

Konsultationsverfahren der DSK zur aktualisierten Orientierungshilfe (Entwurf) für Anbieter:innen von Telemedien (OH Telemedien 2021)

10.03.2022

Vorbemerkungen

Der **Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V.** ist die Interessenvertretung für Unternehmen, die digitale Geschäftsmodelle betreiben oder deren Wertschöpfung auf dem Einsatz digitaler Technologien beruht. Als Impulsgeber, Wegweiser und Beschleuniger digitaler Geschäftsmodelle vertritt der BVDW die Interessen der digitalen Wirtschaft gegenüber Politik und Gesellschaft und setzt sich für die Schaffung von Markttransparenz und innovationsfreundlichen Rahmenbedingungen ein. Sein Netzwerk von Experten liefert mit Zahlen, Daten und Fakten Orientierung zu einem zentralen Zukunftsfeld.

Kontakt

Katharina Rieke
Bereichsleiterin Politik
und Gesellschaft
T: +49 30 206 218 617
rieke@bvdw.org

Allgemeine Anmerkungen

Der BVDW e.V. bedankt sich für die Möglichkeit der Stellungnahme zum Entwurf der Orientierungshilfe. Wir begrüßen, dass die Datenschutzkonferenz (DSK) diesen Schritt geht und allen Stakeholdern erlaubt, ihre Sichtweise, auch offiziell, einzubringen. Eine ausgewogene Interpretation des Telekommunikations- und Telemedien Datenschutzgesetzes (TTDSG) ist aktuell für die Digitale Wirtschaft fundamental, um ihre datengetriebenen Geschäftsmodelle erhalten und fortführen zu können. Der hier beschrittene Weg der Konsultation ist daher aus Sicht des BVDW der Richtige, denn nur gemeinsam können wir passende Lösungen für Nutzende sowie die Digitale Wirtschaft finden. Dieses Vorgehen ermöglicht eine einheitlichere Leitlinie, wo die Wirtschaft sonst mit einem Flickenteppich an Interpretationen konfrontiert wäre.

Da aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit im Bereich des Daten- und Privatsphärenschutzes, viele Unternehmen im deutschen Markt weiterhin verunsichert sind, wäre es wünschenswert gewesen, das Konsultationsverfahren im Vorfeld zur Veröffentlichung der Orientierungshilfe noch klarer zu kommunizieren. Es war nicht sofort ersichtlich, dass die Einholung von Stellungnahmen zu diesem Papier erfolgen sollte und somit noch eventuelle Änderungen an der Orientierungshilfe zu erwarten sind.

1. Gleichwertige Möglichkeit zur Ablehnung

Ausführungen der DSK: Auf **Seite 17** der Orientierungshilfe wird folgendes ausgeführt:

„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).“

Auf **Seite 29** der Orientierungshilfe wird weiter ausgeführt:

"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."

Stellungnahme BVDW: Die generelle und undefinierte Forderung nach einem „ALLES-ABLEHNEN“-BUTTON auf dem First-Layer eines Consent-Management-Tools (CMP) kann erhebliche negative Auswirkungen auf die heimische Digital- und Medienlandschaft haben. Die Online-Werbung ist nach wie vor das zentrale Standbein der Finanzierung von digitalen Leistungs-Angeboten. Ein Großteil der online und mobil verfügbaren Leistungen steht den Nutzenden entgeltfrei zur Verfügung. Die Bereitstellung dieser Leistungen muss von den jeweiligen Unternehmen mit teilweise erheblichen Kosten finanziert werden. Die Werbefinanzierung, welcher einwilligungsbedürftige Verarbeitungen zu Grunde liegt, ist darüber hinaus einer der Stützpfeiler des freien und unabhängigen Journalismus. Angesichts von Fake-News und insbesondere in Zeiten wie diesen ist der Zugang zu journalistisch hochwertigen und unabhängigen Angeboten, bedeutsamer als je zuvor und essenziell für die demokratische Willensbildung.

