

Auf einen Blick

Orientierungshilfe TTDSG

Ausgangslage

Die DSK veröffentlichte im Dezember 2021 ihre Orientierungshilfe (OH) für Anbieter von Telemedien, da mit Wirkung zum 1. Dezember 2021 der Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL durch § 25 des neuen Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes (TTDSG) neu umgesetzt wurde. Die neue Vorschrift gilt beim Einsatz von Technologien, mittels derer Informationen auf Endeinrichtungen gespeichert oder aus diesen ausgelesen werden. Die in der OH dargestellten Anforderungen und Wertungen sind zwar nicht auf den Betrieb von Webseiten und Apps beschränkt, stellen aber die häufigsten Anwendungsfälle dar.

Bitkom-Perspektive

Die OH bietet in ihrer jetzigen Form zu wenig Orientierung und ist häufig nur vage. Es sollten dringend mehr Fallgruppen, Beispielsszenarien anhand der bekannten Standardtools, die viele Unternehmen nutzen, gebildet und bewertet werden. Darin sollte zudem klar zum Ausdruck kommen, welche Umsetzungen konkret erlaubt sind und durch welche Gestaltungen die Anforderungen umgesetzt werden können.

Das Wichtigste

Aus der Gesamtschau der detaillierten Analyse (siehe unten) halten wir folgende Aspekte für besonders relevant, die insgesamt in der Orientierungshilfe stärker berücksichtigt werden müssen:

- Übermittlung und Darstellung der benötigten Informationen mittels des sog. „layered approach“
- Verhältnis und Abgrenzung TTDSG und DS-GVO und der einzelnen Anforderungen
- Beispielsfälle und Umsetzungshilfen mit klarem Praxisbezug

Stellungnahme DSK Orientierungshilfe TTDSG

Februar 2022

Seite 2

1. Allgemeines

Bitkom bedankt sich für die Möglichkeit, im Rahmen des Konsultationsverfahrens Stellung zur aktualisierten Orientierungshilfe für Anbieter von Telemedien zu nehmen. Die OH bietet in ihrer jetzigen Form zu wenig Orientierung und bleibt hinsichtlich der konkreten Anforderungen und Umsetzungen häufig nur vage. Es sollten dringend mehr Fallgruppen, Beispielsszenarien anhand der bekannten Standardtools, die viele Unternehmen nutzen, gebildet und bewertet werden. Darin sollte zudem klar zum Ausdruck kommen, welche Umsetzungen konkret erlaubt sind und durch welche Gestaltungen die Anforderungen umgesetzt werden können.

Wir haben die einzelnen Abschnitte einer detaillierten Analyse unterzogen und unsere Anregungen im Folgenden aufbereitet.

2. Adressatenkreis - S. 4 (Ziff. II 1a)

In diesem Abschnitt wird die leicht abweichende Definition der Anbieter von Telemediendiensten im TTDSG im Vergleich zum TMG erwähnt. So sind nun auch diejenigen, die „an der Erbringung mitwirken“ ebenfalls Adressaten des TTDSG (anders als noch im TMG). Hier wäre es wünschenswert, wenn die DSK für etwas mehr Klarheit sorgen würde, wer damit zusätzlich in den Anwendungsbereich fällt. Denkbar wären hier z.B. Auftragsverarbeiter, die an der Gestaltung der Webseite mitwirken. Inwiefern lassen sich hier z.B. auch die bisherigen Grundsätze zum TKG (vgl. § 3 Ziff 6 b TKG alt, der ebenfalls das Merkmal des „mitwirkens“ enthielt) übertragen?

Hinsichtlich des Anwendungsbereichs und Adressatenkreises **ist hinsichtlich des § 25 TTDSG im Arbeitsverhältnis** zudem folgendes zu berücksichtigen:

Gem. § 2 I TTDSG i.V.m. § 3 Nr. 13 TKG ist Endnutzer „ein Nutzer, der weder öffentliche Telekommunikationsnetze betreibt noch öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste erbringt“.

Stellungnahme DSK Orientierungshilfe TTDSG

Seite 3|28

§ 25 TTDSG dient der Umsetzung des Art. 5 III der ePrivacy-Richtlinie. Für deren Begrifflichkeiten ist, laut Gesetzesbegründung zum TTDSG (<https://dserver.bundestag.de/btd/19/274/1927441.pdf>, S. 33), wiederum die Richtlinie (EU) 2018/1772 maßgeblich. Gem. Art. 2 Nr. 13 dieser Richtlinie ist „Nutzer“ eine natürliche oder juristische Person, die einen öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienst in Anspruch nimmt oder beantragt. Folglich kann auch der Arbeitgeber als Endnutzer angesehen werden. Zwar stellt sich danach die weiterführende Frage, ob der Arbeitgeber öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste erbringt, wie es wohl nach wie vor von den Aufsichtsbehörden vertreten wird, jedoch wird dies in letzter Zeit immer häufiger in der Rechtsprechung verneint (so zuletzt das LG Erfurt: <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fzdaktuell%2F2021%2Fcont%2Fzdaktuell.2021.05248.htm&pos=1&hlwords=on>).

Diese Ansicht wird auch durch folgende Überlegung noch weiter bekräftigt: Zwar ist bei der Speicherung von Cookies in der Endeinrichtung des Arbeitnehmers eine technische Erforderlichkeit, wie in der Gesetzesbegründung zu § 25 II Nr. 2 TTDSG verlangt, hier nicht gegeben. Allerdings obliegt der Arbeitgeber bei Bereitstellung vieler Dienste, wie bspw. einer Trainingsplattform, seinerseits der Pflicht den Mitarbeiter ordnungsgemäß zu schulen und für seine spezifische Arbeitsleistung im Unternehmen zu sensibilisieren. Der Arbeitgeber erfüllt hierdurch Sorgfalts- und Fürsorgepflichten gegenüber seinen Arbeitnehmern. Die Nachverfolgung und Einsehbarkeit von bereits absolvierten Trainingseinheiten lässt sich meist nur durch Schreiben von Cookies bewerkstelligen.

Der Schutz der Privatsphäre des einzelnen Mitarbeiters (§ 25 I S. 1 TTDSG) unterliegt unserer Auffassung nach den bestehenden Sorgfalts- und Fürsorgepflichten des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern. Eine einzuholende Einwilligung des jeweiligen Mitarbeiters vor der Nutzung entsprechender Services könnte damit wohl auch schwer als freiwillig gewertet werden. Die Einordnung des Arbeitgebers als Endnutzer wäre somit auch nicht unbillig.

3. räumlicher Anwendungsbereich - S.5 (Ziff. II 1b)

In diesem Abschnitt geht es um den räumlichen Anwendungsbereich. Danach gilt das TTDSG u.a. für Unternehmen, die eine Niederlassung im Geltungsbereich des TTDSG haben. Auch hier wäre eine Klarstellung wünschenswert, ob eine Niederlassung alleine tatsächlich genügt auch wenn die Waren ausschließlich auf einem anderen Markt bereit gestellt werden. Dies wäre anhand der Formulierung „oder“ anzunehmen, in der folgenden Konstellation aber z.B. zu hinterfragen: Unternehmen X mit Sitz in Asien, betreibt eine Webseite nur für den asiatischen Markt da auch die Kunden/der Absatzmarkt nur in Asien relevant ist. Dieses Unternehmen betreibt lediglich eine Niederlassung, z.B. eine Einkaufsgesellschaft in Deutschland. Dann wäre nach § 1 Abs. 3 TTDSG für das Unternehmen X mit Sitz in Asien und dessen Webseite das deutsche TTDSG anwendbar. Dies scheint in der Praxis nicht sachgerecht. Wir halten daher eine Anpassung für erforderlich.

4. Speicherung und Zugriffe - S. 7 Abs. 2, 3 OH DSK

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-Gerätekennungen, 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.

