



Orientierungshilfe der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden
des Bundes und der Länder vom 20. Dezember 2021

(Stand: 20. Dezember 2021)

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

Inhalt

I.	Einführung	2
II.	Neue Rechtslage für Telemedien ab dem 1. Dezember 2021	3
1.	Das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz	3
a)	Adressaten	4
b)	Räumlicher Anwendungsbereich	4
2.	Abgrenzung der Anwendungsbereiche des TTDSG und der DS-GVO.....	5
III.	Schutz der Privatsphäre in Endeinrichtungen gemäß § 25 TTDSG	6
1.	Gegenstand und Anwendungsbereich von § 25 TTDSG	6
a)	Grundsatz der Einwilligungsbedürftigkeit.....	6
b)	Endeinrichtungen.....	6
c)	Speicherung und Zugriff auf Informationen.....	7
d)	Kein Personenbezug erforderlich	8
e)	Bündelung von Einwilligungen	9
2.	Anforderungen an die Einwilligung.....	9
a)	Einwilligung der Endnutzer:innen der Endeinrichtung	10
b)	Zeitpunkt der Einwilligung	11
c)	Informiertheit der Einwilligung.....	11
d)	Unmissverständliche und eindeutig bestätigende Handlung	12
e)	Bezogen auf den bestimmten Fall	14
f)	Freiwilligkeit der Einwilligung	15
g)	Möglichkeit zum Widerruf der Einwilligung	17
3.	Ausnahmen von der Einwilligungsbedürftigkeit	18
a)	Durchführung der Übertragung einer Nachricht	18
b)	Zurverfügungstellen eines Telemediendienstes	19
c)	Anwendungsbeispiele und Prüfkriterien	24
IV.	Rechtmäßigkeit der Verarbeitung gemäß DS-GVO.....	27
1.	Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO – Einwilligung.....	28
2.	Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO – Vertrag.....	30
3.	Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO – Überwiegende berechtigte Interessen.....	30
4.	Übermittlungen personenbezogener Daten an Drittländer	31

I. Einführung

Beim Betrieb von Telemedien kommen regelmäßig Technologien – häufig von Drittdienstleistern¹ – zum Einsatz, die es ermöglichen, personenbezogene Daten von Nutzenden zu verschiedenen Zwecken zu verarbeiten. Ein sehr praxisrelevantes Beispiel solcher Technologien sind sog. Cookies. Mittels Cookies und ähnlicher Technologien können Informationen auf den Geräten der Nutzenden abgelegt, angereichert und verwaltet werden, die bei der Verwendung eindeutiger Kennungen (UIDs) eine Identifikation oder Zuordnung zu einer natürlichen Person zulassen. In der Praxis dienen diese Prozesse häufig dazu, das individuelle Verhalten der Nutzenden – zum Teil übergreifend über verschiedene Webseiten und Geräte – nachzuverfolgen und ggf. Profile über eine Person zu bilden.

Unabhängig von der technischen Ausgestaltung oder den verfolgten Zwecken wird die Erhebung und weitere Verarbeitung dieser Informationen meist als ein einheitlicher Lebenssachverhalt wahrgenommen. Rechtlich sind hier jedoch zwei Schritte zu unterscheiden. Erstens die Speicherung von und der Zugriff auf Informationen in der Endeinrichtung sowie zweitens die Verarbeitung personenbezogener Daten, die oftmals mit dem Einsatz von Cookies und ähnlichen Technologien bezweckt wird. Die Rechtmäßigkeit dieser (Folge-)Verarbeitungen richtet sich nach den Anforderungen der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO). Die vorgelagerten technischen Prozesse – insbesondere das Setzen und Auslesen von Cookies – berühren jedoch auch die Integrität der Endeinrichtungen und unterfallen damit originär in den Regelungsbereich der Richtlinie 2002/98/EG² in der durch die Richtlinie 2009/136/EG geänderten Fassung (sog. ePrivacy-RL³).

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

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

² 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).

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

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

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

II. Neue Rechtslage für Telemedien ab dem 1. Dezember 2021

Mit dem Inkrafttreten des TTDSG zum 1. Dezember 2021 traten zeitgleich ein neues Telekommunikationsgesetz (TKG) und Änderungen des TMG in Kraft. Im TTDSG wurden die wesentlichen Datenschutzvorschriften für Telekommunikations- und Telemediendienste gebündelt. Weder im TKG noch im TMG sind noch Datenschutzvorschriften enthalten.⁵ Das TTDSG hat u. a. Auswirkungen auf den sehr praxisrelevanten Einsatz von Cookies und ähnlichen Technologien.

1. Das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz

Das TTDSG regelt unter anderem den Schutz der Privatsphäre bei der Nutzung von Endeinrichtungen, unabhängig davon, ob ein Personenbezug vorliegt oder nicht. Daneben enthält das Gesetz besondere Vorschriften zu technischen und organisatorischen Vorkehrungen, die von Telemedienanbieter:innen zu beachten sind, und die Anforderungen an die Erteilung von Auskünften über Bestands- und Nutzungsdaten. Anlass der Gesetzgebung war die Richtlinie 2018/1972/EU über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation⁶, die eine Änderung des TKG erforderlich machte. Der Gesetzgeber nahm dabei die Gelegenheit wahr, die bisher nicht an die DS-GVO angepassten Datenschutzvorschriften des TKG und des

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

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

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

TMG ebenfalls in den Blick zu nehmen und im neuen TTDSG zusammenzuführen.⁷ Ziel war es, beide Bereiche an die DS-GVO und die ePrivacy-RL anzupassen und insbesondere die Vorgaben aus Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL rechtssicher in nationales Recht umzusetzen.⁸ Nach den ursprünglichen Plänen der Europäischen Kommission sollte zeitgleich mit der DS-GVO eine europäische Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation (ePrivacy-Verordnung) in Kraft treten und die ePrivacy-RL ersetzen. Selbst Ende 2021 ist jedoch noch immer nicht absehbar, ob und wann es eine solche ePrivacy-Verordnung geben wird. Sollte es hierzu kommen, würde das TTDSG von der Verordnung als höherrangigem Recht mit unmittelbarer Wirkung in den Mitgliedstaaten abgelöst werden.

a) Adressaten

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

b) Räumlicher Anwendungsbereich

Nach § 1 Abs. 3 unterliegen alle Adressaten dem TTDSG, die im Geltungsbereich des Gesetzes eine Niederlassung haben oder Dienstleistungen erbringen oder daran mitwirken oder Waren auf dem Markt bereitstellen. Laut Gesetzesbegründung *„gilt nach wie vor das Marktortprinzip. Die im Verhältnis zur E-Privacy-Richtlinie subsidiär geltende DSGVO enthält bereits das Marktortprinzip, das damit auch für die*

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

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

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

Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch Telekommunikationsanbieter gilt. Im Hinblick auf die Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch Anbieter von Telemedien gilt das Marktortprinzip der DSGVO ebenfalls unmittelbar¹⁰.

2. Abgrenzung der Anwendungsbereiche des TTDSG und der DS-GVO

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

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

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

¹⁰ BT-Drs. 19/27441, S. 34.

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

¹² S. sogleich unter III.1.