Die zielgruppenorientierte Werbung ist für viele Betreiber wirtschaftlich zwingend notwendig. Personalisierte Werbung ist für die gesamte Digitalwirtschaft vor allem für klein und mittelständische Unternehmen (KMU) unerlässlich, die potenziell von Einschränkungen betroffen wären. Gerade KMU müssen den Return on Investment von Werbung sorgfältig messen und ihre Kunden zielgenauer erreichen. Sie benötigen gezielte Werbestrategien, um Streuverluste zu minimieren und relevante Verbraucherinnen und Verbraucher zu erreichen – mehr als jede andere Art von

Unternehmen, da sie nicht die unendlichen Ressourcen haben. Ein „ALLES-ABLEHNEN“-BUTTON auf der ersten Ebene könnte diese Bemühungen erheblich erschweren und damit zu einer Verringerung der Pluralität im Netz beitragen. Zudem würden viele Medienbetreiber gezwungen sein, ihre Inhalte nur noch zahlungspflichtig anzubieten, wenn sie sich nicht mehr über Werbung refinanzieren können. Dies ist sicher nicht im Sinne der Verbraucher.

Abgeleitet aus den Vorgaben und Anforderungen der DSGVO und des TTDSG besteht für diese Auslegung weder eine Notwendigkeit noch hinreichende Grundlage. Eine konkrete Verpflichtung für eine Ja-/Nein-Option auf der ersten Ebene der sogenannten Consent-Banner gibt es in der DSGVO nach unserem Dafürhalten nicht (siehe im Einzelnen sogleich). Aus datenschutzrechtlicher Sicht müssen die Nutzenden eine Einwilligung freiwillig erteilen, sie dürfen nicht dazu gezwungen werden. Es steht jedoch nirgends geschrieben, dass die Privatsphäre-Einstellungen alle auf der ersten Ebene vorgehalten werden müssen.

Obwohl ein „ALLES-ABLEHNEN“-BUTTON aus unserer Sicht rechtlich nicht geboten ist, ist aber nachvollziehbar, dass es im Lichte der aktuellen Transparenzdiskussionen und unter Gesichtspunkten der verbesserten Benutzerfreundlichkeit, Möglichkeiten geben kann, die Auswahlmöglichkeiten auf dem 1st-Layer dahingehend anzupassen, neben einem Einwilligungsbutton einen zweiten Button zu platzieren, bei welchem unter Bezeichnungen wie „EINSTELLUNGEN ODER ABLEHNEN“ auch die Ablehnung von Einwilligungen leicht erfassbar angeboten werden kann und somit die Nutzenden in ihrer Auswahlmöglichkeit stärker befähigt. Durch diese Maßnahme würde die Transparenz für die Möglichkeit, einwilligungsbedürftige Datenverarbeitungen zu verweigern im Sinne der Nutzenden, effektiv erhöht.

Jede Aussage zum Einwilligungsdialog der DSK ist abgesehen davon verallgemeinerungsfähig und allgemeingültig. Auch im Bereich Internet of Things und Connected Cars müssten Nutzende neben der Einwilligungsoption auf demselben Layer auch die Möglichkeit zum einwilligungsfreien Plattform-Zugriff haben, bspw. durch einen „ALLES-ABLEHNEN“-BUTTON. Die praktischen Auswirkungen sind erheblich. Zudem ist die Erwartungshaltung der Nutzenden an einen Online-Shop, eine Nachrichtenseite und ein selbstfahrendes Auto durchaus differenziert zu sehen und damit auch rechtlich zu bewerten.

Dies vorausgeschickt möchte der BVDW Argumente, die gegen undifferenzierte Forderungen zur Ausgestaltung der ersten Auswahlebene sprechen, benennen.

