



## **Stellungnahme der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e.V., Bonn, im Rahmen des Konsultationsverfahrens zur aktualisierten Orientierungshilfe der DSK für Anbieter/-innen von Telemedien („OH Telemedien 2021“)**

### **I. Allgemeines**

Der Bereich der ePrivacy und dessen Verhältnis zum Datenschutzrecht ist hochkomplex und insbesondere für juristische Laien schwer zu durchdringen. Zwar mag mit Einführung des § 25 TTDSG der zu beachtende Rechtsrahmen für den Rechtsanwender in der Praxis klarer geworden sein. Auch im Zusammenhang mit § 25 TTDSG sind allerdings noch zahlreiche praxisrelevante Fragen nicht abschließend geklärt. Dazu gehört etwa die genaue Reichweite des Ausnahmetatbestandes in § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG, also die Frage, wann eine Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder der Zugriff auf bereits in der Endeinrichtung des Endnutzers gespeicherte Informationen „unbedingt erforderlich“ ist, damit der Anbieter eines Telemediendienstes einen vom Nutzer „ausdrücklich gewünschten“ Telemediendienst zur Verfügung stellen kann. Auch die Gestaltung von „Cookie-Bannern“ oder besser „Consent-Bannern“, für die § 25 Abs. 1 TTDSG auf die DS-GVO-Regelungen zur Einwilligung verweist, ist von immenser Praxisrelevanz und es wird aktuell heftig diskutiert, welche Gestaltungen noch als zulässig erachtet werden können und welche nicht mehr.

Vor diesem Hintergrund ist es begrüßenswert, dass die DSK nicht nur ausführlich ihre Sichtweise auf die Neuregelung in § 25 TTDSG darstellt, sondern hierzu auch ein Konsultationsverfahren durchführt. Die GDD verbindet die Teilnahme an dem Konsultationsverfahren mit der Hoffnung, dass die DSK sich mit den im Rahmen des Verfahrens vorgebrachten Argumenten substantiell auseinandersetzt und die Inhalte der OH Telemedien 2021 diesbezüglich überprüft.

Positiv ist aus Sicht der GDD grundsätzlich auch, dass die OH Telemedien 2021 neben dem Schutz der Privatsphäre der Endeinrichtung nach § 25 TTDSG auch die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung nach der DS-GVO darstellt und so den Praktikern einen umfassenden Überblick nicht nur bezüglich der Rechtmäßigkeit des Endgerätezugriffs, sondern auch bezüglich vor- oder nachgelagerter personenbezogener Verarbeitungen gibt. Ob sich die Zuständigkeit der Landesbeauftragten für das TTDSG allein aus § 40 BDSG bzw. § 113 MStV i.V.m. den Landesdatenschutzgesetzen ableiten lässt, erscheint

allerdings nicht eindeutig. Eine Klarstellung in den jeweiligen Landesgesetzen nach dem Vorbild von NRW und Berlin wäre daher sinnvoll.

Die OH Telemedien 2021 ist mit 33 Seiten ein längeres Dokument. Im Hinblick auf die Lesbarkeit und Verständlichkeit des Dokuments wäre es hilfreich, ähnlich wie im Vorgängerpapier aus März 2019, stärker mit Hervorhebungen, z.B. in Form von Fettungen der Kernaussagen oder farbigen Kästchen, zu arbeiten. Randziffern würden die Bezugnahme auf das Dokument, z.B. im Rahmen dieses Konsultationsverfahrens aber auch allgemein, erleichtern.

## **II. Stellungnahme zu ausgewählten, besonders praxisrelevanten Punkten der Orientierungshilfe**

### **1. Beschreibung der Zwecke des Zugriffs auf das Endgerät**

*S. 14 f. der OH Telemedien 2021:*

*„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 [Fußnote: Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 3/2013 zur Zweckbindung (WP 203), S. 16]. An dieser Anforderung hat sich auch durch die DS-GVO nichts geändert. 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.“*

*„[...] 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“.*

Der DSK ist dahingehend zuzustimmen, das allgemeine und vage Beschreibungen der verfolgten Zwecke, wie das von der DSK monierte „Um Ihnen ein besseres Nutzungserlebnis bieten zu können, verwenden wir Cookies“, die Anforderungen an eine Einwilligung „für den bestimmten Fall“ (Art. 4 Nr. 11 DS-GVO) nicht erfüllen können.