Stellungnahme DSK Orientierungshilfe TTDSG

Seite 5|28

Die meisten Websites sind mithilfe von CMS und Plugins erstellt, die automatisch Speicherungen und Zugriffe verwalten und wo regelmäßig mehrere Updates durchgeführt werden müssen. Wie genau diese Vorgänge funktionieren und wie sie sich im Laufe dieser Updates verhalten, sowie wie die Zugriffe oder Speicherungen von Informationen sich ändern, ist meistens nicht mal für Webdesigner ersichtlich. Dazu kommen die Updates ziemlich oft. Bei einer Menge von Plugins, die Funktionalität einer Website verbessern (z. B. Kontaktformular, Einwilligungsbanner, Videos, Sildeshows, Datei-Downloads usw.) und eine Anzahl von eingebundenen Plugins und regelmäßigen Updates, ist es mit sehr großem Aufwand verbunden die Speicherungen und Zugriffe zu kontrollieren. Für ein Kleinunternehmer, der selbst eine Website mit einem CMS erstellt hat, wäre es umso schwieriger. Grundlegend fordern die europäischen Regelungen auch die Machbarkeit der Umsetzung für KMUs. Die sich daraus ableitbaren Aufwände dürften aber kaum realisierbar sein. Wenn die Updates bereits durchgeführt wurden, wird es nicht möglich sein für jeden Benutzer sowohl alte als auch neue Versionen von Plugins und CMS gleichzeitig bereitzustellen. Auf Updates komplett zu verzichten, wird jedoch zu Problemen bei der Funktionalität der Websites führen und kann daher auch nicht das angestrebte Ergebnis sein.

5. Diensteanbieter - S. 4 Ziff. II 1a)

Positiv zu vermerken ist die Feststellung der DSK, dass die unterschiedliche Formulierung – „...die Definition in § 2 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG weicht in der Formulierung etwas von der Definition des „Diensteanbieters“ gemäß § 2 Nr. 1 TMG ab...“ - die Gefahr neuer Rechtsunsicherheiten birgt. Dieser Bewertung stimmen wir zu. Ebenso macht die Erweiterung des Adressatenkreises um mitwirkende Personen eine rechtliche Beurteilung in der Praxis noch komplexer. Die Differenzierung ist aus der Gesetzesbegründung nicht ersichtlich, ebenso ist diese gemäß EU-Recht nicht herleitbar. Die Orientierungshilfe sollte hier Lösungswege aufzeigen und darauf hinwirken, dass der entsprechende Absatz aus dem TTDSG gestrichen wird.

6. cookieless tracking - S. 8, OH DSK

Der Abschnitt zum cookieless Tracking auf Seite 8 ist zu knapp. Hier sollte auf weitere Beispiele eingegangen werden, die nicht unter das TTDSG fallen (z.B. SDK oder Apps, die Daten an Server sendet).

Informationen z. B. Bildschirmauflösung oder Betriebssystem werden automatisch ausgelesen und sind notwendig für die richtige Darstellung einer Website. Laut DSGVO ist es notwendig und kann mit Art. 6 Abs. 1 lit. f begründet werden. Ist im Fall vom TTDSG eine Einwilligung erforderlich?

Es ist problematisch abzugrenzen, ob die gesammelten Informationen zur richtigen Darstellung einer Website verwendet werden oder für Auswertungszwecke. Im Kontext von Webseiten finden viele Datenübermittlungen technischer Natur statt, wobei es oft schwer bis unmöglich ist, alle zu erkennen und zu prüfen. Sie sind notwendig für die Funktionalität und Benutzerfreundlichkeit einer Website. Dabei entstehen folgende Probleme:

1. Umsetzbarkeit
2. Unübersichtlichkeit für den Nutzer (Aufgrund einer großen Menge von Informationen und technische Natur der Informationen)
3. Im Fall, dass der Nutzer einfach alles ablehnen möchte, ohne sich genau zu informieren, kann es dazu führen, dass die Website nicht verfügbar wird oder die Funktionalität der Website sehr begrenzt ist.

Vorschlag: eine klare Grenze zwischen gezielter Auswertung von Benutzer-Verhalten und den technischen Vorgängen zu definieren. So dass die gezielte Speicherung und Zugriff auf Informationen seitens Websitebetreiber für die Auswertungszwecke einwilligungspflichtig ist und solche Zugriffe auf Informationen, die die Funktionalität und Benutzerfreundlichkeit sicherstellen, nicht.

An dieser Stelle sind auch eindeutige Bestimmungen der Begrifflichkeiten, insbesondere des „Zugriffs“ nötig. So ist bei Techniken, bei denen ein Tracking anhand der Header-Informationen, die ohnehin übermittelt werden, nicht klar, ob es sich um einen Zugriff gemäß TTDSG handelt. Diese Daten werden nicht gezielt durch Endnutzer:innen, sondern zwangsläufig bei jedem Request übermittelt. Gemäß OH handelt es sich hier nicht um einen Zugriff, es sei denn diese Informationen werden **aktiv ausgelesen** und für die Erstellung eines Fingerprints übermittelt. Eine Unschärfe besteht nun darin, wie eng die Begriffe „aktiv“ und „Auslesen“ auszulegen sind. Bei einigen Tracking-Techniken mittels JavaScript wird die Webseite durch das JavaScript im Rahmen eines XHR Objekts aufgebaut. Das JavaScript erhält unweigerlich die Headerinformationen, allein schon um die Website aufzubauen, so dass weder die Beschreibung „aktiv“ noch das „Auslesen“ zutreffend zu sein scheinen. Zudem stellt sich erst hierdurch die Frage, ob die Header-Informationen demnach grundsätzlich nicht dem TTDSG unterliegen. Eine Klarstellung der Definition des Zugriffs ausgehend vom Zweck ist daher aus unserer Sicht notwendig. Hierzu gehört auch die Frage, wie mit den automatisch übermittelten Headerinformationen entwickelten Logfiles umgegangen wird, ob diese vom Anwendungsbereich ausgenommen sind oder über die Ausnahme nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG gerechtfertigt werden.

Ferner ist auch die Frage, ob es sich um „Fingerprinting“ handelt, auch in einigen Fällen nicht eindeutig. Beispielsweise in Fällen, in denen zwar eine eindeutige online ID erstellt wird (z.B. ein Hash-Wert), die aber von mehreren Betroffenen geteilt wird, die also sozusagen gepoolt ist. Eine Identifizierbarkeit der Betroffenen könnte sich jedoch durch

die zusätzlich übermittelten Header-Informationen ergeben. Insoweit sollte eine Konkretisierung bezüglich der Anforderungen an ein Fingerprinting erfolgen.

Aus Erfahrung sind nicht alle Webdesigner mit HTML und CSS vertraut und für kompliziertere Vorgänge wie Prüfung von JavaScript-Codes sind Developer notwendig. Nicht jedes Unternehmen hat die Kapazitäten für die Überwachung und ggf. Anpassung solche Vorgänge.

Wir möchten außerdem auf die Differenz zum Abschnitt zur Reichweitenmessung hinweisen. In dieser Definition hier wird die automatische Übermittlung von Verbindungsdaten aus dem Anwendungsbereich herausgenommen, was konsequent und logisch ist. Darunter fielen dann Verbindungsdaten etwa zum Einbinden von Bildern oder generell zum Webhostingserver. Wenn das so ist, wären denklogisch auch die Logfiles, die aus diesen Verbindungsdaten entstehen, außerhalb des Anwendungsbereichs. Dann wäre auch eine Nutzungsanalyse anhand der Logfiles nicht im Anwendungsbereich. Seite 24 jedoch erwähnt Logfiles plötzlich in den Ausnahmen. Hier sollte man nachhaken und vertreten, dass Logfiles außerhalb des Anwendungsbereichs sind, weil sie aufgrund der automatisch übermittelten Verbindungsdaten entstanden (ohne Skripte, Pixel, Cookies, o.ä.)

7. Bündelung von Einwilligungen - S. 9 Abs. 3 OH DSK

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 Handlung erteilt werden. 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, 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.

