlich seien. An einer Stelle wird dies damit begründet, dass es genüge „nachzuweisen zu können, dass und welche Prozesse implementiert wurden, um eine Einwilligung einzuholen und das Ergebnis in einem Cookie ohne UID oder sonstige überschießende Informationen abzulegen“²¹, an anderer Stelle, dass es „zur Erfüllung der Nachweispflichten des Art. 7 Abs. 1 DS-GVO (...) gemäß Art. 11 Abs. 1 DS-GVO nicht erforderlich [ist], dass die Nutzer dazu direkt identifiziert werden. (...) In Fällen, in denen Nutzer

¹⁴ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 64.

¹⁵ So aber noch in der Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) aus 2018, S. 10.

¹⁶ BGH, Urteil vom 01.02.2018 – III ZR 196/17, Rn. 30ff.

¹⁷ Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) aus 2022, S. 13.

¹⁸ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 110.

¹⁹ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 24, S. 30.

²⁰ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 24, S. 30.

²¹ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 23f.

keine Einwilligung abgeben, sollte dieser Umstand ohne Verwendung einer User-ID o. ä. auf den jeweiligen Endgeräten hinterlegt werden, um zu verhindern, dass eine erneute Aufforderung zur Abgabe einer Willenserklärung angezeigt wird.“²²

Dass die Verarbeitung einer ID nicht erforderlich ist, um die Anzeige des Banners technisch zu verhindern, ist nicht zu bestreiten.

Die Anforderungen an die Nachweispflicht einer abgegebenen Einwilligung gehen aber nach dem EDSA²³ über den Prozessnachweis hinaus. Demnach hat der Verantwortliche nachzuweisen, „dass er eine gültige Einwilligung von der betroffenen Person erhalten hat.“²⁴ Zudem seien „die Verantwortlichen rechenschaftspflichtig (...), was das Einholen einer gültigen Einwilligung von den betroffenen Personen und die Einwilligungsmechanismen anbelangt, die sie eingeführt haben.“²⁵ Es geht daher nicht nur um Prozesse, sondern auch den Nachweis, dass die bestimmte betroffene Person eine bestimmte Einwilligung abgegeben hat.

Im Online-Bereich ist es nicht in allen Fällen möglich, einer bestimmten Person zuzuschreiben, dass sie die Einwilligung abgegeben hat. Es ist nur möglich zu dokumentieren, dass über einen bestimmten Browser / ein bestimmtes Endgerät eine bestimmte Einwilligung abgegeben wurde.

Hierzu aber einen Cookie im Browser zu hinterlegen²⁶ und damit das Mittel der eigenen Nachweispflicht in die Sphäre des Nutzers, also eine Sphäre, über die der Nachweispflichtige keine Herrschaft hat, zu legen, wäre nicht zielführend und würde dem Grundsatz der Rechenschaftspflicht (Art. 5 Abs. 2 DSGVO) zuwiderlaufen.

Das Mittel der Wahl können hier nur eigene Datenbanken sein. Dort müssten bestimmte Parameter des Endgeräts, die in der Kombination eindeutig sind, und zudem Informationen zur Einwilligung (z.B. Text, Ausgestaltung, Status – abgegeben/widerrufen) hinterlegt werden.

Die DSK sollte bestätigen, dass Prozessnachweise dennoch ausreichen und diese zudem nach Auffassung der DSK für alle denkbaren Auseinandersetzungen mit betroffenen Personen (z.B. zivilrechtliche Ansprüche, Schadensersatz) genügen, so dass ein individueller Nachweis nicht notwendig ist.

Sollte dies nicht bestätigt werden können, so wäre es hilfreich, wenn die Orientierungshilfe dahingehend konkretisieren werden könnte, dass zum Nachweis gegenüber Aufsichtsbehörden ein Prozessnachweis genügt, und soweit der Verantwortliche zu der Einschätzung kommt, dass aus anderen rechtlichen Gründen (z.B. im Rahmen etwaiger zivilrechtlicher Streitigkeiten) weitere Nachweise notwendig sein können, die Erhebung und Speicherung dafür erforderlicher Daten nicht unzulässig ist.