Gegen die pauschale Forderung aus der Orientierungshilfe sprechen unter anderem folgende Argumente:

1. Kein deutscher Alleingang; europäische Lösung im EDSA. Der Europäische Datenschutzausschuss hat die Wirksamkeitsanforderungen für DSGVO-Einwilligungen umfassend bewertet und in den EDSA-Leitlinien 05/2020 v. 4.5.2020 festgeschrieben. Die EDSA-Leitlinien regeln ausdrücklich auch den Einwilligungsdialog zwischen Nutzenden und Anbietern von Online-Diensten – wegen der bedingungslosen Anleihe an die DSGVO-Einwilligung gilt dies auch für den „Cookie Consent“ nach § 25 TTDSG. Der EDSA erfüllt mit den EDSA-Leitlinien zur Einwilligungsgestaltung seinen gesetzlichen Auftrag aus Art. 70(1)(e) DSGVO, eine einheitliche Anwendung der DSGVO sicherzustellen. **Die DSK würde das einheitliche Einwilligungsregime der DSGVO in der EU stören, wenn sie Wirksamkeitsanforderungen aufstellen würde, die in den EDSA-Leitlinien nicht enthalten sind.** Das European Data Protection Board (EDPB) hat in der 55. Plenarsitzung v. 24.9.2021 einstimmig eine vierköpfige Cookie-Banner-Taskforce auf der datenschutzrechtlichen(!) Grundlage des Art. 70(1)(u) DSGVO eingerichtet und damit den Willen zur EU-einheitlichen Regelung des Einwilligungsdialogs zwischen Nutzenden und Anbietern von Online-Diensten bekräftigt.
2. Der Paragraph 42 der Präambel der DSGVO sagt, dass die Einwilligung nicht als freiwillig gegeben angesehen werden sollte, wenn die betroffene Person keine echte oder freie Wahl hat oder nicht in der Lage ist, die Einwilligung ohne Nachteile zu verweigern oder zurückzuziehen. **Dies erfordert aber mitnichten ein Ablehnen auf der ersten Ebene, da die Nutzenden die Einwilligung auch unabhängig davon differenziert abgeben und verneinen können und daneben die Möglichkeit haben, die Webseite zu verlassen. Es gibt keinen Anspruch auf ein kostenloses Leistungsangebot.**
3. Ausgehend von der Begriffsdefinition des Art. 4 Nr. 11 DSGVO liegt eine Einwilligung vor, wenn diese freiwillig, für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich durch die betroffene Person abgegeben wurde. Dabei gilt der Grundsatz der Formfreiheit der Einwilligung.¹ **Die DSGVO setzt gerade nicht voraus, dass die Möglichkeit zur Ablehnung der Einwilligung gleichwertig mit der Erteilung der Einwilligung ausgestaltet sein muss.**

¹ Vgl. statt vieler *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, Art. 7 DSGVO Rn. 39; *Heckmann/Scheurer*, in: Heckmann/Paschke, jurisPK Internetrecht, 7. Aufl. 2021, Kap. 9 Rn. 315 ff.

4. Der Art 7 Abs. 3 Satz 4 DSGVO schreibt vor, dass der Widerruf der Einwilligung so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein muss, **nicht jedoch die Nicht-Erteilung**.
5. Die **Einwilligung muss informiert erteilt werden**. Dabei allgemein anerkannt, dass die Informationen auch auf **mehreren Ebenen erfolgen kann**, um die Transparenz und Verständlichkeit zu wahren.
6. **Zuletzt hat sich sogar der nationale Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum TTDSG gegen die Aufnahme einer „gleichwertigen Ablehnungslösung“ entschieden**. Der diesbezüglichen Forderung des Bundesrates² wurde eine Ablehnung erteilt³.
7. Notifizierungspflicht nach Richtlinie (EU) 2015/1535 v. 9.9.2015. Die aufsichtsbehördlichen Gestaltungsanforderungen an DSGVO-Einwilligungen sind jedenfalls technische de-facto-Vorschriften iSd. Richtlinie (EU) 2015/1535 v. 9.9.2015 betreffend Dienste der Informationsgesellschaft bzw. Telemediendiensten iSd. § 1(1) TMG. Die selbstbindenden Verwaltungsvorgaben in einer Orientierungshilfe haben regelnden Charakter, weil sie aus mehreren Auslegungsoptionen, bspw. zur Freiwilligkeit der DSGVO-Einwilligung, die **für die deutsche Behördenpraxis verbindliche Auslegungsoption festlegen und wären vor ihrer Bekanntgabe notifizierungspflichtig**.
8. **Ein nationaler Alleingang würde der Wettbewerbsfähigkeit der heimischen Wirtschaft enorm schaden und dem Grundgedanken der DSGVO – einheitliche europäische Regelungen zur Schaffung fairer und rechtskonformer Rahmenbedingungen – entgegenstehen**. Zudem vertreten die deutschen Aufsichtsbehörden bei der Frage nach einem „ALLES-ABLEHNEN“-BUTTON darüber hinaus noch unterschiedliche Positionen.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass die Forderung nach einem pauschalen „ALLES-ABLEHNEN“-BUTTON auf der ersten Ebene der CMP weit über die formellen und materiellen Anforderungen der DSGVO hinausgeht, welche kein „Recht auf Ablehnung“, sondern nur ein „Recht auf den Widerruf der Einwilligung“ vorsehen und im Ergebnis sogar, aufgrund der Auswirkungen, den Nutzenden und auch der Gesellschaft schaden. Die Ausgestaltung von Einwilligungserklärungen obliegt dem jeweiligen Telemedienangebot. Die undifferenzierte Forderung nach