Soll es eine granulare Auflistung aller Verarbeitungsvorgänge nach DSGVO und ebenso eine detaillierte Auflistung nach TTDSG auf einer Ebene erfolgen? Allein die Auflistung von Cookies ist unseres Erachtens nicht möglich auf einer Ebene zu platzieren, aufgrund der Menge an Informationen. Sollten dazu alle Scripts, Webstorage-Objekte usw. aufgelistet werden, kann es dazu führen, dass die Einwilligungs-Banner sehr umfangreich und am Ende unübersichtlich für den Benutzer werden und die Website überdecken (besonders auf mobilen Geräten). Dem Transparenzgebot wäre damit wahrlich nicht gedient.

Zugunsten der Transparenz sollte die OH Telemedien 2021 herausstellen, dass es auf erster Ebene ausreichend ist, über die (auch zusammengefassten) Zwecke der Verarbeitung und die verschiedenen Vorgänge nach TTDSG und DSGVO zu informieren. Darüber hinausgehende detaillierte Informationen über einzeln eingesetzte Tools und die einzeln gespeicherten Cookies und Webstorage-Objekte können der Übersichtlichkeit halber und auch im Interesse der Besuchenden auf zweiter Ebene und/oder in der Datenschutzerklärung aufgeführt werden. Ausgehend von den Erwägungen des Art. 7 DSGVO sollte die Einwilligungserklärung verständlich und in klarer Sprache erfolgen. Eine Überfrachtung mit Informationen erfüllt dieses Ziel nicht.

Bedeutet dies nicht auch für Unternehmen, dass sie zu einem Zeitpunkt, zu dem noch gar nicht klar ist, was der Kunde möchte, auch die datenschutzrechtliche Einwilligung zu allen (noch nicht unbedingt klaren) Verarbeitungsprozessen einholen zu müssen?

8. Informationsbereitstellung - S. 11 f.

Seite 11 oben: Was bedeutet „Einwilligung der Personen die objektiv die Endeinrichtung nutzen“? Genügt die Einwilligung einer Person, die die Endeinrichtung nutzt für alle Nutzer dieser Endeinrichtung? Auf die im Markt vorhandene Produkt- und Dienstleistungsvielfalt nimmt die Praxishilfe bisher zu wenig Bezug. Hierdurch bleiben verschiedene, in der Praxis hochrelevante Fragen offen:

Was ist, wenn ein Gerät von mehreren Nutzern abwechselnd genutzt wird? Ob an einem Tablett oder Notebook Person A, die bereits eingewilligt hat, sitzt oder Person B, die noch nicht eingewilligt hat, kann nicht differenziert werden.

„Anbieter:innen von Telemedien, die ihre Datenschutzinformationen 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.“ (S. 12)

Die OH Telemedien 2021 sollte klarstellen, ob und warum eine gesetzliche Pflicht besteht, die konkrete Regelung zur Einholung der Einwilligung aufgrund des Umsetzungsgesetzes der ePrivacy-Richtlinie anzugeben. Stattdessen sollte die OH Telemedien 2021 klarstellen, dass die Paragraphen aus dem TTDSG nicht zitiert, sondern allenfalls im Grundsatz ausgehend von der ePrivacy-Richtlinie beschrieben werden sollte, also ob ein Zugriff oder eine Speicherung einwilligungspflichtig oder unbedingt erforderlich ist. Eine Nennung der nationalstaatlichen Regelung würde die Transparenz nicht erhöhen. **Und sie ist auch keine gesetzliche Anforderung aus der ePrivacy-RL oder dem TTDSG selbst. Daher sollte die Nennung der entsprechenden Regelung nach dem TTDSG aus der Orientierungshilfe gestrichen werden.**

9. Wirksamkeit der Einwilligungen - S. 13 Ziff. III 2d)

Die pauschale Forderung der DSK geht zu weit:

„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...“

Das bringt die Sache mit sich, dass eine Akzeptanz aller Cookies bzw. Trackingverfahren mit einem Klick, anders als eine Selektion gewünschter Cookies – eine genügend transparente Darstellung vorausgesetzt - schneller erklärt werden kann. Hier zusätzliche Hürden aufzubauen, um z. B. die Akzeptanz aller Cookies („Alles Akzeptieren“) im Verhältnis zu weiteren Handlungsoptionen weniger schnell zu machen, lässt sich rechtlich nicht herleiten und ist nicht praktikabel. Der Auswahlaufwand wird immer größer sein, auch wenn die entsprechende Option nicht nebulös ist.

Auf Seite 13 fordert die DSK konkret, dass die Ablehnung ohne Mehraufwand an Klicks gegenüber der Zustimmung möglich sein muss und fordert somit eine pauschale und generelle Ablehnmöglichkeit im ersten Layer. Dieser Form einer Ablehnmöglichkeit im ersten Layer muss widersprochen werden.

Gleichwohl ist anzuerkennen, dass die Diskussionen um Transparenz und Nutzerfreundlichkeit eine Gestaltung auf dem ersten Layer denkbar erscheinen lassen, die über die Gestaltung einer Schaltfläche neben der Einwilligungsschaltfläche auf beides - die Ablehnungs- sowie die Einstellungsmöglichkeit - direkt hinweist. Undifferenzierte Ablehnungsmöglichkeiten werden den komplexen und vielschichtigen Funktionalitäten auf einer Webseite nicht ausreichend gerecht. Durch den direkten Hinweis auf die Möglichkeit des Ablehnens unter einem solchen Button auf der zweiten Ebene würde zumindest erreicht, dass man den sich aus den aktuellen Diskussionen ergebenden Bedürfnissen am ehesten gerecht wird.

i. Anderen EU-Datenschutzbehörden genügt, dass in einem zweiten Layer eine solche undifferenzierte Ablehnmöglichkeit vorhanden ist.

Die irische Datenschutzbehörde führt z.B. aus (in der Guidance Note „Cookies and other technologies“ vom April 2020, abrufbar unter <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2020-04/Guidance%20note%20on%20cookies%20and%20other%20tracking%20technologies.pdf>, Seite 10):

„If you use a cookie banner or pop-up, you must not use an interface that ‘nudges’ a user into accepting cookies over rejecting them. Therefore, if you use a button on the banner with an ‘accept’ option, you must give equal prominence to an option which allows the user to ‘reject’ cookies, or to one which allows them to manage cookies and brings them to another layer of information in order to allow them do that, by cookie type and purpose.“ Auch die spanische Datenschutzbehörde hat in ihrer „Guía sobre el uso de las cookies“ aus dem Juli 2020 (abrufbar unter <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-07/guia-cookies.pdf>, Seite 20 ff.) ausreichen lassen, dass der Nutzer erst in der zweiten Ebene die Möglichkeit hat, Cookies abzulehnen.

Stellungnahme DSK Orientierungshilfe TTDSG

Seite 11|28

Es muss hier eine europäisch einheitliche Linie geben, die von der EPDB Cookiebanner Task Force vorgegeben werden muss.

Eine mehrschichtige Einholung von Einwilligungen („layered approach“) wird vom EDSA anerkannt und empfohlen (vgl. Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, V.1.1 Rn. 69.) Die Annahme, eine Einwilligung, die hinsichtlich der Einzelheiten von auf der ersten Banner-Ebene im Sinne der geforderten Kürze und Knappheit naturgemäß abstrakter formulierten Begrifflichkeiten auf eine zweite Ebene verweist, sei unwirksam, ist daher rechtlich nicht haltbar. Sie ist auch nutzerunfreundlich, weil Nutzer kurze abstrakte Beschreibungen auf erster Ebene mit Detaillierungen auf zweiter Ebene eindeutig bevorzugen (vgl. Studie der ConPolicy GmbH im Auftrag des BMJV, Innovatives Datenschutz-Einwilligungsmanagement, Abschlussbericht, S. 107).