An dieser Stelle bleibt die nächste Frage unbeantwortet: Wie lange sind (Prozess-)Nachweise über abgegebene oder widerrufenen Einwilligungen aufzubewahren? In der Praxis wird oftmals eine Aufbewahrungsfrist von drei Jahren angegeben, was sich an der Verjährungsfrist orientieren soll. Dabei bleibt regelmäßig offen, ob die Verjährungsfrist aus § 195 BGB oder § 31 Abs. 2 Nr. 1 OWiG

²² DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 30.

²³ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 104ff.

²⁴ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 107.

²⁵ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 108.

²⁶ s.o., DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 30.

resultiert. Jedoch variiert der Beginn der jeweiligen Fristen dabei. Nach § 199 Abs. 1 BGB beginnt die Verjährungsfrist mit Schluss des Kalenderjahres, in dem der Anspruch entsteht und der Gläubiger Kenntnis der den Anspruch begründenden Umstände erlangt, nach § 31 Abs. 3 OWiG beginnt sie mit Beendigung der Tat. Da die beiden Fristen also bis zu einem Jahr auseinanderfallen können, kann es zu einem Spannungsverhältnis zwischen den Grundsätzen der Speicherbegrenzung (Art 5. Abs. 1 e) DSGVO) und der Rechenschaftspflicht (Art. 5 Abs. 2 DSGVO) kommen.

Um dieses potentielle Spannungsverhältnis aufzulösen, ist eine Hilfestellung der DSK wünschenswert, wie lange Nachweise hinsichtlich aufsichtsbehördlicher Verfahren vorgehalten werden sollen. Auch hier dürfte zudem klarzustellen sein, dass eine längere Speicherung von Nachweisen, wenn sie aus anderen Gründen für erforderlich gehalten wird, nicht unzulässig ist.

B. Informationen

I. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG: „Information des Endnutzers“

Nach § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG hat die „Information des Endnutzers und die Einwilligung“ gemäß der DSGVO zu erfolgen. Die DSK nimmt nicht eindeutig Stellung dazu, wie diese Anforderung auszulegen ist. Was bedeutet in dem Sinne „Information des Endnutzers“? Wird hier auf die Informationspflichten nach Art. 13, 14 DSGVO Bezug genommen oder soll hier nur die „Informiertheit der Einwilligung“ ausgedrückt werden?

1. Informiertheit der Einwilligung

Die DSK führt dazu unter dem Abschnitt „Anforderungen an die Einwilligung“ aus: „§ 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG verweist sowohl bezüglich der *Informationspflichten* gegenüber den Endnutzer:innen als auch der formalen und inhaltlichen Anforderungen an eine *Einwilligung* auf die DS-GVO. Maßgeblich ist somit die Definition nach Art. 4 Nr. 11 DS-GVO. Die weiteren Anforderungen an eine wirksame Einwilligung ergeben sich aus Art. 7 und Art. 8 DS-GVO.“²⁷

Aus dem ersten Satz könnte zunächst gefolgert werden, dass hier zwei separate Anforderungen der DSGVO gemeint sind – die der Informationspflichten nach Art. 13, 14 DSGVO sowie der Einwilligung nach Art. 7 DSGVO. Jedoch wird im nächsten Satz noch lediglich auf die Definition der Einwilligung abgestellt. Daraus kann nur abgeleitet werden, dass damit die Informiertheit der Einwilligung gemeint ist.

Die DSK geht an keiner anderen Stelle konkret auf „Informationspflichten“ ein, führt vielmehr nur noch unter „Informiertheit der Einwilligung“ zum Thema Informationen aus.

Auch systematisch ausgelegt, kann sich die „Information des Endnutzers“ auf Grund der ausgewählten Stelle in Satz 2 des Absatzes 1 nur auf Satz 1 des gleichen Absatzes und damit nur auf die Einwilligung beziehen. Wäre diese Anforderung nicht nur auf die Einwilligung zu beziehen, so wäre sie in einem eigenen Absatz aufgenommen worden. Daraus hätte dann abgeleitet werden können, dass es sich nicht nur um die „Informiertheit der Einwilligung“ handeln kann, sondern als

²⁷ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 9f.; Hervorhebung durch die Autoren.

generelle Informationsvorgabe gelten sollte. Dies wäre Einfallstor für die Informationspflichten gemäß DSGVO gewesen.