Die gängige Praxis, verfolgte Zwecke in sehr knappen Schlagworten zu beschreiben, wie z.B. „notwendig“ oder „Statistik“, ist aus Sicht der GDD allerdings grundsätzlich positiv zu bewerten, auch wenn über einzelne gewählte Begrifflichkeiten gestritten werden kann. Nutzer sollten jedoch - jedenfalls auf der ersten Ebene der Consent Banner - nicht „überinformiert“ werden, denn zu viele Informationen hindern selbstbestimmte Entscheidungen der Nutzer im Ergebnis genauso wie zu wenig Transparenz.

Wünschenswert wäre, wenn die DSK nicht nur feststellen würde, welche Zweckbeschreibungen aus ihrer Sicht nicht ausreichend sind, sondern auch Positivbeispiele für eine kurze und knappe Beschreibung typischer Zugriffs- und Verarbeitungszwecke nennen würde.

## 2. Bündelung von Einwilligungen

S. 9 der OH Telemedien 2021:

*„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 Endrichtung 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.“*

Bereits unter 1. wurde ausgeführt, dass es aus Sicht der GDD sinnvoll ist, die Informationen auf der ersten Bannerebene möglichst knapp und prägnant zu halten. Dies entspricht den Vorgaben der DS-GVO, wonach „das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache“ zu erfolgen hat (Art. 7 Abs. 2 S. 1). Zudem liegt es im Interesse der Nutzer, die typischerweise wenig Geduld mitbringen und Abfragen des Anbieters möglichst schnell hinter sich bringen wollen. Detailinformationen über einzelne eingesetzte Tools, Cookies o.Ä. sollten aus Gründen der Übersichtlichkeit auf die zweite Ebene verlagert bzw. verlinkt werden.

In diesem Zusammenhang sollte die DSK klarstellen, dass, sofern es neben der Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG auch einer datenschutzrechtlichen Einwilligung bedarf, die Erklärungen nicht nur gebündelt eingeholt werden können, sondern auch insofern auf erster Ebene eine knappe und prägnante Zweckbeschreibung ausreicht. Typischerweise dürfte sich die Beschreibung der Zweckbestimmung der Datenverarbeitung nicht von der Zweckbestimmung des Gerätezugriffs unterscheiden. Die Einwilligung ist aber nicht bloß auf den Endgerätezugriff zu dem jeweiligen Zweck zu beziehen, sondern auf den Endgerätezugriff und die damit zusammenhängende Datenverarbeitung.

### 3. Nudging

Sog. Nudging wurde von den Aufsichtsbehörden bislang nicht per se als unzulässig erachtet. Sofern es Veröffentlichungen zur Thematik gab, wurde lediglich festgestellt, dass „einem erlaubten Nudging Grenzen gesetzt sind und verhaltensmanipulierende Ausgestaltungen zu einer Unwirksamkeit der Einwilligung führen können“<sup>1</sup> bzw. dass „übermäßiges“ Nudging zur Unwirksamkeit einer Einwilligung führen und das Tracking unzulässig machen könne.<sup>2</sup> Die OH Telemedien 2021 der DSK erwähnt den Begriff des Nudging gar nicht, stellt aber die These auf, aus den Anforderungen der DS-GVO an wirksame Einwilligungen folge, dass Nutzern im Hinblick auf den „Kommunikationseffekt“ „gleichwertige Handlungsmöglichkeiten“ zur Ablehnung wie zur Erteilung der Einwilligung offeriert werden müssten.<sup>3</sup> Bei Zugrundelegung der letztgenannten Anforderungen dürfte wenig Raum für ein zulässiges Nudging durch Anbieter von Telemedien verbleiben.

Rechtspolitisch ist die DSK-Position nachvollziehbar, gestalten doch in der Praxis Anbieter ihre Banner teilweise so, dass Nutzer ihre Einwilligung geben, ohne diese tatsächlich erteilen zu wollen. Dies führt zu einer Entwertung der datenschutzrechtlichen Einwilligung sowie zur Gefährdung der Autonomie der Nutzer. Ob die DS-GVO zulässiges Nudging rechtlich tatsächlich so weitreichend einschränkt, wie das DSK-Papier dies vermittelt, erscheint allerdings zweifelhaft.