Erwägungsgrund 32 S.6 „präzisiert die Vorgaben der Einwilligung“ nicht. Denn Erwägungsgründe sind rechtlich unverbindlich (EuGH, Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, Rn. 54 – Nilsson; EuGH, Urt. v. 24.11.2005 – C-136/04, Rn. 32 – Deutsches Milch-Kontor). Im Übrigen liegt in dieser Konstellation nach Ansicht des EDSA keine „unnötige“ Unterbrechung des Dienstes vor, wenn damit die Wirksamkeit der Aufforderung zur Einwilligungserteilung sichergestellt wird (Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, V.1.1 Rn. 82).

Um nicht nur destruktiv zu sagen, was nicht geht, könnte hier im Sinne einer echten Orientierungshilfe konstruktiv vorgeschlagen werden, das Banner mit einer „Schließen“-Funktion (X rechts oben in der Ecke oder eine zusätzliche entsprechend beschriftete Schaltfläche) zu versehen. Diese Funktion hätte die Aussage „leave me alone“ und würde dem Nutzer ermöglichen, im Moment keine Entscheidung zu treffen. Beim nächsten Besuch der Website könnte aber – anders als bei einer Ablehnungsentscheidung – erneut nach einer Einwilligung gefragt werden. Dies würde dem Privacy-by-design-Gedanken (Art. 25 DSGVO) oder auch dem Fairness- und Treu- und Glauben-Prinzip gemäß Art. 5 DSGVO Rechnung tragen. Diese Bestimmungen sind ohnehin besser geeignet, um die Unzulässigkeit von Gestaltungen zu begründen, in denen auf erster Ebene nur eine Zustimmung erklärt werden kann, als die Argumentation mit angeblich mangelnder Freiwilligkeit oder Eindeutigkeit der Einwilligung. Denn wer aus bloßer Faulheit oder aus Desinteresse seine Zustimmung erklärt, erweist sich als nicht schutzwürdig und seine Einwilligung bleibt freiwillig und eindeutig (vgl. OLG Frankfurt/Main, Urt. v. 17.12.2015 – 6 U 30/15).

Es muss hier eine europäische Linie geben, die von der EDPB Cookiebanner Task Force vorgegeben werden muss.

Die Nutzer dürfen außerdem nicht unterschätzt werden. Den Nutzer überfordert es grundsätzlich nicht und er wird auch nicht in die Einwilligung gedrängt, wenn er im ersten Layer die Ablehnmöglichkeit wahrnehmen und gegebenenfalls im zweiten Layer auf ablehnen klicken kann, wenn ihm das im Cookiebanner transparent erklärt wird. Die Einwilligung ist immer noch freiwillig. Verschiedene Praxisfälle mit entsprechenden Erläuterungen sollten hier in die Orientierungshilfe aufgenommen werden.

Außerdem müssen weitere rechtliche Argumente berücksichtigt werden: Art. 7 Abs. 3 DSGVO fordert ausdrücklich nur, dass der Widerruf der Einwilligung (nicht: die Ablehnung der Einwilligung) genau so einfach sein muss wie die Erteilung der Einwilligung. Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme v. 26.3.2021 (BR-Drs. 163/21) einen dritten Absatz, in dem zwei Schaltflächen gefordert werden, vorgeschlagen („Mit § 24 Absatz 3 TTDSG-E wird dem Anbieter der Website beziehungsweise der CMP aufgegeben, in Fällen des § 24 Absatz 1 TTDSG-E zumindest zwei Schaltflächen anzuzeigen, mit deren Betätigung der Endnutzer in die Verwendung optionaler Cookies mit nur einer Handlung einwilligen oder diese ablehnen kann.“). Dieser dritte Absatz hat es aber nicht in das TTDSG geschafft.

10. S.14. (Bestimmtheitsgebot IT-Sicherheitszwecke), sowie S 16

Hinsichtlich der Ausführungen zu den Begrifflichkeiten „Verbesserung der Erfahrungen des Nutzers“, „Werbezwecke“, „IT- Sicherheitszwecke“ oder „zukünftige Forschung“ halten wir weitere Ergänzungen für erforderlich:

Soweit die genannten abstrakten Begrifflichkeiten auf zweiter Ebene erläutert werden, liegt im Sinne des „layered approach“ kein Verstoß gegen das Bestimmtheitserfordernis (Einwilligung für den bestimmten Fall) vor (siehe Anmerkungen oben). Im Übrigen sollte sich die DSK die Frage stellen, ob der Ruf nach noch mehr Granularität der Einwilligung opportun ist, wenn gleichzeitig Zweckeinwilligungen oder abstrakte Ex-ante-Einwilligungen als einzige Auswege aus der viel beschworenen – und durch zu strikte Auslegung des Granularitätserfordernisses verursachten – „consent fatigue“ bewertet werden (vgl. Stiemerling/Weiß/Wendehorst, Forschungsgutachten zum Einwilligungsmanagement nach § 26 TTDSG v. 16.12.2021).

Hier wird eine Konkretisierung durch die DSK angeregt, was aus Sicht der DSK tragfähig ist und wie legitime Zwecke, die Ziele einer statistischen Nutzungsauswertung zur Produktverbesserung, Ziele der werblichen Information oder auch die IT-Sicherheitszwecke gut formuliert sein könnten bzw. was Beispiele sind.

Bitkom Forderung: eine generische Lösung muss möglich sein, sonst entsteht ein Überfluss an Informationen. Dies widerspricht auch Art 13, 14 DSGVO.

11. S. 14 (gleichwertige Gestaltungsmöglichkeiten)

Auf Seite 14 wird nicht klar erläutert, wie die gleichwertigen Gestaltungsmöglichkeiten aussehen müssen. Es muss klargestellt werden, dass für die Annehmen- und Ablehnoptionen keine identischen Buttons verwendet werden müssen. Loy/Baumgartner erläutern zu Recht in ZD 2021, 404: „In der DS-GVO finden sich keine Vorgaben zur grafischen Gestaltung einer Einwilligung. Daraus ergeben sich Spielräume. Eine pauschale Beurteilung ist daher nicht möglich. Vielmehr bedarf es einer Einzelfallbetrachtung. Sofern eine Wahlmöglichkeit noch erkennbar und auch tatsächlich möglich ist, wird dabei von einer freiwilligen Einwilligung auszugehen sein.“ Die italienische Datenschutzbehörde lässt (in Guidelines on the use of cookies and other tracking tools vom 9. Juni 2021, abrufbar unter <https://www.gpdp.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9677876#english>) eine „X“-Schaltfläche am oberen rechten Ende des Cookiebanners ausreichen, wenn die Effekte transparent erklärt werden. In der OH Telemedien 2021 sollte daher klargestellt werden, dass auch andere Designs als identische Buttons verwendet werden können.

12. S. 15, Ziff. III 2e) (layered approach)

Es muss möglich sein, 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 der User bereits im Banner für verschiedene Zwecke einwilligen kann, ist fraglich wie granular und differenziert jeder einzelne Verarbeitungszweck beschrieben werden kann, ohne nicht das Prinzip des layered approach und der Transparenz zu konterkarieren.

Stellungnahme DSK Orientierungshilfe TTDSG

Seite 14|28

Es stellt sich auch die Frage, ob dies die Betroffenen nicht überfordert. Es müssen sehr viele Informationen gelesen werden, bevor die Website genutzt werden kann. Gerade ein "layered approach" bietet ja die Möglichkeit, hier je nach Informationsbedürfnis des Kunden zu unterscheiden.

Die Ausführung der DSK bzgl. layered approach ist dahingehend missverständlich, ob die Vorgehensweise mit nachgelagerter, weiterführender Information auf nächster Ebene noch genügt. Auf Seite 15 wird konkret gefordert, dass die Zwecke im Cookiebanner erläutert werden müssen, wenn im Cookiebanner schon die Einwilligung eingeholt wird. Auf Seite 14, werden hohe Anforderungen an die Informationen zu den Zwecken angewendet. Allgemeine Anforderungen wie „Verbesserung der Erfahrungen des Nutzers“, „Werbezwecke“, „IT-Sicherheitszwecke“ reichen nicht aus. Es muss klar gestellt werden, dass es allgemeinere Zwecke im Cookiebanner ausreichen, wenn die Zwecke der einzelnen Cookies im zweiten Layer genauer erläutert werden. Alles andere würde den Cookiebanner überfrachten und keine Transparenz schaffen.