Für diese Auslegung spricht auch die Gesetzesbegründung zu § 25 TTDSG und der Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie. Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie gestattet ebenfalls nur den schreibenden oder lesenden Zugriff auf das Endgerät, „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.“ Hierzu führt die Gesetzesbegründung zum TTDSG aus: „Verweise auf die Richtlinie 95/46/EG gelten nach Artikel 94 Absatz 2 Satz 1 als Verweise auf die DSGVO, d. h. für *die zu erteilenden Informationen und die Einwilligung sind Artikel 4 Nummer 11 und Artikel 7 der Datenschutz-Grundverordnung maßgeblich*“²⁸. Da hier nur die Einwilligung genannt wird, kann mit „Information des Endnutzers“ nur die „Informiertheit der Einwilligung“ gemeint sein.

2. Informationspflichten gem. Art. 13, 14 DSGVO

Das EuGH-Urteil zu Planet49²⁹ verweist über Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie auf die Informationspflichten nach Art. 13, 14 DSGVO: „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. (...) Bei den Angaben dazu, ob Dritte Zugriff auf die Cookies erhalten können, handelt es sich um eine Information, die zu den in Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 95/46 und in Art. 13 Abs. 1 Buchst. e der Verordnung 2016/679 aufgeführten Informationen gehört, denn dort sind ausdrücklich die Empfänger oder Kategorien von Empfängern der Daten genannt.“

Hier ist aber auch der Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie danebenzulegen: „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.*“

Insofern ist diese Informationspflicht zunächst nur einzuhalten, wenn eine Einwilligung abgegeben werden muss. Das bedeutet aber zudem, dass hier bei einwilligungspflichtigen Cookies die Informationspflicht nach Art. 13, 14 DSGVO einzuhalten ist – und das unabhängig davon, ob personenbezogene Daten betroffen sind oder nicht.

Ein anderer Teil der Gesetzesbegründung zum TTDSG deutet auch darauf hin, dass hier die zwei DSGVO-Anforderungen nebeneinander anwendbar sein könnten: „Die Frage, ob Webseitenbetreiber über Cookies, die nicht im Sinne von § 24 Absatz 2 TTDSG unbedingt erforderlich sind, hinreichend informieren *und* ob die Einwilligung wirksam erteilt wurde, beurteilt

²⁸ BT-Drs. 19/27441, zu § 24 TTDSG (Nummerierung im Gesetzgebungsverfahren), S. 40; Hervorhebung durch die Autoren.

²⁹ EuGH, Urteil vom 1. Oktober 2019 – Rechtssache C-673/17 – Planet49, Rn. 75, 76, 80.

sich im Einzelfall gemäß den in der DSGVO geregelten Anforderungen.“³⁰

Wäre hier die nur die Informiertheit der Einwilligung gemeint, wäre sie bereits unter der Wirksamkeit der Einwilligung zu subsumieren.

Nach alledem sollte die DSK klarstellen, dass die „Information des Endnutzers“ (§ 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG) nur die Fälle eines einwilligungsbedürftigen Vorgangs (§ 25 Abs. 1 S. 1 TTDSG) sowie die inhaltlich nur die „Informiertheit der Einwilligung“ und nicht die Informationspflichten Art. 13, 14 DSGVO betrifft.

Sollte die DSK dennoch von Informationspflichten nach DSGVO ausgehen, so wäre eine Hilfestellung, welche Information „gemäß“ (und nicht „entsprechend“) Art. 13, 14 DSGVO – obwohl personenbezogene Daten nicht betroffen sind – konkret zu erteilen ist, nützlich.

II. § 25 Abs. 2 TTDSG: Keine Informationspflicht

Jedenfalls kann aber festgehalten werden, dass bei dem Anwendungsfall § 25 Abs. 2 TTDSG, bei dem eben keine Einwilligung erforderlich ist, aus dem TTDSG heraus auch keine Informiertheit vorliegen oder Informationspflicht erfüllt werden muss. Davon unabhängig ist die DSGVO-Informationspflicht einzuhalten, soweit personenbezogene Daten verarbeitet werden.

Dass § 25 Abs. 2 TTDSG keine Informationspflicht auslöst, sollte die DSK in der Orientierungshilfe in dem Zusammenhang ebenfalls festhalten.

III. Informationen über Rechtsgrundlagen

Die DSK führt aus, dass „wenn im Rahmen des Telemedienangebotes Prozesse stattfinden, die sowohl unter das TTDSG als auch unter die DS-GVO fallen, (...) über die beiden Rechtsgrundlagen jeweils separat zu informieren“³¹ ist.