Nach Art. 7 Abs. 3 S. 4 DS-GVO muss der Widerruf einer Einwilligung genau so einfach wie deren Erteilung sein. Eine vergleichbare Anforderung stellt die DS-GVO für das Erteilen bzw. Nichterteilen der Einwilligung nicht auf. Mangels einer Art. 7 Abs. 3 S. 4 DS-GVO vergleichbaren Regelung für diese Konstellation ist davon auszugehen, dass insofern die allgemeinen Maßstäbe für die wirksame Erteilung von Einwilligungen einschlägig sind, insbesondere das Erfordernis der Unmissverständlichkeit und Freiwilligkeit der Einwilligung. Allein der Umstand, dass die Ablehnoption weniger ansprechend gestaltet ist, führt nicht automatisch dazu, dass die Einwilligung nicht mehr unmissverständlich bzw. freiwillig ist.

### 4. Reject All Button auf erster Bannerebene

S. 13 f. der OH Telemedien 2021:

*„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*

---

<sup>1</sup> LfD Niedersachsen, Handreichung: Datenschutzkonforme Einwilligungen auf Webseiten - Anforderungen an Consent-Layer, Stand: Nov. 2020, S. 5 f.

<sup>2</sup> Loy/Baumgartner, ZD 2021, 404 (408); Loy ist Referentin beim BayLDA und hat dort die fachliche Leitung für das Themengebiet Internet und Telemedien.

<sup>3</sup> S. 14.

*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 Handlungsschritte einleiten.“*

*S. 17 der OH Telemedien 2021:*

*„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). [...]*

*[...]*

*[...] 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 [Fußnote: BGH, Urteil vom 28. Mai 2020 - I ZR 7/16 Rn. 37 - Cookie-Einwilligung II (Planet49).]“*

Nach der Interpretation der DSK bedarf es also regelmäßig eines „Reject All“-Buttons auf der ersten Bannerebene.

Wie bereits ausgeführt, lässt sich nach Ansicht der GDD eine „harte“ Rechtspflicht in dem Sinne, dass Ablehnung und Erteilung der Einwilligung gleich einfach sein müssen, aus der DS-GVO nicht ableiten. Gestaltungen zur Einholung der Einwilligung sind vielmehr an den allgemeinen Maßstäben zu messen, wozu im hier relevanten Zusammenhang insbesondere gehört, dass die Einwilligung unmissverständlich und freiwillig zu erteilen ist.

Aus Sicht der GDD ist zwar die Grundannahme der DSK zutreffend, dass ab einem gewissen Mehraufwand der Ablehnung der Einwilligung im Verhältnis zu ihrer Erteilung Nutzer häufig nicht mehr nach ihrem eigentlichen Willen handeln, sondern nur noch danach, was den Abfrageprozess schnellstmöglich beendet. Ob ein solcher Mehraufwand in jedem Fall bereits angenommen werden kann, weil sich die Option „Alle nicht essenziellen Cookies ablehnen“ erst auf zweiter Bannerebene findet, ist aber jedenfalls nicht eindeutig. Dies zeigt sich auch daran, dass andere europäische Aufsichtsbehörden einen Reject All Button auf erster Ebene nicht als zwingend ansehen.<sup>4</sup>

Dass der Punkt, ab dem ein Mehraufwand für die Ablehnung der Einwilligung in einer Unfreiwilligkeit der erteilten Einwilligung umschlägt, nicht exakt bestimmt werden kann, scheint auch die DSK so zu

---

<sup>4</sup> Data Protection Commission Ireland, Guidance Note „Cookies and other technologies“, April 2020, S. 9; spanische Aufsicht aepd, Guía sobre el uso de las cookies, Juli 2020, S. 20 ff.

sehen. Denn sie schreibt: „Das Merkmal der Freiwilligkeit wird auch dann spürbar beeinflusst, wenn die Ablehnung aller einwilligungsbedürftigen Zugriffe einen messbaren Mehraufwand für Endnutzer:innen bedeutet.“ Die DSK geht also nicht definitiv von einer Unfreiwilligkeit der Erklärung aus, sondern spricht nur davon, dass das Merkmal der Freiwilligkeit „spürbar beeinflusst“ wird.