Eine Klarstellung wäre hilfreich, was insoweit aus Sicht der DSK eine zulässige Gestaltung wäre. Außerdem sollte die Orientierungshilfe klarere Wege aufzeigen, welche Gestaltungen/Beschreibungen in der Praxis tatsächlich zulässig sind.

13. Freiwilligkeit - S. 16 Abs. 2 OH DSK

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.

Wenn für eine Auflistung aller Vorgänge nach TTDSG und DSGVO eine zweite Ebene nötig ist, sollen sich dann die Buttons (Akzeptieren, Ablehnen) ebenso erst auf der zweiten Ebene befinden?

Wie wäre es möglich zu vermeiden, dass es ein Zwang besteht, in dem ein Banner die komplette Website oder Teile davon überdeckt?

Ein Einwilligungsbanner muss alle Cookies und weitere Speicherungen oder Zugriffe auf gespeicherte Objekte auf einer Ebene granular beschreiben. Bei den meisten Websites wird es zu umfangreichen Auflistungen führen. In dem Fall ist es unvermeidbar, dass ein Banner die Website teilweise oder komplett überdecken wird, besonders wenn alles auf

einer Ebene platziert werden muss. Noch viel problematischer wird es eine Website auf dem Handy aufzurufen. Das Einwilligungsbanner wird die Website nicht nur überdecken, sondern die Benutzer werden gezwungen ganz lang zu scrollen bevor sie Akzeptieren/Ablehnen anklicken können.

Es muss möglich sein die Banner mehrschichtig zu gestalten oder nur die wichtigsten Punkte auf erster Ebene sichtbar zu machen.

14. Freiwilligkeit und Zwang zur Entscheidung - S. 17, 18

Auf Seite 18 führt die DSK aus: *„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.“*

Diese Aussage steht im Widerspruch zur Aussage des EDSA, dass NutzerInnen zur Sicherstellung der Wirksamkeit der Einwilligung zu einer Entscheidung aufgefordert werden dürfen (Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, V.1.1 Rn. 82) und auch zur eigenen Aussage der DSK (oben Seite 13), wonach einer derartige Gestaltung zulässig sei, wenn NutzerInnen „ihre Ablehnung zumindest ohne Mehraufwand an Klicks (gegenüber der Zustimmung) äußern können“. Sie steht zudem im Widerspruch zur eigenen Aussage der DSK auf Seite 29, dass nur Impressum und Datenschutzhinweise vom Einwilligungsbanner nicht verdeckt werden dürfen.

Auf Seite 18 der Orientierungshilfe folgt außerdem wieder eine Einschränkung der auf Seite 17 absolut erklärten Unzulässigkeit der mangelnden Möglichkeit, keine Entscheidung treffen zu müssen, dahingehend, dass der Mehraufwand für eine Ablehnung entscheidend sei. Diese Ausführungen sind daher keine Orientierungshilfe, sondern führen aufgrund des Hin und Her zur Desorientierung der LeserInnen.

15. Verarbeitungsgrundlagen - S. 19 Abs. 4 OH DSK

Die Orientierungshilfe verweist an verschiedenen Stellen auf die alte Orientierungshilfe von 2019. Die Orientierungshilfe aus dem Jahr 2019 nennt jedoch kein positives Beispiel, in welchen Fällen die Datenverarbeitung im Online-Kontext auf eine Interessenabwägung nach Art. 6 I f. DSGVO gestützt werden kann. An dieser Stelle muss die Orientierungshilfe verbessert werden.

Das TTDSG (§ 25 TTDSG) regelt nicht (nur) personenbezogene Daten, sondern generell "Informationen", die auf dem Endgerät des Nutzers gespeichert oder ausgelesen werden. § 25 Abs. 1 Satz 1 TTDSG schreibt vor, dass "Endnutzer" entsprechende Informationen gemäß der Verordnung (EU) 2016/679 erhalten sollen. Es ist unklar, ob und inwieweit sich diese Informationspflicht auch auf Informationen erstreckt, die keine personenbezogenen Daten enthalten, oder ob diese Informationen nur dann erteilt werden müssen, wenn eine Einwilligung erforderlich ist. Die Orientierungshilfe schweigt zu dieser Frage.

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.

Müssen die notwendigen Cookies und weitere Vorgänge, die für die Funktionalität einer Website verantwortlich sind, neu bewertet und beschrieben werden? Für CMS und damit verbundene Plugins kann es problematisch werden, besonders, wenn diese Funktionen angepasst werden müssen.

Wir halten hier weitere Konkretisierungen und Praxisbeispiele zur Umsetzung für dringend erforderlich.

16. typische Funktionen und Datenverarbeitungen - S 21, Ziff 3b) aa)

„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. 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...“

Die Unterscheidung zwischen diensttypischen Basisfunktionen, die Nutzer stets wünschen, und situativ initialisierten Zusatzfunktionen, die nur einzelne Nutzer individuell wünschen, ist praxisfern. § 25 TTDSG macht keine modularen Gestaltungsvorgaben, dass künftig Telemediendienste nach dem Baukastenprinzip modular zur Verfügung zu stellen sind. Der Ausführung der DSK (insb. zu „invasiven Datenverarbeitungen“) kann entgegengesetzt werden, dass es bei § 25 TTDSG per se nicht auf die Verarbeitung von pbD ankommt. Maßgeblich ist vielmehr, ob ein Zugriff auf Informationen in bzw. die Speicherung von Informationen auf Endeinrichtungen unbedingt erforderlich ist, damit TM-Anbieter dem Nutzer den ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen können. So schreibt die DSK selbst weiter oben (s. unter b) auf Seite 19): „...Die unbedingte Erforderlichkeit von Speicher- und Auslesevorgängen ist in Bezug auf den konkret von der Endnutzerin oder dem Endnutzer gewünschten Telemediendienst zu prüfen.“ Die DSK sollte in Ihrer Orientierungshilfe auch auf die Möglichkeit/Frage eingehen, ob auch eine vertragliche Vereinbarung einen "ausdrücklichen Wunsch" darstellt, einen Dienst in Anspruch zu nehmen. Dies würde insbesondere für anmeldepflichtige Dienste in der Praxis zu mehr Rechtssicherheit beitragen.

Nachgelagerte Datenverarbeitungen müssen den Anforderungen der DS-GVO gerecht werden. Damit wird den Rechten betroffener Personen hinreichend Rechnung getragen. Den Umfang eines Telemediendienstes zu bestimmen ist auch Ausdruck der unternehmerischen Freiheit, welche gemäß Art. 16 GrCh geschützt ist. Dem wird in der OH nicht hinreichend Beachtung geschenkt.

Stellungnahme DSK Orientierungshilfe TTDSG

Seite 18|28

Dass die Differenzierung am Lebenssachverhalt vorbei geht, zeigt auch das von der DSK angeführte Beispiel Webshop. Zieht man den Vergleich zur analogen Welt, gehört ein Einkaufswagen für den Kunden bei Betreten eines Supermarktes ebenso zum „Basisangebot“ dazu (vgl. „...nutzerorientierte Zusatzfunktionen, durch die der Basisdienst unterstützt wird, wie beispielsweise die Einkaufskorbfunktion bei Online-Shops“), unabhängig davon, ob der Kunde etwas in den Wagen legt oder nicht. Zu argumentieren, Einkaufswagen oder Kassensbereich seien Zusatzdienste, erscheint praxisfremd. Denn dem Besucher geht es in der Regel nicht darum, nur im Supermarkt zu flanieren, er möchte dort Lebensmittel erwerben. Auf den Zeitraum der Nutzung von Zusatzdiensten abzustellen (vgl. S. 21), ist insoweit auch nicht hilfreich, da insb. die Bezahlung Grundelement eines Einkaufsprozesses ist.