In Bezugnahme auf das oben bereits aufgezeigte, ergibt sich die Informationspflicht über Rechtsgrundlagen nur aus der DSGVO. Zur Informiertheit der Einwilligung gemäß DSGVO gehört es jedenfalls nicht, Rechtsgrundlagen zu nennen.³² Insofern müssten zunächst personenbezogene Daten betroffen und der Anwendungsbereich der DSGVO somit eröffnet sein, damit gemäß Art. 13 Abs. 1 c) DSGVO über die Rechtsgrundlage zu informieren wäre. Sollten personenbezogene Daten auf dem Endgerät gespeichert oder solche ausgelesen werden, verdrängt das TTDSG die DSGVO, so dass hier über die TTDSG-Rechtsgrundlage zu informieren wäre. Zudem wäre über eine DSGVO-Rechtsgrundlage für die Folgeverarbeitung der personenbezogenen Daten zu informieren.

Hinsichtlich der TTDSG-Rechtsgrundlage ist es naheliegend § 25 Abs. 1 S. 1 TTDSG zu nennen. Muss aber auch eine Vorschrift zur Ausnahme der Einwilligungspflicht (z. B. § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG) genannt werden?

In allen anderen Fällen, bei denen keine personenbezogenen Daten gespeichert oder ausgelesen werden, besteht demnach keine Pflicht über TTDSG-Rechtsgrundlagen zu informieren.

Die DSK sollte präzisieren, dass sich die Informationspflicht über die Rechtsgrundlagen nur aus

³⁰ BT-Drs. 19/27441, zu § 24 TTDSG (Nummerierung im Gesetzgebungsverfahren), S. 41; Hervorhebung durch die Autoren.

³¹ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 12.

³² EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 64.

der DSGVO ergibt und daher nur Anwendung findet, wenn personenbezogene Daten betroffen sind. Konkrete Hinweise und Formulierungsbeispiele unter Anbetracht der möglichen TTDSG-/DSGVO-Verarbeitungen wären zudem hilfreich.

IV. Information über Zugriffsform

Die DSK führt aus, dass „jegliche Speicher- und Ausleseaktivitäten transparent und nachvollziehbar sein müssen. Dies bedeutet im Kontext des § 25 Abs. 1 TTDSG, dass Nutzende u. a. Kenntnis darüber erhalten müssen, wer auf die jeweilige Endeinrichtung zugreift, in welcher Form (...).“³³

Der EuGH hat in seinem von der DSK referenzierten Urteil geäußert, dass die Informationen „klar verständlich und detailliert genug sein [müssen], um es dem Nutzer zu ermöglichen, die Funktionsweise der verwendeten Cookies zu verstehen“.³⁴

Konkret wurde dort von einer „Form“ nicht gesprochen. Ggf. versteht die DSK darunter, die lesende oder schreibende Form des Endgerätezugriffs.

Eine dahingehende Klarstellung wäre hilfreich.

C. „ausdrücklich gewünschter Telemediendienst“

I. Unterscheidung Basisdienst und Zusatzdienst

Es ist hilfreich, hinsichtlich der Beurteilung, ob ein Dienst „ausdrücklich gewünscht“ ist, das Augenmerk auf den Nutzerwunsch und die entsprechende Unterscheidung zwischen Basis- und Zusatzdienst legen zu können.³⁵

Daraus kann eindeutig auch abgeleitet werden, dass bei einer Webseite, die mit dem Link „Kontaktformular“ abrufbar ist, bereits bei Aufruf dieser Webseite für die Darstellung und Nutzung des Kontaktformulars technisch erforderliche Cookies gesetzt werden dürfen.

Schwieriger wird die Abgrenzung, wenn der Link lediglich mit „Kontakt“ beschrieben wird. Was könnte der Website-Besucher hier erwarten? Ein Kontaktformular oder bereits ein Ausschnitt eines Kartendienstes mit dem Standort des Unternehmens? Wenn beide Funktionen auf der Kontakt-Webseite eingebunden sind, welche erforderlichen Cookies für welche Funktion dürfen dann bereits bei Aufruf der Webseite gesetzt werden? Müssen beide Funktionen zunächst gesperrt sein, so dass erst nach Interaktion des Website-Besuchers mit einer der beiden Funktionen (Zwei-Klick-Lösung o. ä.) die dafür erforderlichen Cookies gesetzt werden dürfen? Für die User Experience ist dies nicht dienlich, auch die Einbindung dedizierter Webseiten („Kontaktformular“ und „Unser Standort“) wäre zu aufwendig.