III. Schutz der Privatsphäre in Endeinrichtungen gemäß § 25 TTDSG

Die zentrale Norm des TTDSG mit Bezug auf die hier zu betrachtenden Technologien stellt die Regelung des § 25 TTDSG dar. § 25 TTDSG dient – anders als die Vorschriften der DS-GVO – dem Schutz der Privatsphäre und Vertraulichkeit bei der Nutzung von Endeinrichtungen, wie er durch Art. 7 GRCh gewährleistet wird. Endnutzer:innen werden also davor geschützt, dass Dritte unbefugt auf deren Endeinrichtung Informationen speichern oder auslesen und dadurch ihre Privatsphäre verletzen.

1. Gegenstand und Anwendungsbereich von § 25 TTDSG

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

a) Grundsatz der Einwilligungsbedürftigkeit

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

b) Endeinrichtungen

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

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

¹³ BT-Drs. 19/27441, S. 38.

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

c) Speicherung und Zugriff auf Informationen

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

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

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

¹⁴ BT-Drs. 19/27441, S. 38.

¹⁵ S. Erwägungsgrund 24 f. der ePrivacy-RL.

¹⁶ S. Erwägungsgrund 66 der ePrivacy-RL.

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

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

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

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

d) Kein Personenbezug erforderlich

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

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

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

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

Erwägungsgründen 24 und 25 und den Erwägungsgründen 65 und 66 der diese Richtlinie ändernden RL 2009/136/EG ergibt, dem durch Art. 8 Abs. 1 EMRK und (inzwischen) durch Art. 7 GRCh garantierten Schutz der Privatsphäre der Nutzer. Art. 5 Abs. 3 der RL 2002/58/EG soll den Nutzer vor jedem Eingriff in seine Privatsphäre schützen, unabhängig davon, ob dabei personenbezogene Daten oder andere Daten betroffen sind [...]. Mithin geht die Regelung des Art. 5 Abs. 3 der RL 2002/58/EG über den Anwendungsbereich der VO (EU) 2016/679 hinaus.“¹⁸

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

e) Bündelung von Einwilligungen

Die Einwilligung in das Speichern und Auslesen von Informationen, die nach § 25 Abs. 1 TTDSG erforderlich ist, und die Einwilligung, die als Rechtsgrundlage für eine geplante weitere Verarbeitung der ausgelesenen Daten gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO erforderlich sein kann, können unter Berücksichtigung der nachfolgenden Bedingungen durch dieselbe Handlung¹⁹ erteilt werden.²⁰ Dies setzt allerdings voraus, dass die Anbieter:innen des Telemediendienstes die Nutzenden bereits an dieser Stelle über alle Zwecke einer Datenverarbeitung informieren, die im Anschluss an den Zugriff auf die Endeinrichtung erfolgen sollen. Hierbei ist darauf zu achten, dass bei der Abfrage eindeutig erkennbar sein muss, dass mit einer einzelnen Handlung, bspw. dem Betätigen einer Schaltfläche,²¹ mehrere Einwilligungen erteilt werden. Werden Nutzende, z. B. mittels eines Banners, auf einer Webseite darum gebeten, eine Einwilligung in den Einsatz von Cookies zu erteilen, ohne dass im Wortlaut der Einwilligung auch die Folgeverarbeitungen angesprochen werden, so handelt es sich nicht um eine gebündelte Einwilligung nach TTDSG und DS-GVO, sondern lediglich um eine Einwilligung nach dem TTDSG.

2. Anforderungen an die Einwilligung

Das TTDSG enthält im Unterschied zu den bisherigen Regelungen in § 94 TKG a. F. und § 13 Abs. 2 TMG a. F. keine telekommunikations- oder telemedienspezifischen Vorgaben für die Einwilligung. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG verweist sowohl bezüglich der

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

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

²⁰ Zur Abgrenzung der Prozesse, siehe bereits oben unter I. und II.2.

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

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.²² Für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Einwilligung gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 TTDSG sind demnach dieselben Bewertungsmaßstäbe anzulegen, wie bei einer Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO.

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

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

- Einwilligung der Endnutzer:innen des Endgeräts,
- Zeitpunkt der Einwilligung,
- Informiertheit der Einwilligung,
- unmissverständliche und eindeutig bestätigende Handlung,
- bezogen auf den bestimmten Fall,
- Freiwilligkeit der Willensbekundung,
- Möglichkeit zum Widerruf der Einwilligung, die ebenso einfach sein muss wie die Erteilung.

Nachfolgend werden diese Merkmale der Einwilligung näher erläutert.

a) Einwilligung der Endnutzer:innen der Endeinrichtung

Gemäß § 25 TTDSG ist die Einwilligung der Endnutzer:innen des Endgeräts erforderlich. Im TTDSG ist keine Begriffsbestimmung von „Endnutzer“ oder „Endnutzerin“ enthalten. Der Begriff stammt aus dem Telekommunikationsrecht und wird beispielsweise auch in § 6 TTDSG verwendet. Entsprechend werden Endnutzer:innen in § 3 Nr. 13 TKG, der nach § 2 Abs. 1 TTDSG auch im TTDSG gilt, legaldefiniert als Nutzende, die weder öffentliche Telekommunikationsnetze betreiben noch öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste erbringen. Der Begriff des Endnutzers dient im Telekommunikationsrecht vor allem der Abgrenzung zu Anbieter:innen von Telekommunikationsdiensten, nicht aber zur Spezifizierung

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

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 grundsätzlich ebenso irrelevant wie die Frage, wer Vertragspartner:in der Telekommunikationsdienstleistung ist, die mittels des Endgeräts in Anspruch genommen wird.

b) Zeitpunkt der Einwilligung

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

c) Informiertheit der Einwilligung

Die Einwilligung ist in informierter Weise einzuholen. 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. Das Merkmal der „Informiertheit“ setzt mindestens voraus, 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 und zu welchem Zweck, welche Funktionsdauer die Cookies haben und ob Dritte Zugriff darauf erlangen können.²³ Hierzu ist es auch erforderlich, dass bereits beim Zugriff auf die Endeinrichtung hinreichend darüber informiert wird, ob und ggf. inwieweit der Zugriff weiteren Datenverarbeitungsprozessen dient, die den Anforderungen der DS-GVO unterfallen, wobei die konkreten Zwecke der Folgeverarbeitung präzise zu beschreiben sind.²⁴ Um die Auswirkungen der Erteilung der Einwilligung zu verdeutlichen, muss schließlich auch über die Tatsache informiert werden, dass ein späterer Widerruf sich gemäß Art. 7 Abs. 3 S. 3 DS-GVO nicht mehr auf die Rechtmäßigkeit des bis zum Widerruf erfolgten Zugriffs bzw. der bis dahin erfolgten Speicherung auswirkt.

Im Zusammenhang mit Webseiten und Apps besteht oftmals ein Defizit darin, dass die Banner, mit denen eine Einwilligung eingeholt werden soll, intransparent gestaltet sind, sodass u. a. die Zwecke des Zugriffs auf ein Endgerät und die beteiligten Akteure nicht ausreichend erkennbar sind. Intransparenz kann sich auch daraus ergeben, dass unklar ist, mit welcher Schaltfläche welcher Effekt erreicht werden kann und wie oder

²³ EuGH, Urteil vom 1. Oktober 2019 – C-673/17 – Planet49, Rn. 75 ff.