Vor diesem Hintergrund sollte die DSK ihre Position zum Reject All Button auf erster Bannerebene weniger im Sinne einer eindeutigen Rechtsvorgabe, sondern im Sinne einer Empfehlung der Datenschutzaufsichtsbehörden formulieren.

## 5. Möglichkeit zum Widerruf der Einwilligung

*S. 18 der OH Telemedien 2021:*

*„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.“*

Art. 7 Abs. 3 S. 4 DS-GVO verlangt, dass der Widerruf der Einwilligung so einfach sein muss wie deren Erteilung. Nicht ausreichend soll es nach Ansicht der DSK insofern sein, wenn zum Zweck des Widerrufs zunächst die Datenschutzerklärung aufgerufen und dann in dieser zur richtigen Stelle gescrollt werden muss, um widerrufen zu können. Die DSK verlangt stattdessen einen „stets sichtbaren“ Direktlink zu den relevanten Einstellungsmöglichkeiten.<sup>5</sup> Der Aussage der DSK ist im Grundsatz zuzustimmen. Es ist nicht vereinbar mit Art. 7 Abs. 3 S. 4 DS-GVO, wenn dem Nutzer zwar unmittelbar mit dem Aufruf der Website per Pop-up-Fenster die Möglichkeit gewährt wird, seine Einwilligung zu erteilen, der Widerruf der Erklärung aber einen nicht unerheblichen Suchaufwand erfordert.

Allerdings sollten aus Art. 7 Abs. 3 S. 4 DS-GVO auch keine überzogenen Anforderungen abgeleitet werden, die ihrerseits die Usability von Websites - insbesondere für die Nutzer von Smartphones mit ihren kleineren Bildschirmen - beeinträchtigen. Ausreichend sollte in diesem Hintergrund auch ein klar sichtbarer Button bzw. Direktlink „Cookie-Einstellungen“, „Datenschutz-Einstellungen“ o.Ä. in unmittelbarer Nähe des Links zur Datenschutzerklärung sein, solange die Datenschutzerklärung sowie die Cookie-Einstellungen auch von allen Unterseiten der Website direkt aufgerufen werden

---

<sup>5</sup> DSK Orientierungshilfe Telemedien 2021, S. 18

können.<sup>6</sup> Der durchschnittliche Internetnutzer heutzutage weiß, dass relevante Informationen zum Datenschutz an dieser Stelle zu finden sind, weshalb er eben dort auch danach suchen würde. Ein beim Scrollen auf der Website permanent mitlaufender Widerrufsbutton, der sich zu jeder Zeit im Blickfeld des Nutzers befindet und den Nutzer ggf. irritiert, erscheint überzogen, um die zwingenden DS-GVO-Vorgaben zu erfüllen.

Wünschenswert wäre eine Klarstellung der DSK, dass Art. 7 Abs. 3 S. 4 DS-GVO auch ein klar sichtbarer Button bzw. Direktlink „Cookie-Einstellungen“ o.Ä. in unmittelbarer Nähe des Links zur Datenschutzerklärung genügt.

## 6. Einwilligung in Drittlandtransfer

S. 32 der OH Telemedien 2021:

*„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 garantieren Schutz beeinträchtigen und ob ggf. ergänzende Maßnahmen zur Einhaltung dieses Schutzniveaus zu treffen sind. [...] 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 Ausnahmvorschrift und den Anforderungen aus Art. 44 S. 2 DS-GVO. [Fußnote: EDSA, Leitlinien 2/2018 zu den Ausnahmen nach Artikel 49 der Verordnung 2016/679, S. 4]“*