Es müsste genügen, dass die Inhalte der Webseite in einem ausreichenden Zusammenhang mit dem erwartbaren Inhalt stehen. Sollte der Website-Betreiber eine generische Kontakt-Seite anbieten, müsste es für ihn möglich sein, bereits „aktive“ Funktionen einzubinden.

Ein Hinweis der DSK, wie mit solchen einzelnen Webseiten mit mehreren Funktionen umzugehen ist, sollte wegen der Praxisrelevanz nachgeholt werden. Dabei sollte klargestellt werden, dass bei

³³ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 11.

³⁴ EuGH, Urteil vom 1. Oktober 2019 – Rechtssache C-673/17 – Planet49, Rn. 74f.

³⁵ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 21ff.

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.

II. Nutzerwunsch/-orientiertheit

Generell stellt die DSK bei der Bestimmung, ob ein Dienst „ausdrücklich gewünscht“ ist, auf die Nutzerorientiertheit ab: „Es ist daher zunächst zu bestimmen, welcher Nutzerwunsch aus dem Aufruf der Webseite oder der App geschlossen werden kann“³⁶. Als Beispiele werden „Komponenten des Basisdiensts“³⁷ wie „nutzerorientierte Betrugsprävention und IT-Sicherheit“³⁸ genannt.

Dass die IT-Sicherheit auch dem Website-Besucher dient und daher auch von seinem Nutzerwunsch im weitesten Sinne abgedeckt ist, ist einleuchtend, solange es um die Daten bzw. das Endgerät dieses Website-Besuchers geht.

Bezüglich der Nutzerorientiertheit der Betrugsprävention im Web-Bereich ist anzunehmen, dass die DSK eine Parallele zum stationären Handel zieht. Dort legen Händler üblicherweise ihre durch Ladendiebstahl verursachten Verluste über Preiserhöhungen auf sämtliche Kunden um. Vorausgesetzt, Online-Händler legen Verluste durch Betrug ebenfalls auf sämtliche Kunden um, würden diese zumindest mittelbar von Diensten zur Betrugsprävention profitieren, so dass diese dann als „nutzerorientiert“ gelten könnten. Wäre im Umkehrschluss der Dienst zur Betrugsprävention nicht mehr nutzerorientiert, wenn Online-Händler ihre Verluste durch Betrug nicht auf sämtliche Kunden umlegen würden?

Insbesondere bei „allgemeine Funktionen (...) wie „Messung und/oder Analyse von Besucherzahlen oder A/B-Tests“³⁹ muss noch geprüft werden, „ob die konkreten, sehr differenziert zu betrachtenden Zwecke der Funktionen nutzerorientiert erfolgen.“⁴⁰

Die DSK erwähnt hierbei noch einen entscheidenden Punkt: „Die Nutzer:innen können diese [allgemeinen Funktionen] regelmäßig aber auch nicht bewusst wahrnehmen und daher nicht aktiv auswählen.“⁴¹ Ist es möglich, dass z. B. der Website-Besucher wünscht, dass sein Besuch gezählt wird, obwohl er diese Funktion nicht bewusst wahrnehmen kann? Unter welchen Umständen kann dies tatsächlich angenommen und von einer Nutzerorientiertheit ausgegangen werden?

Die Website-Gestaltung ist für den Website-Betreiber wesentlich; hier müsste eher darauf abgestellt werden, wie invasiv der Zugriff auf das Endgerät ist und wie die Interessen zwischen Website-Betreiber und Website-Besucher ausgeglichen berücksichtigt werden können. Dabei muss auch berücksichtigt werden, dass z.B. bei integrierte Layout-Elementen oder Schriftarten eine Einwilligung nicht sinnvoll eingeholt werden kann. Dies könnte zudem erst recht zu einer

³⁶ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 21.

³⁷ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 21.

³⁸ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 21.

³⁹ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 22.

⁴⁰ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 22.

⁴¹ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 22.

„Unterbrechung des Dienstes“⁴² führen, da zunächst die Seite mit einer Standard-Schriftart geladen werden müsste, dann erst eine Einwilligung eingeholt werden könnte, um anschließend je nachdem ggf. eine andere Schriftart zu laden. Dies ist nicht praktikabel und führt ebenfalls zu keiner guten UX.