²⁴ EDSA, Leitlinien 01/2020 zur Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit vernetzten Fahrzeugen und mobilitätsbezogenen Anwendungen, Version 2.0, S. 16, ab Rn. 49.

mit welchem Aufwand eine Ablehnung von einwilligungsbedürftigen Prozessen möglich ist.

Transparenz setzt auch voraus, dass die Informationen, die innerhalb eines Telemedienangebotes an verschiedenen Stellen zur Verfügung gestellt werden, kongruent sind. In der Praxis fallen regelmäßig Webseiten und Apps auf, in deren Bannern zur Einwilligungsabfrage andere Informationen enthalten sind als in der Datenschutzerklärung, insbesondere andere Rechtsgrundlagen, andere Drittanbieter, andere Zwecke. Anbieter:innen von Telemedien, die ihre Datenschutzzinformationen mit Blick auf § 25 TTDSG aktualisieren, müssen zudem darauf achten, die Vorgänge klar zu differenzieren – wenn im Rahmen des Telemedienangebotes Prozesse stattfinden, die sowohl unter das TTDSG als auch unter die DS-GVO fallen, ist über die beiden Rechtsgrundlagen jeweils separat zu informieren.

d) Unmissverständliche und eindeutig bestätigende Handlung

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

Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der Nutzenden können demgegenüber keine Einwilligung darstellen.²⁵ Opt-Out-Verfahren sind daher stets ungeeignet, eine wirksame Einwilligung zu begründen. 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.

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. Diese Handlungen können keinesfalls den Einsatz von einwilligungsbedürftigen Cookies oder ähnlichen Technologien legitimieren – selbst wenn mittels eines Banners über die Prozesse informiert wird. Das Scrollen oder Weitersurfen sind typische Handlungen bei der Nutzung des Internets, denen grundsätzlich kein rechtlicher Erklärungsgehalt innewohnt. Art. 4 Nr. 11 DS-GVO fordert ausdrücklich eine eindeutige bestätigende Handlung, so dass eine Aktivität oder Interaktion der

²⁵ S. Erwägungsgrund 32 der DS-GVO.

Nutzenden erforderlich ist, die eine klare Zäsur bei der weiteren Nutzung des Telemedienangebots zum Ausdruck bringt.²⁶ Nur dann können die verschiedenen Handlungen deutlich voneinander unterschieden und eine eindeutige Zustimmung festgestellt werden.

Ob eine unmissverständliche Willenserklärung vorliegt, wenn Endnutzer:innen ihre Einwilligung über eine Schaltfläche abgegeben haben, hängt auch davon ab, ob diese ihren wahren Willen unmittelbar zum Ausdruck bringen konnten oder eindeutig erkennen konnten, wie der wahre Wille zum Ausdruck gebracht werden kann. In die Bewertung fließt daher mit ein, wie die Schaltflächen für die Abgabe der Einwilligung und weitere Handlungsoptionen beschriftet und gestaltet sind und welche Zusatzinformationen zur Verfügung gestellt werden.

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

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

Eine wirksame Einwilligung liegt zudem regelmäßig nicht vor, wenn Nutzenden nur zwei Handlungsmöglichkeiten zur Auswahl gestellt werden, die nicht gleich schnell zu dem Ziel führen, den Telemediendienst nutzen zu können. Hierbei wird ihnen einerseits eine Schaltfläche zum „Alles Akzeptieren“ angezeigt, andererseits eine Schaltfläche mit Bezeichnungen wie „Einstellungen“, „Weitere Informationen“ oder „Details“. Mittels der ersten Schaltfläche können die Endnutzer:innen unmittelbar und ohne weiteren Aufwand eine zustimmende Willenserklärung abgeben und das Angebot sofort nutzen. Mit der anderen Schaltfläche können die Nutzenden weder ablehnen noch eine sonstige Willenserklärung abgeben, sondern lediglich weitere

²⁶ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, S. 22, Beispiel 16.

Handlungsschritte einleiten. Es bedarf dann weiterer Entscheidungen oder Einstellungen, bis das gewünschte Angebot genutzt werden kann. Diese beiden Handlungsoptionen haben somit nicht denselben Kommunikationseffekt. Wenn Nutzende in dieser Konstellation die einzig vorhandene Schaltfläche wählen, mit der unmittelbar eine – den Entscheidungsprozess beendende – Willenserklärung abgegeben werden kann, so kann dieser Handlung auch der Wille innewohnen, sich mit der Angelegenheit einfach nicht mehr beschäftigen zu müssen. Dies gilt umso mehr, wenn aufgrund der konkreten Beschriftung der Schaltflächen nicht einmal eindeutig zu erkennen ist, wie viel Mehraufwand erforderlich ist, um eine Ablehnung mitzuteilen.

Um nachweisen zu können, dass Endnutzer:innen eine unmissverständliche und eindeutig bestätigende Handlung abgegeben haben, müssen diesen also mindestens solche Auswahloptionen angeboten werden, deren Kommunikationseffekt gleichwertig ist. Ist eine Auswahloption präzise dargestellt und erzeugt unmittelbar einen Effekt (z. B. eine „Alles Akzeptieren“-Schaltfläche), während die andere Option nebulös gehalten wird und nicht ermöglicht, den wahren gegenteiligen Willen mit demselben Aufwand zu äußern, besteht ein Effekt- und Informationsdefizit. Ein solches Defizit ist geeignet, Endnutzer:innen dazu zu bewegen, ihre Entscheidung nicht nach dem eindeutigen Willen, sondern nur danach zu treffen, welche Option die Einwilligungsabfrage eindeutig schneller beendet. Werden den Nutzenden keine gleichwertigen Handlungsmöglichkeiten offeriert, um die Einwilligung zu erteilen oder sie abzulehnen, so liegen die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung regelmäßig nicht vor.²⁷

e) Bezogen auf den bestimmten Fall

Darüber hinaus muss die Einwilligung für den bestimmten Fall eingeholt werden. Es ist mithin nicht möglich, eine Generaleinwilligung oder Blankoeinwilligung für den generellen Einsatz bestimmter Techniken, z. B. Cookies, oder für diverse potentielle Folgeverarbeitungen einzuholen. Das Bestimmtheitserfordernis ist eng mit dem Merkmal „in informierter Weise“ verbunden und überschneidet sich auch mit den Kriterien, ob eine Einwilligung freiwillig erteilt wurde. Bevor eine Einwilligung abgefragt wird, muss ein eindeutiger und legitimer Zweck für die beabsichtigten Prozesse festgelegt werden, um die Endnutzer:innen sodann ausreichend hierüber informieren zu können. Bereits die Art. 29-Datenschutzgruppe als Vorgänger des Europäischen Datenschutzausschusses hat darauf hingewiesen, dass das Bestimmtheitserfordernis nicht durch vage oder allgemeine Angaben wie „Verbesserung der Erfahrungen des Nutzers“, „Werbezwecke“, „IT-Sicherheitszwecke“ oder „zukünftige Forschung“ erfüllt werden kann.²⁸ An dieser

²⁷ Einige Anbieter:innen von Telemedien stellen Nutzende vor die Wahl, alternativ zur Erteilung einer Einwilligung ein kostenpflichtiges Abonnement abzuschließen. Diese spezielle Konstellation ist nicht Gegenstand der vorangehenden Ausführungen und Bewertung.

