

Stellungnahme des Datenanfragen.de e. V. zur „OH Telemedien 2021“ der Datenschutzkonferenz

Braunschweig, den 15. März 2022

Der Datenanfragen.de e. V. begrüßt die Bestrebungen der Datenschutzkonferenz, mit der „OH Telemedien“ die Einschätzungen der Datenschutzaufsichtsbehörden zu Telemediendiensten nach dem Inkrafttreten des TTDSG einheitlich zusammenzufassen und auf diesem Wege rechtliche Klarheit zu schaffen. Angesichts der immer größer werdenden Flut an Einwilligungsdialogen und verwendeten Trackingdiensten ist dieses Thema auch von hoher Bedeutung für betroffene Personen, ob nun direkt (für Personen, die ihre Rechte etwa durch Beschwerden durchsetzen wollen) oder indirekt (durch die Auswirkungen auf von ihnen genutzte Dienste). Daher begrüßen wir die Gelegenheit, als Verbraucher_innenschutzorganisation auf dem Bereich des Datenschutzes Stellung zur Orientierungshilfe nehmen zu dürfen.

Der Datenanfragen.de e. V. ist ein gemeinnütziger Datenschutzverein, dessen Fokus auf der Unterstützung von Betroffenen bei der Ausübung ihrer Rechte nach der DSGVO liegt. Dafür stellen wir Werkzeuge und Informationen bereit, um Einstiegshürden zu senken und den Prozess so einfach wie möglich zu gestalten. Weiterer Teil unserer Arbeit sind aber auch Recherchen und Analysen zum Datenschutz in Unternehmen (vorrangig im Kontext von Webseiten und Apps). Gegenwärtig arbeiten wir bspw. u.a. an Forschung zu Datenschutzverletzungen und Einwilligungsdialogen in mobilen Apps.

Zusätzlich legen wir großen Wert auf Datenschutz durch Technikgestaltung. So sind alle unsere Tools von Grund auf unter dem Gesichtspunkt der Datenminimierung entwickelt worden; wo immer es möglich ist, erfolgt die Verarbeitung ausschließlich lokal auf dem Computer der Nutzenden, ohne dass jemals Daten unsere Server erreichen. Mit unseren Angeboten wollen wir aufzeigen, wie sich „privacy by default“ umsetzen lässt, ohne nervig zu werden.

Anmerkungen

Wir begrüßen die Orientierungshilfe als Ganzes, einschließlich der Standpunkte, welche die Datenschutzkonferenz darin vertritt. Wir wollen insbesondere unsere explizite Unterstützung aussprechen für:

- Den klaren Standpunkt, dass das Klicken einer „Okay“-Schaltfläche keine unmissverständliche Erklärung darstellen kann und informierte Einwilligungen grundsätzlich nur auf einer Seite vorgenommen werden können, die bereits alle nötigen Informationen enthält (S. 13).

Seite 1 von 4

- Den klaren Standpunkt, dass eine wirksame Einwilligung nicht über eine „Alles akzeptieren“-Schaltfläche eingeholt werden kann, wenn nicht gleichzeitig eine Schaltfläche vorhanden ist, mit der alle angeforderten Einwilligungen abgelehnt werden können (S. 13 f.). Wir können aus unserer Erfahrung bestätigen, dass Nutzer_innen in solchen Fällen häufig schlicht die „Alles akzeptieren“-Schaltfläche wählen, um den störenden Dialog schnellstmöglich zu schließen und sich nicht weiter damit auseinandersetzen zu müssen, nicht aber um tatsächlich eine Einwilligung zu erteilen.
- Den klaren Standpunkt, dass schwammige Zweckbeschreibungen wie „Verbesserung der Erfahrung“ Nutzer_innen keine ausreichende Information bieten, wohinein sie einwilligen sollen, ebenso wie die Auslegung von Erwägungsgrund 43 der DSGVO dahin, dass eine separate Einwilligung in unterschiedliche Zwecke möglich sein muss (S. 15 f.).
- 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).
- 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 (S. 22).
- Den klaren Standpunkt, dass zum Nachweis einer Einwilligung keine Speicherung einer eindeutigen ID erforderlich ist (S. 23 f.).

All dem dürfen auch nicht angebliche wirtschaftliche Argumente bspw. im Hinblick auf Werbeerträge von Onlinemedien entgegenstehen, zumal nicht einmal erwiesen ist, dass personalisierte Werbung höhere Erträge als kontextbasierte Werbung erzielt¹.

Darüber hinaus äußern wir einige Vorschläge für Konkretisierungen und Ergänzungen:

- Wir würden eine Klarstellung zur Frage begrüßen, was konkret einen Zugriff auf in einer Endeinrichtung gespeicherte Informationen i.S.d. § 26 TTDSG darstellt. Auf S. 7 wird bereits eine beispielhafte Auflistung („Zugriff auf Hardware-Gerätekennungen, Werbe-Identifikationsnummern, Telefonnummern, Seriennummern der SIM-Karten (IMSI), Kontakte, Anruflisten, Bluetooth-Beacons oder die SMS-Kommunikation“ sowie „Auslesen der eindeutigen Kennungen der Netzwerk-Hardware (MAC-Adressen)“) genannt.