Eine Subsumtion weiterer Usecases unter die Begriffe des Nutzerwunschs und der Nutzerorientiertheit fällt mehr als schwer, da konkrete Anforderungen fehlen, obwohl sie für die Bewertung entscheidend sind.

Die DSK sollte konkrete Anforderungen an die Nutzerorientiertheit aufstellen und dabei zudem darauf eingehen, ob transparente Informationen die Nutzerorientiertheit beeinflussen können.

D. „Unbedingt erforderlich“

Bezüglich des Tatbestandmerkmals „unbedingt erforderlich“ geht die DSK von einer technischen Erforderlichkeit aus. Von dem Grundsatz der Einwilligungspflicht soll nur bei solchen Zugriffen abgesehen werden können, „die technisch erforderlich sind, um gerade den gewünschten Dienst bereitzustellen“.⁴³

Dass die DSK Dienste der IT-Sicherheit grundsätzlich dem Basisdienst zurechnet⁴⁴ und in diesem Zusammenhang ein ausdrückliches Anfordern bereits mit Aufruf der Website annimmt, impliziert, dass sie davon ausgeht, dass ein Zugriff durch diese Dienste auch „unbedingt erforderlich“ sein kann. Denn anderenfalls würden diese stets dem Einwilligungserfordernis unterfallen, eine Auseinandersetzung in dem Kontext des Ausnahmetatbestandes § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG wäre obsolet.

Ein zu weites Einwilligungserfordernis würde dem Zweck vieler IT-Sicherheitsdienste gewiss zuwiderlaufen und somit – zumindest mittelbar – den intendierten Schutz der Privatsphäre der Endeinrichtungen konterkarieren.

Da der aktuelle Entwurf der ePrivacy-Verordnung in Artikel 8 da) Ausnahmen von der Einwilligungspflicht bei Diensten der IT-Sicherheit vorsieht⁴⁵, wäre eine Hilfestellung der DSK wünschenswert, unter welchen konkreten Voraussetzungen anzunehmen ist, dass IT-Sicherheitsdienste im Sinne des § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG technisch erforderlich sind.

E. Ausgestaltung Banner

I. Bündelung von Einwilligungen

Die DSK bestätigt, dass eine Bündelung von Einwilligungen möglich ist und mit einer Handlung mehrere Einwilligungen erteilt werden können.⁴⁶ Es sollte aber „eindeutig erkennbar sein“, dass mehrere Einwilligungen zeitgleich abgegeben werden.

⁴² DSGVO-Erwägungsgrund 32.

⁴³ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 22.

⁴⁴ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 21.

⁴⁵ Entwurf ePrivacy-Verordnung vom 10.02.2021, S. 60.

⁴⁶ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 9.

Die Anforderungen an die eindeutige Erkennbarkeit sollten für die erste Ebene jedenfalls nicht zu hoch sein sollten, um komplizierte sprachliche Konstruktionen zu vermeiden und auch der Anforderung an die „klarer und knapper Form“ einer elektronischen Einwilligung nachzukommen.⁴⁷ Genügen müsste demnach die TTDSG-Einwilligung und DSGVO-Einwilligung in einem Satz aufzunehmen (z.B. „Ich willige ein, dass [Cookies gesetzt werden] und [personenbezogene Daten verarbeitet] werden“), um sie nicht weiter künstlich zu trennen (z.B. „Ich willige ein, dass [Cookies gesetzt werden]. Ich willige ein, dass [personenbezogene Daten verarbeitet werden].“). Weiterhin sind die Ausführungen der DSK so zu verstehen, dass es nicht verpflichtend ist, im Cookie-Banner dezidierte Einwilligungen hinsichtlich der einzelnen Zwecke zu ermöglichen⁴⁸, und konsequenterweise auch ein „alles akzeptieren“-Button genügt, wenn über alle einzelnen Zwecke transparent informiert wird.⁴⁹

Dahingehende Klarstellungen zur Gestaltung des Banners wären hilfreich.