²⁸ Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 03/2013 zur Zweckbindung (WP 203), S. 16.

Anforderung hat sich auch durch die DS-GVO nichts geändert.²⁹ 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. 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.³⁰

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. Zu unbestimmt wäre es, hier lediglich generische, allgemeine oder vage Informationen zu den Zwecken anzugeben, wie z. B. „Um Ihnen ein besseres Nutzungserlebnis bieten zu können, verwenden wir Cookies“.

f) Freiwilligkeit der Einwilligung

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

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

Grundsätzlich wird eine Einwilligung durch jede Form des unangemessenen Drucks oder der Einflussnahme (die sich auf viele verschiedene Weisen manifestieren können) auf die betroffene Person, die diese von der Ausübung ihres freien Willens abhalten, unwirksam.“³¹

²⁹ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 55.

³⁰ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 43.

³¹ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 13 und 14.

Gemäß Erwägungsgrund 42 Satz 5 DS-GVO sollte davon ausgegangen werden, dass die betroffene Person ihre Einwilligung nur dann freiwillig gegeben hat, wenn sie eine echte und freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden. Auch ist zu berücksichtigen, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrages davon abhängig gemacht wird, dass in eine Datenverarbeitung eingewilligt wird, die für die Vertragserfüllung nicht erforderlich ist. Eine solche Koppelung führt gemäß Art. 7 Abs. 4 DS-GVO regelmäßig dazu, dass die Einwilligung nicht als freiwillig angesehen werden kann und damit unwirksam ist.³²

Bei der Bewertung, ob die Einwilligung für den Zugriff auf Endgeräte des Endnutzers freiwillig erteilt wurde, ist zunächst zu klären, ob überhaupt ein Zwang für die Endnutzer:innen bestand, eine Erklärung abzugeben, oder ob sie untätig hätten bleiben können. Es ist davon auszugehen, dass ein solcher Zwang 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.³³

Zwar gehen Stimmen in der Literatur davon aus, dass niemand gezwungen sei, eine Webseite zu besuchen, deren Inhalt grundsätzlich auch von anderen am Markt angeboten wird. Diese Argumentation kann jedoch nicht durchgreifen. Wie bereits der Europäische Datenschutzausschuss (sowie dessen Vorgängerinstitution) verdeutlicht hat, kann eine Einwilligung nicht deshalb als freiwillig erteilt angesehen werden, weil zwischen einer 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.³⁴ 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 kann eine Einwilligung nicht per se nur deshalb als freiwillig qualifiziert werden, wenn Betroffene sich theoretisch alternativen Optionen hätte zuwenden können, die ein Dritter anbietet. Diese Argumentation, die zu Datenverarbeitungsprozessen getroffen wurde, ist auf den Zugriff auf Endeinrichtungen übertragbar, da auch insoweit die Anforderungen der DS-GVO gelten.

³² EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 14.

³³ Zu den hiervon zu unterscheidenden Cookie-Walls siehe EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 39-41.

³⁴ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 38.

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

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

In die Bewertung ist an dieser Stelle auch der Grundsatz von Treu und Glauben gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO einzubeziehen. Kann kein sachlicher Grund dafür vorgebracht werden, warum z. B. keine mit demselben Aufwand verbundene Ablehnungsmöglichkeit auf erster Ebene eines Cookie-Banners angeboten wird, stellt dies einen Versuch dar, in treuwidriger Weise Einfluss auf die Endnutzer:innen zu nehmen. Im Zusammenhang mit Telefonwerbung hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass eine Einwilligung jedenfalls dann unwirksam ist, wenn die Gestaltung darauf angelegt ist, die Betroffenen von der Ausübung ihres Wahlrechts abzuhalten.³⁵

g) Möglichkeit zum Widerruf der Einwilligung

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

Wird die Einwilligung unmittelbar bei der Nutzung einer Webseite erteilt, muss auch deren Widerruf auf diesem Weg möglich sein. Nicht den Vorgaben entsprechen ausschließliche Widerrufsmöglichkeiten über andere Kommunikationswege wie E-Mail, Fax oder sogar per Brief. Es ist auch unzulässig, Nutzende auf ein Kontaktformular hinzuweisen, da in diesem Fall zwar derselbe Kommunikationsweg (d. h. über die Webseite) verwendet wird, aber die Anforderungen deutlich höher sind

³⁵ BGH, Urteil vom 28. Mai 2020 - I ZR 7/16 Rn. 37 - Cookie-Einwilligung II (Planet49).

als bei der Erteilung der Einwilligung (und mittels Kontaktformular Daten erhoben würden, die für den Widerruf nicht erforderlich sind). Wurde eine Einwilligung mittels Banner o. Ä. abgefragt, ist es daher auch unzulässig, wenn zunächst eine Datenschutzerklärung aufgerufen und dann in dieser zu der richtigen Stelle gescrollt werden muss, um zu einer Widerrufsmöglichkeit zu gelangen. Ein solcher Suchvorgang als Zwischenschritt wäre eine Erschwerung, die mit den gesetzlichen Vorgaben nicht vereinbar ist. Dieser Umweg ist auch nicht auf eine technische Unmöglichkeit zurückzuführen, da eine Vielzahl an Webseiten einen stets sichtbaren Direktlink oder ein Icon anzeigen, das unmittelbar zu den relevanten Einstellungsmöglichkeiten führt. Es genügt den gesetzlichen Anforderungen erst recht nicht, wenn an verschiedenen Stellen der Datenschutzerklärung auf Opt-out Möglichkeiten auf unterschiedlichen externen Webseiten hingewiesen wird.

Hinweis: Einsatz von Consent Management Plattformen

Zur Implementierung einer umfassenden Einwilligungslösung werden zunehmend Consent-Management-Plattformen (CMP) eingesetzt, die von zahlreichen Unternehmen angeboten werden. Diese werben häufig damit, dass mit dem Einsatz ihres Tools rechtskonforme Einwilligungen auf der Webseite eingeholt würden. Ob dies tatsächlich der Fall ist, hängt jedoch maßgeblich vom konkreten Einsatz der CMP und den genauen Vorgängen auf dem jeweiligen Telemedienangebot ab. Die Betreiber:innen von Webseiten haben zahlreiche Konfigurationsmöglichkeiten, so dass allein durch den Einsatz der CMP keineswegs automatisch rechtskonforme Einwilligungen eingeholt werden. Die Verantwortlichkeit für die Wirksamkeit der eingeholten Einwilligungen verbleibt bei den jeweiligen Anbieter:innen des Telemedienangebotes.