Es ist nachvollziehbar, dass EDSA und DSK verhindern wollen, dass der hinter den Artt. 44 ff. DS-GVO stehende Mechanismus, dass personenbezogene Daten grundsätzlich nur dann in Drittländer übermittelt werden dürfen, wenn im Drittland ein angemessenes Schutzniveau besteht oder geeignete Garantien vorgesehen wurden, nicht ausgehöhlt wird. Nach Auffassung der GDD muss es betroffenen Personen dennoch im Grundsatz möglich sein, ausreichend informiert und freiwillig in eine Übermittlung in ein Drittland einzuwilligen.<sup>7</sup> Zunächst ist festzustellen, dass Ausnahmen nicht zwingend selten sein müssen. Auch aus ErwGr 111 DS-GVO ergibt sich nicht, dass auf Art. 49 Abs. 1 lit. a DS-GVO nicht zurückgegriffen werden darf, sofern Datentransfers ins Drittland regelmäßig erfolgen. Die dort zu

<sup>6</sup> Ähnlich BayLfD, Bayerische öffentliche Stellen und Telemedien: Erläuterungen zum neuen Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) - Orientierungshilfe, Version 1.0 (01.12.2021), Rn. 75.

<sup>7</sup> So auch Schantz in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, DS-GVO Art. 49 Rn. 19.



findende Anforderung, dass es sich um eine Übermittlung handeln muss, die nur „gelegentlich“ erfolgt, bezieht sich nicht auf den Ausnahmetatbestand der Einwilligung.

Dogmatisch betrachtet, ist die Einwilligung ultimativer Ausdruck der informationellen Selbstbestimmung. Nicht umsonst forderten Roßnagel et al. in ihrem Gutachten zur Modernisierung des Datenschutzrechts - bei weitestmöglicher Wahrung der Freiwilligkeit und der Entscheidungsprärogative der betroffenen Person - die Einwilligung als Legitimationsgrund der Datenverarbeitung auszubauen.<sup>8</sup> Eine Einschränkung der Dispositionsbefugnis der betroffenen Person über ihre Daten ist schwer zu rechtfertigen.<sup>9</sup> Im Verhältnis zu Art. 7 DS-GVO gewährt Art. 49 Abs. 1 lit. a DS-GVO über das Erfordernis der Ausdrücklichkeit der Einwilligung außerdem zusätzlichen Schutz vor der Abgabe übereilter Erklärungen.

Wichtig ist aus Sicht der GDD, dass die bestehenden hohen rechtlichen Anforderungen an die Wirksamkeit datenschutzrechtlicher Einwilligungen in der Praxis eingehalten werden. Ist dies der Fall, ist die ausdrückliche Einwilligung auch ein geeignetes Rechtsinstrument, um die Übermittlung personenbezogener Daten, die im Zusammenhang mit der regelmäßigen Nachverfolgung von Nutzerverhalten auf Webseiten oder in Apps verarbeitet werden, in ein Drittland zu legitimieren. Allein der Umstand, dass die Anforderungen der DS-GVO an die Einholung von Einwilligungen in der Praxis nicht immer eingehalten werden, ist kein ausreichender Grund, der Einwilligung generell ihre Tauglichkeit als Rechtsgrundlage abzusprechen. Vielmehr ist ggf. die Durchsetzung bestehender Rechtsvorgaben zu forcieren.

## 7. Von Endnutzern ausdrücklich gewünschter Telemediendienst: Differenzierung nach Basis-/Zusatzdienste durch die DSK

S. 19 ff., S. 21 der OH Telemedien 2021:

*„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. [...] 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*

---

<sup>8</sup> Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechts, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, S. 72.

<sup>9</sup> Schantz in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, DS-GVO Art. 49 Rn. 19.





*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.*

[...]