II. Zusatzfunktionen

Die DSK unterscheidet zwischen Basisdienst und Zusatzfunktion. Zusatzfunktionen sind zunächst vom Website-Besucher grundsätzlich nicht ausdrücklich gewünscht, so dass hinsichtlich des speichernden oder lesenden Zugriffs keine Ausnahme von der Einwilligungspflicht nach § 25 Abs. 2 TTDSG vorliegen kann, bis sie „explizit in Anspruch“ genommen werden.⁵⁰

Nun sieht man sich mit der Frage konfrontiert, ob über einen Cookie-Banner ein solches explizites Anfordern für Zusatzdienste eingeholt werden darf. Einige Anbieter von Consent-Management-Plattformen bieten die Funktion an, generell alle auf der Website eingebundenen Zusatzfunktionen, wie eingebundene Karten, Videos, Social Media Plugins etc. über den Banner freizuschalten. Zugestanden, zu dem Zeitpunkt des Website-Aufrufs hat der Website-Besucher ohne Weiteres noch keine Kenntnis über die angebotenen Zusatzdienste und ggf. auch noch nicht den Wunsch, solche Dienste zu nutzen.⁵¹ Dieser Unkenntnis kann durch transparente Information aber entgegengetreten werden.

Es wäre hilfreich, wenn die DSK bestätigen könnte, dass über einen Cookie-Banner auch explizite Anforderungen der Zusatzfunktionen eingeholt werden können, wenn ausreichende Transparenz über die Einbindung dieser Zusatzfunktionen gegeben wird.

F. Drittlandtransfers

Hinsichtlich der Drittlandtransfers geht die DSK davon aus, dass solche „grundsätzlich nicht auf Grundlage einer Einwilligung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a DS-GVO“ erfolgen können. Zur Begründung wird ausgeführt, dass „Umfang und Regelmäßigkeit solcher Transfers [...] regelmäßig dem Charakter des Art. 49 DS-GVO als Ausnahmvorschrift und den Anforderungen aus Art. 44 S. 2 DS-GVO

⁴⁷ DSGVO-Erwägungsgrund 32.

⁴⁸ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 15 („wenn jedoch“).

⁴⁹ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 15.

⁵⁰ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 22.

⁵¹ Ähnlich DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 23.

[widersprechen]“.⁵²

Die DSK geht offensichtlich nicht von einem absoluten Verbot der Legitimation von Drittlandtransfers auf Basis einer Einwilligung nach Art. 49 Abs. 1 a) DSGVO aus, ansonsten hätte sie die Formulierungen „grundsätzlich“ und „regelmäßig“ nicht gewählt.

An dieser Stelle wäre eine Hilfestellung wünschenswert, welche Anwendungsfälle aus Sicht der DSK diesbezüglich relevant sind. Hierbei wäre eine Auseinandersetzung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung des EuGH erforderlich. In der Schrems II Entscheidung führt der EuGH aus, weshalb das EU-US-Datenschutzschild nicht aufrecht zu erhalten war. Dies wäre nämlich nach ständiger Rechtsprechung erforderlich gewesen, um „die Entstehung eines rechtlichen Vakuums zu vermeiden“.⁵³ Nach der Auffassung des EuGH sei ein solches rechtliches Vakuum aber gerade nicht zu befürchten, da in Art. 49 DSGVO geregelt sei, „unter welchen Voraussetzungen personenbezogene Daten in Drittländer übermittelt werden können, falls weder ein Angemessenheitsbeschluss nach Art. 45 Abs. 3 der DSGVO vorliegt noch geeignete Garantien im Sinne ihres Art. 46 bestehen.“⁵⁴

Ohne sich mit dieser Rechtsprechung auseinanderzusetzen, verweist die DSK zur Begründung ihrer Ausführungen auf die Leitlinien 2/2018 zu den Ausnahmen nach Artikel 49 der Verordnung 2016/679 des EDSA. Auf der in der Fußnote der Orientierungshilfe genannten Seite 4 der Leitlinien 2/2018 verweist der EDSA auf den Ausnahmecharakter der Norm und stützt die Argumentation maßgeblich auf deren Überschrift („Ausnahmen für bestimmte Fälle“).⁵⁵ Zur weiteren Begründung stützt sich der EDSA auf Erwägungsgrund 111 der DSGVO, in welchem hinsichtlich der Tatbestandsvarianten Vertragsdurchführung und Geltendmachung von Rechtsansprüchen zusätzlich das Tatbestandsmerkmal „gelegentlich“ erfüllt sein soll.⁵⁶ Dieses Tatbestandsmerkmal soll – über den Wortlaut des Erwägungsgrundes hinaus – für sämtliche Varianten von Art. 49 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO gelten.⁵⁷