3. Ausnahmen von der Einwilligungsbedürftigkeit

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

a) Durchführung der Übertragung einer Nachricht

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

b) Zurverfügungstellen eines Telemediendienstes

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

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

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

Die Ausnahmen gemäß § 25 Abs. 2 TTDSG unterscheiden sich zudem wesentlich von Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO, der bis zum 30. November 2021 von den Aufsichtsbehörden unter engen Voraussetzungen als mögliche Rechtsgrundlage angesehen worden ist. Während das TTDSG starre Kriterien benennt, die erfüllt sein müssen, eröffnet die DS-GVO eine gewisse Abwägungsflexibilität. Keinesfalls ist eine Interessenabwägung, die zu Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO vorgenommen wurde, geeignet, automatisch die Voraussetzungen von § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG zu begründen. Zur Umsetzung der neuen Rechtslage ist es daher nicht ausreichend, wenn lediglich die Bezeichnung der Rechtsgrundlagen in einer Datenschutzerklärung ausgetauscht wird.

aa. Von Endnutzer:innen ausdrücklich gewünschter Telemediendienst

Die Bewertung, ob die Inanspruchnahme eines Telemediendienstes ausdrücklich von Endnutzer:innen gewünscht ist, erfordert im Ergebnis, eine innere, persönliche Einstellung festzustellen. Diese kann nur aus objektiven Kriterien, wie insbesondere

den Handlungen der Nutzenden abgeleitet werden. Im Kontext von Webseiten und Apps nehmen Nutzende einen Telemediendienst grundsätzlich in Anspruch, indem sie ihn bewusst aufrufen. Dies erfolgt regelmäßig durch die Eingabe der URL der Webseite in einem Browser, durch das Anklicken eines Links auf einer zuvor erfolgten Suche in einer Suchmaschine oder die Installation einer App. Diese eine Handlung lässt allerdings nicht den Schluss zu, dass das hinter der URL oder App verborgene oder über den Link angesprochene gesamte Webseitenangebot, ggf. inklusive diverser Unterseiten ausdrücklich gewünscht ist.

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

Allgemein auf ein gesamtes Telemedienangebot, ggf. inklusive diverser Unterseiten, abzustellen, ist insbesondere in Bezug auf hochkomplex gestaltete Webseiten und Apps regelmäßig nicht der richtige Maßstab. Der durch § 25 TTDSG umgesetzte Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL stellt auf „einen vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich gewünschten Dienst der Informationsgesellschaft“ ab. Bei vielen Angeboten wird nicht „ein“ Dienst, sondern ein Bündel von Dienstleistungen mit verschiedenen Funktionen angeboten, die bei einem Besuch durch die einzelnen Nutzer:innen kaum immer alle genutzt werden. Diese Dienstleistungen werden gerade für die Adressaten der Webseiten oder Apps erbracht und nicht als reiner Selbstzweck. Gleichzeitig verfolgen Anbieter:innen der Webseiten oder Apps oder eingebundene Drittdienstleister darüber hinausgehende eigene Interessen. Die differenzierte Betrachtung einer Webseite oder App entspricht dem Zweck der Norm, nur diejenigen Eingriffe in die Endgeräte der Nutzer:innen zu erlauben, die im konkreten Fall unbedingt erforderlich sind, weil ohne sie der konkret vom einzelnen Nutzenden gewünschte Dienst nicht erbracht werden kann. Würde man auf eine Webseite oder App als Ganzes abstellen, hätten es Anbieter:innen von Telemedien in der Hand, durch umfassende Einbettung diverser in der Praxis nicht genutzter, aber mit unter Umständen sehr invasiven Datenverarbeitungen verbundener Funktionen den Umfang des Telemediendienstes beliebig zu bestimmen. Der Wunsch der Nutzenden bliebe bei einer globalen Interpretation unbeachtet. Entsprechend hatte sich bereits die Art. 29-Datenschutzgruppe zur ePrivacy-RL für eine solche granulare Betrachtung des Dienstes ausgesprochen. Demnach sei ein Dienst als Summe verschiedener Funktionen zu betrachten und könne daher abhängig von den von Nutzer:innen aufgerufenen Funktionen einen unterschiedlichen Umfang aufweisen.³⁶

³⁶ Vgl. Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 4/2012 zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht (WP 194), S. 4.

Es ist daher zunächst zu bestimmen, welcher Nutzerwunsch aus dem Aufruf der Webseite oder der App geschlossen werden kann.³⁷ Jeder Telemediendienst weist zunächst einen Basisdienst auf, der untrennbar für das gesamte Angebot von Bedeutung ist. Die Basisdienste lassen sich regelmäßig aus der Kategorie des Telemediendienstes ableiten. Als beispielhafte Kategorien seien hier Webshops, Suchmaschinen, Informationsseiten von Unternehmen oder öffentlichen Einrichtungen, Behördenportale, Online-Banking, Blogs, Soziale Netzwerke, Übersetzungsdienste genannt. Basisdienst eines Webshops ist der Verkauf von Produkten. Basisdienst einer Suchmaschine ist, dass bei Eingabe eines Suchbegriffs passende Webseiten im Internet gefunden und über Hyperlinks als Suchergebnisse aufgelistet werden. Der Basisdienst wird oft von Komponenten flankiert, damit dieser sicher, schnell und stabil zur Verfügung gestellt werden kann. Solche Systeme zur nutzerorientierten Betrugsprävention und IT-Sicherheit dienen grundsätzlich gleichermaßen den Nutzer:innen und dem Betreiber der Webseite und können dem Basisdienst zugerechnet werden. Für bestimmte Kategorien von Telemediendiensten gibt es weitere nutzerorientierte Zusatzfunktionen, durch die der Basisdienst unterstützt wird, wie beispielsweise die Einkaufskorbfunktion bei Online-Shops. Die Zusatzfunktionen sind in den Basisdienst integriert, kommen jedoch für manche Nutzer:innen gar nicht oder nicht über den gesamten Zeitraum der Nutzung des Angebots zum Tragen. Neben diesen Basisdiensten werden Nutzer:innen häufig Zusatzdienste und Funktionen zur Verfügung gestellt, die grundsätzlich unabhängig von der Kategorie des Telemediendienstes sind, wie z. B. Spracheinstellungen, Chatboxen, Kontaktformulare, Push-Nachrichten, Kartendienste, Wetterdienste, Videos und Audios, Log-in Bereiche inkl. Authentifizierung, Werbung, Verwaltung von Einwilligungen mittels Consent-Management-Tools, Merklisten oder Favoritenlisten.

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

Der Basisdienst ist grundsätzlich als der von Nutzer:innen gewünschte Telemediendienst anzusehen, sobald diese einen Dienst bewusst aufrufen. Aus dieser Handlung kann allerdings nicht automatisch der Schluss gezogen werden, dass der Nutzende alle Zusatzfunktionen des Basisdienstes wünscht. Welcher Funktionsumfang gewünscht ist, ist im Einzelfall aus der Perspektive durchschnittlich verständiger Nutzer:innen zu beurteilen. Der Basisdienst von Webshops weist z. B. eine Warenkorbfunktion und integrierte Zahlfunktionen auf. Diese sind allerdings erst dann von Nutzenden gewünscht, wenn tatsächlich ein Produkt in den Warenkorb

³⁷ Wie der Nutzerwunsch sodann realisiert wird, ist in einem weiteren Schritt zu beurteilen, siehe sogleich unter bb. Unbedingt erforderlich.

gelegt oder eine Zahlfunktion ausgewählt wird. Zusatzdienste und -funktionen, die unabhängig vom Basisdienst individuell in Anspruch genommen werden können, wie z. B. ein Kontaktformular, ein Chat oder ein Kartendienst, werden ebenfalls nicht automatisch mit dem ersten Aufruf der Webseite oder App von Nutzer:innen gewünscht. Häufig haben Nutzende vor dem Aufruf des Angebots gar keine weitergehenden Kenntnisse über den genauen Dienstleistungs- und Funktionsumfang der Webseite oder App. Nutzer:innen „wünschen“ die beispielhaft genannten Zusatzdienste und -funktionen erst, wenn sie diese explizit in Anspruch nehmen, z. B. einen Chatbot anklicken, eine Merkliste anlegen oder ein Formular ausfüllen. Der ausdrückliche Wunsch der Nutzenden in Bezug auf diese Zusatzdienste und -funktionen muss sich daher in weiteren Handlungen ausdrücken. Dies bedeutet im Webseitenkontext, dass Nutzer:innen nicht jeden Zugriff auf ihre Endeinrichtung, insbesondere das Setzen von Cookies hinnehmen müssen, nur weil eine Webseite oder eine App aktiv aufgerufen wurde. Nutzer:innen müssen zunächst Kenntnis darüber erlangen (können), dass es Zusatzdienste und -funktionen gibt, zu deren Bereitstellung ein Zugriff auf die Endeinrichtung erforderlich ist, und eine Zusatzfunktion bewusst nutzen.