Dem gesetzlichen Fokus der Regelungen sollte hier besser Rechnung getragen werden und die Auffassung dahingehend nochmal überprüft werden.

17. unbedingte Erforderlichkeit - S. 22 Abs. 3 OH DSK

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

Das TTDSG macht die „Erforderlichkeit“ nicht von einer unbedingten technischen Komponente abhängig. Die spanische AEPD geht etwa davon aus, dass es keiner Einwilligung bedarf, wenn Präferenz- oder Personalisierungs-Cookies verwendet werden. Dies sind Cookies, die es ermöglichen, sich Informationen zu speichern, damit die Nutzer unter bestimmten Bedingungen auf den Dienst zugreifen können, die sie von anderen Nutzern unterscheiden, wie z.B. die Sprache, die Anzahl der anzuzeigenden Suchergebnisse, das Aussehen oder der Inhalt des Dienstes je nach dem Browser, über den oder die Region, von der aus der Zugriff erfolgt usw.

(<https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-09/guia-cookies-en.pdf>, S. 12). Derartige Personalisierungen des Dienstes werden in der Praxis oft im Zusammenhang mit einem

Stellungnahme DSK Orientierungshilfe TTDSG

Seite 19|28

Nutzungsvertrag hinsichtlich des Dienstes stehen, etwa wenn ein Nutzer das „Look & Feel“ seines Accounts für ihn passend einrichten möchte. Um dem Nutzer diese Personalisierung im Rahmen der vertragsgemäßen Nutzung zu erlauben, ist es erforderlich, bestimmte Cookies einzusetzen. Zwar mögen diese Cookies auch technisch erforderlich sein; ihr Einsatz ist daneben aber ebenso erforderlich, um eine vertragliche Leistung (Bereitstellung der Plattform wie vom Nutzer gewünscht) zu erbringen.

Auch der LfDI Baden-Württemberg erkennt ausdrücklich bei dem „Wunsch“ des Nutzers die vertragliche Leistungsebene als Faktor an, die im Rahmen des Merkmals „ausdrücklich gewünscht“ zu berücksichtigen ist. *„Letztlich muss es der Porsche AG auch nach Inkrafttreten des TTDSG weiterhin möglich sein, ihren Kund_innen **gebuchte Connect-Dienste** und das Fahrzeug mit **all seinen erworbenen Funktionalitäten** bereitzustellen. Dies **entspricht auch dem Kund_innenwunsch und ist damit als „ausdrücklich erwünscht“** im Sinne des Gesetzes anzusehen.“* (Quelle: <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/lfdi-porsche-ttdsg/>).

Das Merkmal „unbedingt erforderlich“ wird darüber hinaus 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. 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. Denn das Kriterium der Erforderlichkeit im Sinne der Vorschrift bezieht sich ausschließlich auf die Funktionalität des Telemediendienstes als solchen. Eine Ausnahme von der Einwilligungsbedürftigkeit 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. In FN 39 findet sich ein Verweis auf E-Privacy-RiL: "technische Speicherung oder Zugriff ... unverzichtbar .. um .. zu ermöglichen": das ist weiter, als die Kommentierung in der OH an dieser Stelle, nach der wirtschaftliche Erwägungen in Gänze ausgeschlossen sein sollen und widerspricht auch den Ausführungen unter S. 31, nach der Reichweitenmessungen in bestimmten begrenztem Umfang möglich sein können („Stichwort Schaufensterzählung“) Auslegung E-Privacy-Auszug aus unserer Sicht: Wenn nicht mal beurteilt werden kann, ob man Kunden überhaupt erreicht, kann das dazu führen, dass der Zugriff unverzichtbar ist, um den Dienst weiter zu ermöglichen (da nur so klar ist, ob es überhaupt „ankommt“).

Die technische Erforderlichkeit kann regelmäßig nicht klar abgegrenzt werden und schlägt insbesondere auch auf die wirtschaftliche Erforderlichkeit durch, etwa bei Diensten zur Personalisierung oder Mediendiensten zum Auspielen personalisierter

Werbung. Zudem sollte die Orientierungshilfe idealerweise auch die vertragliche Erforderlichkeit mit berücksichtigen z.B. lizenzpflichtige eingebundene Schriftarten.

„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.“

Wir halten eine Anpassung der Orientierungshilfe aus den vorgenannten Erwägungen für erforderlich, insb. um folgende Konstellationen abzubilden und hierzu eine Orientierung zur Umsetzung in der Praxis zu geben:

- Provisionen müssen über Statistiken abrechenbar sein. Dies entspricht einer breiten gelebten Praxis und vielen Geschäftsmodellen und ist daher zwingend erforderlich für den Webseitenbetrieb. Regelung des Datenschutzes über den Zweck möglich. Einheitlichkeit der Rechtsprechung in Europa: Vgl. CNIL.
- Grundfunktionen des Shops sind weiter zu interpretieren und sollten von Anfang aktiviert sein dürfen.
- Statistiken zu den konsultierten Inhalten müssen möglich sein. Dies ist zwingend erforderlich für den Betrieb einer Webseite. Die Webseite dient ja vorrangig der Platzierung von Inhalten. Dies ist essentielles Kernanliegen einer Webseite. Einheitlichkeit der Rechtsprechung in Europa: Vgl. CNIL. Analoge Argumentation zu Reichweitenmessungen. In jedem Fall sollten Nutzungsanalysen aufgrund der ohnehin anfallenden Verbindungsdaten und den daraus entstehenden Logfiles (= passives Fingerprinting), auch mit Wiedererkennung von Tages-Besuchenden über die IP, im Rahmen einer aggregierten Auswertung zulässig sein.

18. Cookies mit Zusatzfunktion - S. 23 Abs. 2 OH DSK

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. Eine regelmäßige Nutzung des Telemediendienstes durch bestimmte Endnutzer:innen kann grundsätzlich nur dann unterstellt werden, wenn es sich um einen anmeldepflichtigen Dienst handelt.

Bei dem Zugriff einer Website wird automatisch ein Cookie von dem Einwilligungsbanner eingesetzt, um die Auswahl des Benutzers zu speichern. Wenn der Benutzer untätig bleiben will oder das Banner schließen, ohne eine Auswahl zu treffen, dann heißt es, dass das Cookie nicht erforderlich ist und ebenso eine Einwilligung braucht?

Die Einwilligungsbanner, sowie Webshops sind meistens fertige Lösungen, die sich nicht so leicht anpassen lassen. **D.h. die Lösungen werden nicht im Unternehmen programmiert, welches diese benutzt. Es sind fertige Produkte. Zur Umgestaltung sind die Fachkräfte im Haus notwendig.** Nicht jeder Website- oder Webshop-Betreiber hat die technischen Fachkenntnisse und das Budget alles nach diesen Anforderungen zu gestalten. Ebenso werden vermehrt Webdesigner und Webagenturen damit Probleme haben.

Wir halten hier eine Anpassung zu einer verhältnismäßigeren Auslegung der DSK für erforderlich, vor allem vor dem Hintergrund der Wünsche und Bedürfnisse der Betroffenen.

Wenn jemand eine Website besucht und Waren in den Warenkorb legt, möchte dieser mit hoher Wahrscheinlichkeit noch in den nächsten Tagen diese Liste wieder aufrufen. Manche überlegen ein paar Tage, bevor sie insbesondere teurere Käufe tätigen.

Sie - wie von der DSK gefordert - faktisch damit zu konfrontieren, dass ihre Warenkörbe nach der Sitzung gelöscht werden, entspricht nicht der Erwartung der Betroffenen. Eine Speicherung von Warenkörbe für etwa eine Woche sollte sachgerecht sein.