Bei Trafficanalysen im Rahmen unserer Forschung und Recherchen haben wir darüber hin-

¹vgl. etwa Marotta, Veronica, et al., „Online Tracking and Publishers Revenues: An Empirical Analysis.“, in: The 2019 Workshop on the Economics of Information Security, 2019, https://weis2019.econinfosec.org/wp-content/uploads/sites/6/2019/05/WEIS_2019_paper_38.pdf.

aus aber ein häufiges Auslesen zahlreicher weiterer Informationen von Endgeräten beobachtet, darunter Geräteparameter (bspw. Bildschirmausrichtung, Rootzustand, Netzbetreiber, RAM- und Speicherbelegung, Ladezustand, Betriebszeit, Lautstärke) und Sensordaten (bspw. Netzwerk-Signalstärke, Beschleunigungsmesser), *auch außerhalb von Fingerprinting* (in diesem Kontext werden solche Informationen bereits auf S. 8 erwähnt). Ohne Anreicherung mit personenbezogenen Daten wie eindeutigen IDs sind diese Daten nicht von der DSGVO abgedeckt. Nach unserem Rechtsverständnis wären diese aber durchaus von § 26 Abs. 1 TTDSG abgedeckt, sofern ein aktiver Zugriff erfolgt und die Daten nicht etwa automatisch vom Gerät bei Anfragen mitgesendet werden. Für die Rechtspraxis würden wir uns hier eine explizite Bestätigung wünschen.

- Die Orientierungshilfe fokussiert sich stark auf Einwilligungsdialoge und -banner, was sicherlich der sehr häufigen Nutzung dieser Elemente in der Praxis geschuldet ist. Wir würden uns nichtsdestotrotz noch stärkere Hinweise und Empfehlungen dahingehend wünschen, dass Einwilligungen nicht notwendigerweise durch störende Dialoge eingeholt werden müssen, sondern gerade auch in den natürlichen Nutzungsfluss eingebunden werden können, etwa dadurch, dass einzelne Elemente, die einwilligungspflichtige Verarbeitungen erfordern, mit einem Overlay überdeckt werden, welches diese Einwilligung erfragt, aber nicht die gesamte Seite unnutzbar macht.

In unserer Erfahrung verwenden etliche Verantwortliche bewusst störende und nervige Einwilligungsverfahren und schieben dies dann (fälschlicherweise) auf „den Datenschutz“, der solche Verfahren angeblich erfordern würde. Die Orientierungshilfe könnte solchen falschen Behauptungen gut entgegenwirken.

- Darüber hinaus ist im Kontext von Einwilligungsdialogen *Nudging* ein häufiges Problem².

Hierauf geht die Orientierungshilfe leider im Kontext der Anforderungen an die Einwilligung (Abschnitt III.2) nicht ein. Wir würden eine entsprechende Erwähnung und Auflistung von nicht akzeptablen Gestaltungselementen in Einwilligungsdialogen begrüßen.

- Schließlich haben wir häufig Einwilligungsdialoge beobachtet, die zwar Einwilligungen speichern, aber nicht Ablehnungen und daher im Ablehnungsfall immer wieder erneut angezeigt werden. Auch ein solches Verhalten führt natürlich zu einer Ermüdung der Nutzer_innen, die so dazu gedrängt werden sollen, doch noch gegen ihren eigentlichen Willen eine Einwilligung zu erteilen. Ein Hinweis, dass ein solches Vorgehen nicht rechtmäßig ist,

²vgl. etwa Die Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen, „Handreichung: Datenschutzkonforme Einwilligungen auf Webseiten – Anforderungen an Consent-Layer“, 2020, <https://lfd.niedersachsen.de/download/161158>.

findet sich bereits in den FAQ zu Cookies und Tracking des LfDI Baden-Württemberg³. Wir würden einen entsprechenden Hinweis auch in der Orientierungshilfe begrüßen.

Abschlussbemerkungen

Wir stehen gerne für alle Fragen im Bezug auf diese Stellungnahme zur Verfügung, bevorzugt per E-Mail an den Vorstand (vorstand@datenanfragen.de, PGP-Key 2E72 EA5B DDE3 1730 58D7 F87D A0C1 C012 3E2B 296B).

Diese Stellungnahme ist lizenziert unter einer „Creative Commons Namensnennung - Keine Bearbeitungen 4.0 International“-Lizenz.

³Der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Baden-Württemberg, „FAQ: Cookies und Tracking durch Betreiber von Webseiten und Hersteller von Smartphone- Apps.“, 2022, <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2022/03/FAQ-Tracking-online.pdf>, Ziffer B.2.2.3.