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

bb. Unbedingt erforderlich

Das Merkmal „unbedingt erforderlich“ wird weder im TTDSG noch in der ePrivacy-RL näher definiert. In der Gesetzesbegründung zum TTDSG wird jedoch von einer technischen Erforderlichkeit ausgegangen, was ein strenges Verständnis nahelegt.³⁸ Dies bedeutet, 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.³⁹ Denn das Kriterium der Erforderlichkeit im Sinne der Vorschrift bezieht sich ausschließlich auf die Funktionalität des Telemediendienstes als solchen. Eine Ausnahme von der Einwilligungspflicht kann 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.

³⁸ BT-Drs. 19/27441 S. 38.

³⁹ Siehe hierzu auch Erwägungsgrund 66 der ePrivacy-RL: „Ausnahmen von der Informationspflicht und der Einräumung des Rechts auf Ablehnung sollten auf jene Situationen beschränkt sein, in denen die technische Speicherung oder der Zugriff unverzichtbar sind, um die Nutzung eines vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich angeforderten Dienstes zu ermöglichen“.

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

Cookies für etwaige Zusatzfunktionen, z. B. zur Speicherung von Produkten im Warenkorb oder Durchführung einer Zahlung, können in Bezug auf die zeitliche Dimension regelmäßig erst dann als unbedingt erforderlich betrachtet werden, wenn eine entsprechende Nutzerinteraktion stattgefunden hat, also tatsächlich ein Artikel in den Warenkorb gelegt oder der Zahlprozess eingeleitet wurde. Für eine bloße Nutzung des Angebots, also z. B. das Stöbern in einem Webshop, ist es nicht erforderlich, dass die Warenkorb- und Zahlungsfunktionen bereits aktiviert sind. Auch wird bei individualisierten Cookies die Gültigkeit häufig nur für eine Session erforderlich sein. Gemäß § 19 Abs. 1 TTDSG ist grundsätzlich davon auszugehen, dass unter der Nutzung eines Telemediendienstes ein einzelner Nutzungsvorgang zu verstehen ist, also eine Session.⁴⁰ Eine regelmäßige Nutzung des Telemediendienstes durch bestimmte Endnutzer:innen kann grundsätzlich nur dann unterstellt werden, wenn es sich um einen anmeldepflichtigen Dienst handelt.

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

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

Im Zusammenhang mit der Speicherung von Einwilligungen, die von Nutzer:innen einer Webseite abgegeben werden, erfordert die Erfüllung der Nachweispflicht gemäß § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 DS-GVO keine langlebigen UID-Cookies. In der Regel genügt es, nachzuweisen zu können, dass und

⁴⁰ Ein Nutzungsvorgang ist im Kontext von Webseiten üblicherweise dann beendet, wenn Nutzende die Webseite oder den Browser aktiv schließen.

welche Prozesse implementiert wurden, um eine Einwilligung einzuholen und das Ergebnis in einem Cookie ohne UID oder sonstige überschießende Informationen abzulegen.

Zu beachten ist schließlich, dass es zwar möglich ist, zu verschiedenen Zwecken eine Information in einer Endeinrichtung zu speichern hierauf zuzugreifen, das heißt z. B. einen Cookie für verschiedene Zwecke zu verwenden. Doch kann ein solcher Mehrzweck-Cookie nur dann von der Einwilligungspflicht ausgenommen werden, wenn für jeden einzelnen Zweck, zu dem der Cookie verwendet wird, die Voraussetzungen der Ausnahme nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG vorliegen.⁴¹

c) Anwendungsbeispiele und Prüfkriterien

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

Erstens sind die üblicherweise herangezogenen Bezeichnungen zu unbestimmt. Die Reichweitenmessung stammt ursprünglich aus dem Bereich der analogen Medien. Bei Pressemedien und Fernsehsendungen wird lediglich die Anzahl erfasst, wie viele Leser:innen, Zuschauer:innen und Zuhörer:innen das jeweilige Medienangebot erreicht hat. Bei Pressemedien und Büchern werden zunächst Verkaufszahlen ermittelt. Im Rundfunk und im Hinblick auf die Zahl der tatsächlichen Leser:innen gab es zumindest in der analogen Welt keine unmittelbare technische Möglichkeit, um zu ermitteln, welche Zuschauer:innen oder Zuhörer:innen welches Rundfunkprogramm eingeschaltet und welche Leser:innen welches Printmedium gelesen haben, so dass in einigen repräsentativen Haushalten Umfragen als Grundlage für die Berechnung von Einschaltquoten vorgenommen wurden. Übertragen auf den Webseitenkontext entsprechen Einschaltquoten einer reinen Zählung, wie häufig eine Webseite aufgerufen wird (page impression). Dafür reicht es aus, bei jedem Abruf einer Seite den Zähler für diese Seite um Eins zu erhöhen, auf der Basis von Logfiles ohne personenbezogene Daten die Zahl der jeweiligen Seitenabrufe zu ermitteln oder ein einfaches Zählpixel (des direkt aufgerufenen Telemedienangebots) auf der Webseite zu implementieren, durch das keine weiteren Nutzerdaten erfasst werden. Angebote

⁴¹ S. Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 04/2012 zur Ausnahme von Cookies von der Einwilligungspflicht (WP 194), S. 6.

von Drittdienstleistern zur Reichweitenmessung auf Webseiten oder in Apps verarbeiten allerdings regelmäßig (teils sehr weitgehende) Informationen über Nutzende und stellen auf Basis dieser Informationen deutlich mehr Auswertungsergebnisse zur Verfügung. Die Auswertungen können grob unterschieden werden in Informationen über Besuchende, z. B. Geräte, Software, Zeiten, Benutzer-IDs und benutzerdefinierte Variablen, und Informationen über das Verhalten der Nutzenden auf der Webseite oder in der App, wie z. B. Einstiegs- und Ausstiegsseiten, Seitentitel, interne Suchen, Downloads und Eingaben. Diese Informationen werden zur Gewinnung weiterer Erkenntnisse verwendet, wie beispielsweise zur Analyse und Auswertung der durchschnittlichen Aufenthaltsdauer, Anzahl abgesprungener Besucher:innen, Aktionen pro Besuch, Seitenansichten, interne Suchen, Downloads oder auch auf welchem Weg die Nutzenden die Webseite aufgerufen haben.⁴²

Im Webseiten- und App-Kontext hat sich die ursprüngliche Reichweitenmessung daher unter Verwendung zahlreicher, häufig individualisierter Informationen zu einer Reichweitenanalyse mit nicht fest definiertem Umfang entwickelt, die um beliebige Kriterien ergänzt werden kann.