19. S. 23 f. (Unique User ID)

Auf Seite 23 f. wird erläutert, dass die Speicherung einer Unique User ID für die Speicherung etwa von Einstellungen für Sprache oder Hintergrundfarbe sowie der Einwilligungen im Rahmen einer Consent Management Plattform grundsätzlich nicht erforderlich sei.

An dieser Stelle ist eine Differenzierung notwendig. Einerseits gibt es Telemediendienste, welche die Registrierung und Erstellung eines Accounts mit einer User ID ermöglichen (z.B. Webshops), und andererseits solche, welche diese Möglichkeit nicht anbieten und lediglich den Besuch des Dienstes ermöglichen (z.B. Unternehmenspräsenzen).

Bei Diensten mit Anmeldemöglichkeit ist es sachgerecht und wird von den Betroffenen auch erwartet, dass ihre Entscheidung hinsichtlich der Vorgänge nach TTDSG und DSGVO zusammen mit ihrer User ID im Account gespeichert werden. Betroffene erwarten, dass sie beim Aufrufen des Dienstes von verschiedenen Endgeräten und Browsers dieselben Einstellungen haben, wenn sie sich anmelden. Hier ist die Verknüpfung der User ID mit der Entscheidung zur Einwilligung unbedingt erforderlich.

Daneben muss auch unterschieden werden, ob zur Speicherung der Entscheidung zur Einwilligung eine Consent Management Plattform, ein Plugin, etwa über Wordpress, oder eigene Entwicklungen verwendet werden. Zwar ist theoretisch eine Speicherung der Einwilligung auch ohne Unique User ID möglich, etwa über ein Cookie, welches die Entscheidung mit „true“ oder „false“ festhält. Ob dies der Dokumentations- und Nachweispflicht nach Art. 5 Abs. 2 und Art. 7 DSGVO genügt, war bisher umstritten. Deshalb ist es zu begrüßen, dass die OH Telemedien 2021 an dieser Stelle betont, dass der Nachweis grundsätzlich auch durch die Beschreibung des Prozesses zur Einwilligungserteilung erbracht werden kann.

Allerdings darf an dieser Stelle die unternehmerische Freiheit nicht unberücksichtigt bleiben, sich für eine geeignete, funktionsfähige und wirtschaftlich vertretbare Consent Management Plattform zu entscheiden, welche die Einholung und Verwaltung der Einwilligungen übernimmt. Zudem ist die Frage der Dokumentation und Nachweisbarkeit der Einwilligung bisher nicht gerichtlich geklärt. Deshalb erscheint die Speicherung einer Unique User ID auch weiterhin im Rahmen der gesetzlichen Anforderungen angemessen. Der Abschnitt in der OH Telemedien 2021 sollte dahingehend differenzierter formuliert werden.

20. S. 24 f. (Reichweitenmessung)

Es ist nicht verständlich, warum die OH Telemedien 2021 keine konkreten Vorgaben für die Reichweitenmessungen macht, die als unbedingt erforderlich nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG angesehen werden können. Dies ist das am meisten diskutierte TTDSG-Thema derzeit. Unternehmen benötigen hier Klarheit, insbesondere auch, da es die umfangreichen Guidelines der CNIL gibt (<https://www.cnil.fr/fr/cookies-solutions-pour-les-outils-de-mesure-dauidience>). Diese geben klaren Vorgaben zum Einsatz von Tools zur Reichweitenmessung und geben praxistaugliche Anleitungen zur zulässigen Implementierung bekannter Dienste, wie Matomo und PIWIK Pro. Es ist unverständlich, warum die DSK nicht Kriterien wie die CNIL entwickeln kann, wonach jedenfalls eine Reichweitenmessung „light“ als unbedingt erforderlich angesehen werden kann.

Die Ausführungen zur nach der OH Telemedien 2021 wohl erlaubten Reichweitenmessung in Form einer reinen Zählung der Seitenaufrufe ist nicht geeignet, qualitative Aussagen über Geschäftsentscheidungen zur Anpassung und Optimierung von Telemediendiensten zu treffen. Es ist ein entscheidender Unterschied, ob dieselbe Person mehrmals oder verschiedene Personen einzeln bestimmte Seiten aufrufen oder Funktionen verwenden. Darüber hinaus ist es von enormer Bedeutung, über welche Endgeräte, mit welcher Auflösung, mit welchem Betriebssystem, mit welchem Browser, mit welchen Spracheinstellungen und aus welchen ungefähren geografischen Gebieten die Besuchenden auf den Telemediendienst zugreifen. Diese Informationen bieten in aggregierter Form eine wichtige Grundlage für zentrale Marketing- und Geschäftsentscheidungen und sind damit auch unbedingt erforderlich, um den Telemediendienst zu pflegen, weiterzuentwickeln und auf die Bedürfnisse der Besuchenden anzupassen.

Insofern sind die Äußerungen, dass allenfalls ein Aufrufzähler etwa anhand der Logfiles eingesetzt werden könnte, weder nachvollziehbar noch geeignet, diese Zwecke zu erreichen. Zudem widerspricht diese Ansicht der vorherigen Definition des Zugriffs (S. 8), der als gezielte und nicht vom Besuchenden veranlasste Übermittlung angesehen wurde, wobei die zwangsweise übermittelten Verbindungsdaten (z.B. IP-Adresse, URL, User-Agent-String, Sprache) nicht hierunter zählen sollten. Soweit diese Verbindungsdaten nicht in den Anwendungsbereich des TTDSG fallen, könnte man folgern, dass auch die daraus entwickelten Logfiles nicht dazugehören.

Der Abschnitt der OH Telemedien 2021 sollte grundlegend überarbeitet werden. Jedenfalls die Auswertung der automatisch übermittelten Verbindungsdaten für eine aggregierte Nutzungsanalyse (sogenanntes passives Fingerprinting) sollte ausdrücklich für unbedingt erforderlich angesehen werden. Im Zuge einer europäischen Harmonisierung sollten auch die aufsichtsbehördlichen Ansichten zur Auslegung der ePrivacy-Richtlinie nicht so weit voneinander abweichen, wie dies zwischen der OH Telemedien 2021 und den Guidelines der CNIL der Fall ist. Dies erzeugt ein erhebliches, auch wirtschaftliches, Ungleichgewicht zwischen den europäischen Mitgliedsländern. Die europäischen Aufsichtsbehörden sollten eine Harmonisierung der Auslegung der ePrivacy-Richtlinie anstreben.

21. § 26 Abs. 2 TTDSG

Hinsichtlich der Ausführungen zum § 26 Abs. 2 bleiben aus unserer Sicht bei der Orientierungshilfe einige Fragen offen: Wann wird das Verfahren zur Prüfung und Anerkennung von Einwilligungsbanner in Kraft treten und was passiert wenn keine anerkannt werden? Wir halten es für erforderlich, dass bestehende Standards erhalten, aber natürlich datenschutzcompliant weiterentwickelt werden. Die kürzlich veröffentlichte Entscheidung zum IAB TCF-Framework zeigt die Schwierigkeiten der Praxis auf, allen Anforderungen gerecht zu werden, selbst wenn mit viel Abstimmung und unter gemeinsamer Anstrengung an Lösungen gearbeitet wird. Das Potential von aus und mit der Praxis entwickelten Lösungen liegt jedoch auf der Hand. Seitens der Aufsichtsbehörden sollte Unterstützung gegeben werden, um die benötigte Rechtssicherheit herzustellen. Wir würden hier weitere Dialogformate und den aktiven Austausch zur Lösungsfindung sehr begrüßen.

22. S. 26 (CMP Anbieter)

Auf Seite 26 wird die Vermutung aufgestellt, dass ein CMP-Anbieter, der ein Cookie nutzt, das auch eine eindeutige Nutzerkennung verarbeitet, Endnutzerdaten nicht nur für den Zweck der Speicherung der Cookieentscheidung (als Auftragsverarbeiter), sondern auch für eigene Marketingzwecke verarbeitet. Diese Vermutung geht an der Praxis vorbei und muss gelöscht werden. CMP-Anbieter verarbeiten die Endnutzerdaten nur als Auftragsverarbeiter. Vergleichbare Vermutungen werden an anderen Stellen der OH Telemedien 2021 nicht aufgestellt. Es ist nicht klar, warum CMP-Anbieter hier so herausgestellt werden.