*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.“*

Die von der DSK vorgenommene kategorische Aufspaltung von Telemediendiensten in den Basisdienst, in den Basisdienst integrierte Zusatzfunktionen sowie Zusatzdienste und Funktionen, die grundsätzlich unabhängig von der Kategorie des Telemediendienstes sind, ist in dieser Form abzulehnen. § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG wie auch die diesem zugrundeliegende ePrivacy-Richtlinie kennen eine solche Differenzierung nicht. Der ausdrückliche Nutzerwunsch muss sich nach den gesetzlichen Vorgaben auf den Telemediendienst in seiner Gesamtheit beziehen und nicht auf dessen einzelne Elemente. Bezogen auf den Telemediendienst „Online Shopping“ zwischen den Einzelelementen Produktansicht, Warenkorb und Zahlvorgang zu unterscheiden, erscheint auch in Anerkennung der Tatsache, dass nicht alle Besucher eines Onlineshops etwas in den Warenkorb legen oder kaufen, als künstliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs. Der Nutzerwunsch bezieht sich bei realitätsnaher Betrachtung insofern auf die Nutzung eines Onlineshops mit allen typischen - wenn auch für ihn ggf. nur potenziell relevanten - Elementen. Der Umstand, dass bestimmte Elemente des ganzheitlich zu betrachtenden Telemediendienstes nicht in jedem Fall in Anspruch genommen werden, wird i.R.v. § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG dadurch aufgelöst, dass die Erforderlichkeit des Endgerätezugriffs im jeweiligen Zugriffszeitpunkt gegeben sein muss. M.a.W.: Der Zugriff ist erst dann erlaubt, wenn er tatsächlich notwendig wird, z.B., wenn sich der Nutzer entscheidet, etwas in den Warenkorb zu legen.

Diese Grundsätze lassen sich auch auf andere Anwendungsfelder übertragen, wie z.B. die Nutzung von Telemediendiensten in vernetzten Fahrzeugen als Endgeräten. Auch hier verdient eine typisierende Betrachtung des Nutzerwunsches den Vorzug vor einer künstlichen Aufspaltung in Basis- und Zusatzdienst. Sobald ein Nutzer etwa den vom Anbieter in seinen Funktionen beschriebenen Telemediendienst Navigation in Anspruch nimmt, sind alle hierfür typischen und potenziell relevanten Funktionen gewünscht. Ein Endgerätezugriff insoweit nicht erforderlich und eine Legitimation nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG nicht gegeben.



## 8. Reichweitenmessung

Der Begriff der „unbedingten“ Erforderlichkeit nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG darf aus Sicht der GDD nicht in einer Weise (über-)interpretiert werden, der die Digitalisierung hemmt und die Wettbewerbsfähigkeit nationaler Unternehmen beeinträchtigt. Bei sachgerechter Interpretation sind nicht nur solche Endgerätzugriffe als „unbedingt erforderlich“ anzusehen, deren Unterlassen zu einem sofortigen Hindernis bei der Bereitstellung der Dienstleistung führt. Um eine sachgerechte Fortentwicklung der Digitalwirtschaft nicht zu verhindern, ist die Kontrollfrage bezüglich der Erforderlichkeit dahingehend zu erweitern, ob der jeweilige Dienst auch dann den Erwartungen der Nutzer entsprechend und dauerhaft funktionieren würde, wenn die fraglichen Zugriffe nicht durchgeführt würden.

Jedenfalls sollte die DSK in ihrer OH Telemedien 2021 - ähnlich dem LDSB BW in seinen FAQs zu Cookies und Tracking<sup>10</sup> - mittels entsprechender Prüfkriterien näher konkretisieren, unter welchen Voraussetzungen eine Reichweitenmessung auch ohne Einwilligung des Nutzers rechtskonform sein kann. Für die Optimierung des Onlineangebots sind Verfahren zur Reichweitenmessung - nicht nur im Interesse der Anbieter, sondern letztlich auch der Nutzer - von erheblicher Bedeutung.

**Bonn, den 15.03.2022**

*Die Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V. (GDD) tritt als gemeinnütziger Verein für einen sinnvollen, vertretbaren und technisch realisierbaren Datenschutz ein. Sie hat zum Ziel, die Daten verarbeitenden Stellen - insbesondere auch die Datenschutzbeauftragten - bei der Lösung und Umsetzung der vielfältigen mit Datenschutz und Datensicherheit verbundenen rechtlichen, technischen und organisatorischen Anforderungen zu unterstützen.*

*Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V.  
Heinrich-Böll-Ring 10, 53119 Bonn  
info@gdd.de | www.gdd.de*

---

<sup>10</sup> FAQ „Cookies und Tracking durch Betreiber von Webseiten und Hersteller von Smartphone-Apps“, Version 2.0.1 (Stand März 2022), S. 14 ff.