Selbst wenn es ein einheitliches Verständnis über den Begriff der Reichweitenmessung oder der Reichweitenanalyse gäbe, bestünde zweitens das Problem, dass damit ganz unterschiedliche Zwecke verfolgt werden können. Grundsätzlich wird das Ziel verfolgt, mit Erkenntnissen aus der Vergangenheit Entscheidungen für die Zukunft zu treffen, die sowohl den Interessen der Anbieter:innen des Telemedienangebots, der Nutzenden oder auch von Dritten dienen können. Reichweitenanalysen von Webseiten werden z. B. eingesetzt, um Geschäftsmodelle zu entwickeln, den Verkaufswert von Werbeflächen zu bestimmen, häufig aufgerufene Inhalte besser zu platzieren, Fehlfunktionen zu erkennen, den Umfang von gesetzlich geregelten Leistungsschutzrechten der Autor:innen veröffentlichter Beiträge zu erfassen und vieles mehr. 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. Zusatzprobleme ergeben sich dadurch, dass von den Anbieter:innen der Telemedien mit dem Einsatz einzelner Cookies häufig mehrere Zwecke verfolgt werden und eingebundene Drittdienstleister wiederum weitere eigene Zwecke mit den Informationen aus den Cookies verfolgen können.

Bei der Einbindung von Drittdiensten besteht drittens das Problem, dass der Vorgang des Speicherns von Informationen auf dem Endgerät der Nutzenden und das Auslesen dieser Informationen häufig nicht nur einem Dienst mit einer klar bestimmbaren Funktion zuzuordnen ist, sondern die Basis für mehrere Dienste darstellt. Als Beispiel

⁴² Bspw. über eine Suchmaschine, ein soziales Netzwerk, eine andere Webseite oder von der internen Suche.

bieten sich hier die Anbieter von Consent-Management-Plattformen an. Deren Produktpalette umfasst in vielen Fällen beispielsweise auch Marketingdienste. Beim Einsatz eines CMP wird häufig ein Cookie gesetzt, der eine eindeutige Benutzererkennung aufweist, obwohl dies für den Zweck der Speicherung des Einwilligungsstatus nicht erforderlich ist. In diesem Fall drängt sich die Vermutung auf, dass derselbe Cookie auch für den Marketingdienst verwendet werden kann. Ob dies dann der Fall ist, kann von Nutzer:innen der Webseite nicht unmittelbar festgestellt werden.

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

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

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

Maßgebliche Kriterien für die Bestimmung der unbedingten Erforderlichkeit:

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

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

- Inhalt der Informationen – Welche Informationen werden gespeichert und ausgelesen?

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

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

Der Zeitraum der Speicherung darf nur so lang gewählt werden wie für die Umsetzung der granularen Funktion des Telemediendienstes erforderlich. In

Bezug auf den Einsatz von Cookies ist dieser Zeitraum durch deren Laufzeit von vornherein festzulegen. Grundsätzlich sind Session-Cookies eher erforderlich als langlebige Cookies.

- Auslesbarkeit der Informationen – Für wen sind Informationen vom Endgerät auslesbar und verwertbar?

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

IV. Rechtmäßigkeit der Verarbeitung gemäß DS-GVO

Wenn durch Anbieter:innen von Telemedien personenbezogene Daten (die z. B. unter Verwendung von Cookies und ähnlichen Technologien erhoben wurden) verarbeitet werden, beispielsweise um das individuelle Verhalten von Nutzenden zu verfolgen, sind hierfür die allgemeinen Vorgaben der DS-GVO zu beachten. Zur Vereinfachung wird für Verarbeitungsprozesse zur Verfolgung des Verhaltens von Nutzenden nachfolgend der Begriff „Tracking“ verwendet.⁴³

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

Zu beachten ist, dass mit der Einbindung von Drittinhalten auf Webseiten regelmäßig eine Offenlegung personenbezogener Daten an Betreiber:innen des jeweiligen Drittserver verbunden ist. Für diese Datenverarbeitung ist gemäß Art. 6 Abs. 1 DS-GVO eine Rechtsgrundlage erforderlich. Typische Beispiele für solche Drittinhalte sind Werbeanzeigen, Schriftarten, Skripte, Stadtpläne, Videos, Fotos oder Inhalte von Social-Media-Diensten.

⁴³ Dieses Begriffsverständnis wird auch von den europäischen Aufsichtsbehörden zugrunde gelegt, s. EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, Rn. 4.

Hinweis: Rechenschaftspflicht

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

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

Die formalen und inhaltlichen Anforderungen an eine wirksame Einwilligung ergeben sich sowohl für die telemedienspezifischen als auch die datenschutzrechtlich relevanten Prozesse aus Art. 4 Abs. 1 Nr. 11 i. V. m. Art. 7 und 8 DS-GVO.⁴⁴ Demnach ist eine Einwilligung jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.

Für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Einwilligung sind daher grundsätzlich diejenigen Maßstäbe anzulegen, die bereits oben unter III.2. dargestellt wurden – mit der Maßgabe, dass die Einwilligung durch die betroffene Person zu erteilen ist und die zur Verfügung gestellten Informationen sich eindeutig auf Datenverarbeitungsprozesse (und nicht lediglich den technischen Einsatz von Cookies o. Ä.) beziehen müssen.⁴⁵

Schließlich ist Art. 25 Abs. 2 DS-GVO zu beachten, der von dem datenschutzrechtlich Verantwortlichen verlangt, geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen nur personenbezogene Daten verarbeitet werden, die für den jeweiligen bestimmten Verarbeitungszweck erforderlich sind. Außerdem ist durch den datenschutzrechtlich Verantwortlichen technisch sicherzustellen, dass Verfahren zur Verfolgung von Nutzeraktivitäten, die datenschutzrechtlich einer Einwilligung bedürfen, erst dann zum Einsatz kommen, wenn die betroffene Person die Information über die geplante Datenverarbeitung inhaltlich erfasst und eine Entscheidung in Form einer expliziten Willensbetätigung darüber getroffen hat.

⁴⁴ Zur Abgrenzung der Prozesse, siehe bereits oben unter I. und II.2.

⁴⁵ Zur Bündelung von Einwilligungen gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG und Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO siehe III.1.e).

Hinweis: Einwilligungsbanner

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 Schaltflächen angezeigt wird. Über den Einsatz von Cookies und ähnlichen Technologien hinaus wird mit solchen Einwilligungsbannern jedoch meist auch eine Einwilligung für nachfolgende Datenverarbeitungsprozesse abgefragt.

Nicht jeder Einsatz von Cookies oder das anschließende Tracking ist per se einwilligungsbedürftig, daher sollten entsprechende Einwilligungsbanner nur eingesetzt werden, wenn tatsächlich eine Einwilligung notwendig ist. Andernfalls entsteht der missverständliche Eindruck, dass die betroffenen Personen eine Wahl haben, obwohl diese gar nicht besteht.