Die Orientierungshilfe vermischt hier die tatsächliche Möglichkeit, dass ein CMP-Anbieter neben der eigentlichen Funktion auch andere Tools anbietet mit der Funktionsweise von Drittanbieter-CMP, die üblicherweise einen Identifier speichern und die Einwilligung auf dem Server in der Datenbank ablegen.

Richtig ist, dass theoretisch für die Speicherung der Einwilligung (jedenfalls bei Diensten ohne Anmelde­möglichkeit) kein Identifier nötig ist und auch keine Speicherung auf dem Server. Die DSK formuliert, dass die Dokumentations- und Nachweispflicht mit der Erklärung des Einwilligungsprozesses erfolgen kann (vgl. S. 23). Dies ist grundsätzlich zu begrüßen und sollte zu einer Verschlankung bisheriger CMP führen.

23. S. 32, Fn 50 (Drittlandübermittlung)

Die Ausführungen betreffend der Drittstaatentransfers sind unvollständig und teilweise auch rechtlich nicht haltbar. Bei Auslegung der Norm unter Zuhilfenahme des Erwägungsgrund 111 DSGVO zeigt sich vielmehr, dass sich die Einschränkung der Anwendbarkeit der Norm auf nur „gelegentliche Übermittlungen“ nach dem Willen des Verordnungsgebers nur auf die anderen darin genannten Tatbestände beziehen soll, nicht aber auf die Einwilligung, die als Rechtsgrundlage auch für mehrfache Übermittlungen herangezogen werden kann: Datenübermittlungen sollten unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein, nämlich wenn die betroffene Person ihre ausdrückliche Einwilligung erteilt hat [Fall 1] oder wenn die Übermittlung gelegentlich erfolgt und im Rahmen eines Vertrags oder zur Geltendmachung von Rechtsansprüchen, sei es vor Gericht oder auf dem Verwaltungswege oder in außergerichtlichen Verfahren, wozu auch Verfahren vor Regulierungsbehörden zählen, erforderlich ist. Die Einwilligung nach Art. 49 I a DSGVO erfordert also mehr als die "normale" Einwilligung nach Art. 4 Nr. 11, Art. 6, 7 DSGVO. Zudem muss diese ausdrücklich erteilte Einwilligung vor der Übermittlung von Daten erteilt werden. Insofern ist es weder rechtlich noch gesellschaftlich nachvollziehbar, warum eine Person in solchen Fällen keine eigenverantwortliche Entscheidung treffen kann, solange die hohen rechtlichen Anforderungen des Art. 49 I a DSGVO erfüllt sind.

Der Abschnitt geht nicht darauf ein, ob die Standardvertragsklauseln nicht ausreichen, weil z.B. die Gepflogenheiten im Drittland den Datenimporteur an der Erfüllung seiner Pflichten gemäß der Standardvertragsklauseln nicht hindert, weil die Behörden im Drittland kein Interesse an Cookiedaten haben und es auch keine Präzedenzfälle für Zugriffe auf Cookiedaten gibt. Es ist auch nicht verständlich, warum die Einwilligung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a DSGVO als Rechtsgrundlage herangezogen werden kann, wenn der Nutzer bei jedem Aufruf der Website die Möglichkeit hat, seine Einwilligung zu widerrufen in der CMP.

Mit der Auslegung, dass personenbezogene Daten, die zur „...regelmäßigen Nachverfolgung von Nutzerverhalten auf Webseiten oder in Apps verarbeitet werden... grundsätzlich nicht auf Grundlage einer Einwilligung nach Art. 49 Abs. 1 lit. a DS-GVO in ein Drittland übermittelt werden (können).

Und der Auslegung, dass „Umfang und Regelmäßigkeit solcher Transfers ... regelmäßig dem Charakter des Art. 49 DS-GVO als Ausnahmenvorschrift und den Anforderungen aus Art. 44 S. 2 DS-GVO.50 (widersprechen).¹

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

Bei der Ausnahme der Einwilligung nach Unterabsatz 1 in Absatz 1 von Art. 49 kommt es nicht darauf an, ob die Übermittlung „wiederholt“ erfolgt, denn: Einwilligung ist eine Ausnahme nach Unterabsatz 1 a, für die das Merkmal der „Wiederholung“ gerade nicht anwendbar ist siehe Wortlaut Art. 49 Abs I Unterabsatz 2. Sofern dann darüber hinaus aus dem Wortlaut der Ausnahmen für „bestimmte Fälle“ interpretiert wird, dass eine Einwilligung immer nur für einen Einzelfall erfolgen, kann ist dem entgegenzuhalten:

- 1.) Die – weitere – Eingrenzung, dass eine Zulässigkeit aus Art. 49 I 2 DS-GVO sich nicht für wiederholte Übermittlungen ergeben kann, wäre dann überflüssig
- 2.) Nach Art. 49 I a ist über die Risiken „derartiger Datenübermittlungen“ aufzuklären. Das ist bereits typisierend. Es ist nicht ersichtlich, warum ein mündiger Verbraucher als Betroffener nicht – transparent über Art und Häufigkeit aufgeklärt – in eine bestimmte, typische Art der Datenübermittlung einwilligen kann. Das ist bei Einwilligungen sowohl im Datenschutz als auch im UWG gängige Praxis und es nicht ersichtlich, warum es hier anders sein sollte: der Wortlaut gibt es nicht vor, Sinn und Zweck des Schutzes der Betroffenen wird durch transparente Aufklärung erreicht.

Auch die Privatautonomie der Nutzer muss miteinbezogen werden: Betroffenen sollte es offenstehen, mit einer informierten Einwilligung auch in eine Drittlandübermittlung einzuwilligen, erst recht, wenn es sich um nicht sensible Daten wie die IP-Adresse handelt.

Betroffene können ein ehrliches Interesse daran haben, ihr bevorzugtes Telemedienangebot zu unterstützen, indem etwa sie Tracking und Personalisierung aktivieren, da der Dienst sich z.B. nur dadurch finanzieren kann. Aus unserer Sicht scheint es absurd, dass Patienten z.B. in Operationen einwilligen können, aber laut DSK nicht in Drittlandübermittlung einer IP-Adresse für Nutzungsanalyse.

Stellungnahme DSK Orientierungshilfe TTDSG

Seite 28|28

3.) Hinzu kommt ein Wertungswiderspruch zu der Einwilligung in die Cookiesetzung an sich: für die in Folge des gesetzten Cookies durchgeführte Auswertung kann typisierend eingewilligt werden, in einer Vielzahl von Fällen. Dies entspricht wie dargelegt auch der Rechtslage in der DS-GVO, UWG etc. Es ist nicht ersichtlich, warum das für den Bereich der Risiken aus Datenübermittlungen ins Drittland nicht möglich sein soll. Das ist darüber hinaus nicht nur ein Wertungswiderspruch, sondern macht in der Praxis eine Zusammenarbeit mit international tätigen Anbietern im Bereich der Cookies in weiten Teilen quasi unmöglich. Wenn dies eine ordnungspolitische Zielsetzung ist, wäre diese so vom Gesetzgeber zu verabschieden. Wortlaut der DS-GVO gibt dies aber wie dargelegt nicht her.

Wir halten daher dringend Anpassungen in diesem Abschnitt der Orientierungshilfe für erforderlich bzw. sollten die entsprechenden Fragen an die Gremien im EDPB ausgelagert werden, die sich aktuell mit der Auslegung der Folgen des Schrems II Urteils befassen.

Bitkom vertritt mehr als 2.700 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 2.000 Direktmitglieder.

Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen mehr als 1.000 Mittelständler, über 500 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.