Die Argumentation des EDSA an dieser Stelle überzeugt nicht. Zunächst kann bereits die allgemeine Übernahme eines Tatbestandsmerkmals aus einem Erwägungsgrund zur Tatbestandsebene eines Verordnungstextes gegen die Rechtsprechung des EuGH verstoßen. Der EuGH führt diesbezüglich aus, dass „Begründungserwägungen eines Gemeinschaftsrechtsakts rechtlich nicht verbindlich sind und weder herangezogen werden können, um von den Bestimmungen des betreffenden Rechtsakts abzuweichen, noch, um diese Bestimmungen in einem Sinne auszulegen, der ihrem Wortlaut offensichtlich widerspricht“.⁵⁸ Da Art. 49 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO die nicht wiederholte Übermittlung ausdrücklich nur für Fälle erfasst, die nicht auf Basis der Bestimmungen des ersten Unterabsatzes erfolgen, würde das in Erwägungsgrund 111 genannte zusätzliche Tatbestandsmerkmal „gelegentlich“ dem Wortlaut des Art. 49 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO ausdrücklich widersprechen. Sodann bleibt der EDSA eine Begründung schuldig, weshalb entgegen der höchstrichterlichen

⁵² DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 32.

⁵³ EuGH, Urteil vom 16.07.2020 Rechtssache C-311/18 – Schrems II, Rn. 202.

⁵⁴ EuGH, Urteil vom 16.07.2020 Rechtssache C-311/18 – Schrems II, Rn. 202.

⁵⁵ EDSA, Leitlinien 2/2018 zu den Ausnahmen nach Artikel 49 der Verordnung 2016/679, S. 4.

⁵⁶ EDSA, Leitlinien 2/2018 zu den Ausnahmen nach Artikel 49 der Verordnung 2016/679, S. 5.

⁵⁷ EDSA, Leitlinien 2/2018 zu den Ausnahmen nach Artikel 49 der Verordnung 2016/679, S. 5.

⁵⁸ EuGH, Urteil vom 19.06.2014 Rechtssache C-345/13 – Karen Millen Fashions Ltd, Rn. 31.

Rechtsprechung das Merkmal „gelegentlich“ auf sämtliche Regelungen des Art. 49 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO Anwendung finden soll. Denn die hierfür in den Leitlinien genannte Fußnote 8 wird im Dokument nicht aufgelöst.⁵⁹

Demnach ist es sinnvoll, wenn die DSK die Ausführungen zum Drittlandtransfer in der Orientierungshilfe zunächst entfernt und in Abstimmung mit dem EDSA eine gemeinsame Position hierzu findet, die den rechtlichen Vorgaben – insbesondere der EuGH-Rechtsprechung – entspricht.

G. Mehrzweckcookies

Der Umgang mit Mehrzweckcookies⁶⁰ lässt manche CMP-Anbieter an ihre Grenzen stoßen. Viele CMPs sind so programmiert, dass ein Cookie nur über eine bestimmte Cookie-Kategorie gesteuert werden kann.

Wenn anhand eines Cookies aber mehrere Zwecke verfolgt werden und der Cookie daher in zwei oder mehr Cookie-Kategorien einzuordnen wäre, bestehen hierfür keine technischen Lösungen.

Welche Praxishinweise kann die DSK hierzu geben?

Scheja und Partner Rechtsanwälte mbB

Adenauerallee 136
53113 Bonn
T +49 228 227226-0
F +49 228 227226-26
www.scheja-partner.de

Partner der Gesellschaft

Jens-Martin Heidemann, LL.M.
Boris Reibach, LL.M.
Florian Reichert
Dr. Gregor Scheja

Partnerschaftsgesellschaft mit
beschränkter Berufshaftung
eingetragen beim AG Essen PR 2742
USt-IdNr.: DE286820627

Jenny Strauß, LL.M. (Informationsrecht)

Rechtsanwältin
jenny.strauss@scheja-partner.de

Benedikt Schönbrunn

Fachanwalt für Informationstechnologierecht
benedikt.schoenbrunn@scheja-partner.de

Florian Reichert

Rechtsanwalt, Partner
florian.reichert@scheja-partner.de

⁵⁹ EDSA, Leitlinien 2/2018 zu den Ausnahmen nach Artikel 49 der Verordnung 2016/679, S. 5.

⁶⁰ DSK-Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 24.