Wenn Betreiber:innen von Webseiten oder Apps solche Einwilligungsbanner für die Abfrage einer Einwilligung einsetzen, sind insbesondere folgende Anforderungen zu beachten:

- Beim erstmaligen Öffnen einer Webseite oder App erscheint das Einwilligungsbanner beispielsweise als eigenes HTML-Element. In der Regel besteht dieses Element aus einer Übersicht aller einwilligungsbedürftigen Verarbeitungsvorgänge, die unter Nennung der beteiligten Akteure und deren Funktion ausreichend erklärt werden und über ein Auswahlmü aktiviert werden können. Aktivieren bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Auswahlmöglichkeiten nicht „aktiviert“ voreingestellt sein dürfen.
- 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 deren personenbezogene Daten verarbeiten (DS-GVO) und insbesondere auch keine Inhalte von fremden Servern geladen, soweit die damit verbundene Offenlegung personenbezogener Daten einer Einwilligung bedarf. 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.
- Den Nutzer:innen muss im Einwilligungsbanner eine gegenüber der Zustimmung gleichwertige Möglichkeit gegeben werden, die Einwilligung zu verweigern. Wenn es auf der ersten Ebene des Einwilligungsbanners eine Schaltfläche für eine Einwilligung in bestimmte Prozesse gibt, muss es dort auch eine entsprechend dargestellte Schaltfläche geben, um diese Prozesse abzulehnen.

- Die Abgabe der Einwilligung wird vom Verantwortlichen gespeichert, damit bei einem weiteren Aufruf der Website das Banner nicht erneut erscheint und die Einwilligung zu Nachweiszwecken gesichert ist. Zur Erfüllung der Nachweispflichten des Art. 7 Abs. 1 DS-GVO ist es gemäß Art. 11 Abs. 1 DS-GVO nicht erforderlich, dass die Nutzer dazu direkt identifiziert werden. Eine indirekte Identifizierung (vgl. Erwägungsgrund 26 der DS-GVO) ist ausreichend. In Fällen, in denen Nutzer 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.
- Da eine Einwilligung widerruflich ist, muss eine entsprechende Möglichkeit zum Widerruf implementiert werden. Der Widerruf muss so einfach möglich sein wie die Erteilung der Einwilligung, Art. 7 Abs. 3 S. 4 DS-GVO.

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

Die Verarbeitung personenbezogener Daten des Vertragspartners auf vertraglicher Grundlage gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO ist nur möglich, wenn die Datenverarbeitung zur Erfüllung eines Vertrages oder im Rahmen vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich ist, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen. Mit der Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Online-Diensten hat sich bereits der Europäische Datenschutzausschuss vertieft beschäftigt. Die Ausführungen in den Leitlinien 2/2019 können daher durch Anbieter:innen von Telemedien als Prüfungsmaßstab herangezogen werden.⁴⁶

3. Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO – Überwiegende berechtigte Interessen

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

Die Verarbeitung ist nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO rechtmäßig, wenn dies zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der

⁴⁶ EDSA, Leitlinien 02/2019 zur Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b) DSGVO im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Online-Diensten für betroffene Personen, Version 2.0, Rn. 48 ff.

betroffenen Person überwiegen. Ob die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO erfüllt sind, ist anhand einer dreistufigen Prüfung zu ermitteln:

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

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

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

Darüber hinaus ist in Fällen, in denen Drittdienstleister beim Tracking als Auftragsverarbeiter eingebunden werden, darauf zu achten, ob diese Dienstleister Daten der betroffenen Personen auch zu eigenen Zwecken verarbeiten (z. B. um eigene Dienste zu verbessern oder Interessensprofile zu erstellen). In diesem Fall – und selbst wenn sich der Drittdienstleister sich 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.

Da diese Rechtsgrundlage regelmäßig nur im Einzelfall und nur bei einer entsprechend aussagekräftigen Abwägung herangezogen werden kann, wird die Prüfung der Voraussetzungen in dieser Orientierungshilfe nicht weiter vertieft. Die Ausführungen in der OH Telemedien 2019 können jedoch grundsätzlich weiterhin als Prüfungsmaßstab herangezogen werden.⁴⁷

4. Übermittlungen personenbezogener Daten an Drittländer

Zu beachten ist schließlich, dass sich die vorgenannte Rechtmäßigkeitsprüfung lediglich auf die Verarbeitung der Daten innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums bezieht. Stets muss daher zusätzlich geprüft werden, ob es bei der jeweiligen Datenverarbeitung zu einer Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer kommt. Dies ist insbesondere bei der Einbindung von Dritt-Inhalten, die durch große Anbieter bereitgestellt werden, oft der Fall. Problematisch ist dies insbesondere, wenn für diese Länder, wie z. B. die USA, kein Angemessenheitsbeschluss der europäischen

⁴⁷ S. dort die Ausführungen unter III. 2. c), abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tmq.pdf.

Kommission besteht. Der Europäische Gerichtshof hat mit seinem Urteil vom 16. Juli 2020 in der Rechtssache „Schrems II“ (C-311/18) den Beschluss der Europäischen Kommission zum Privacy Shield für ungültig erklärt und die hohen Hürden für den datenschutzkonformen Transfer personenbezogener Daten in Drittländer verdeutlicht.

Eine Übermittlung von personenbezogenen Daten in die USA und andere Drittländer ohne durch die EU-Kommission anerkanntes Datenschutzniveau darf daher nur vorbehaltlich geeigneter Garantien, wie z. B. Standarddatenschutzklauseln, oder bei Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes für bestimmte Fälle gemäß Art. 49 DS-GVO erfolgen. Zu beachten ist, dass der reine Abschluss von Standarddatenschutzklauseln wie den von der EU-Kommission beschlossenen Standardvertragsklauseln nicht ausreicht. Es ist darüber hinaus im Einzelfall zu prüfen, ob das Recht oder die Praxis des Drittlandes den durch die Standardvertragsklauseln garantierten Schutz beeinträchtigen und ob ggf. ergänzende Maßnahmen zur Einhaltung dieses Schutzniveaus zu treffen sind. Eine detaillierte Anleitung zum Vorgehen bei der erforderlichen Prüfung hat der Europäische Datenschutzausschuss veröffentlicht.⁴⁸ Gerade im Zusammenhang mit der Einbindung von Dritt-Inhalten und der Nutzung von Tracking-Dienstleistungen werden allerdings oft keine ausreichenden ergänzenden Maßnahmen möglich sein. In diesem Fall dürfen die betroffenen Dienste nicht genutzt, also auch nicht in die Webseite eingebunden werden.⁴⁹ Personenbezogene Daten, die im Zusammenhang mit der regelmäßigen Nachverfolgung von Nutzerverhalten auf Webseiten oder in Apps verarbeitet werden, können grundsätzlich nicht auf Grundlage einer Einwilligung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a DS-GVO in ein Drittland übermittelt werden. Umfang und Regelmäßigkeit solcher Transfers widersprechen regelmäßig dem Charakter des Art. 49 DS-GVO als Ausnahmevorschrift und den Anforderungen aus Art. 44 S. 2 DS-GVO.⁵⁰

⁴⁸ EDSA, Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data, Version 2.0.

⁴⁹ Vgl. die Anwendungsfälle 6 und 7 des Anhangs 2 der Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data, Version 2.0.

⁵⁰ EDSA, Leitlinien 2/2018 zu den Ausnahmen nach Artikel 49 der Verordnung 2016/679, S. 4.