² BR-Drs. 163/21 v. 26.3.2021, S. 6.

³ BT-Drs. 19/28396, S. 9.

einem „ALLES-ABLEHNEN“-BUTTON kann somit **die Wettbewerbsfähigkeit** der heimischen Wirtschaft schwächen und trägt **in dieser Form nicht zur Steigerung der Informationellen Selbstbestimmung** der Betroffenen bei.

2. „Unbedingten Erforderlichkeit“ nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG

Ausführungen der DSK: Auf Seite 22 wird ausgeführt:

„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. 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.“

Stellungnahme BVDW: Eine jeweilige Auslegung der „unbedingten Erforderlichkeit“ hat für die Digital- und Medienbranche enorme Auswirkungen die Bereitstellung von Diensten und insbesondere auf die Finanzierung von digitalen Leistungsangeboten den Bereichen Information, Unterhaltung und Bildung. Ein Großteil der online und mobil verfügbaren Inhalte steht den Nutzenden entgeltfrei zur Verfügung. Die Bereitstellung dieser Inhalte muss jedoch von den jeweiligen Unternehmen mit teilweise erheblichen Beiträgen finanziert werden.

Das Merkmal der „unbedingten Erforderlichkeit“ im Sinne des § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG ist interessensgerecht und nicht restriktiv auszulegen. Das Tatbestandsmerkmal ist auch dann erfüllt, wenn rechtliche, vertragliche, wirtschaftliche oder betriebliche Aspekte notwendigerweise zu berücksichtigen sind, um den ausdrücklich gewünschten Dienst zu erbringen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn Cookies und vergleichbare Technologien zu Komfort- oder Sicherheitszwecken eingesetzt werden oder, um eine grundlegende Messung der Reichweite einer Website, entsprechend Auflagenstärke von Printmedien oder Zuschaueranzahl im Kino oder Fernsehen, zu ermöglichen oder es die Voraussetzung zur Abrechnung erbrachter Werbeleistungen von mehr als 40.000 Publisher in Deutschland ist, die die Vielfalt im Netz mitgestalten⁴. Darüber hinaus

⁴ BVDW-Orientierungshilfe: Rechtliche Grundlagen der Attribution im Affiliate Marketing unter TTDSG und DSGVO.

kann dies auch angezeigt sein, wenn ein Dienst in teilpersonalisierter Form angeboten wird und die Cookies und vergleichbaren Technologien für die Ausspielung von Inhalten notwendig sind.

Aus den Erwägungsgründen zur e-Privacy-RL ergibt sich lediglich, dass das Merkmal der „unbedingten Erforderlichkeit“ jedenfalls dann erfüllt ist, wenn die Speicherung oder der Zugriff auf Informationen technisch notwendig ist. Der Umkehrschluss aber, dass nur eine technische Notwendigkeit den Tatbestand der unbedingten Erforderlichkeit begründet, ergibt sich aus den Erläuterungen gerade nicht. Bereits der Wortlaut der Norm legt damit ein weites Begriffsverständnis nahe, mit der Folge, dass neben technischen Komponenten auch rechtliche, vertragliche und wirtschaftliche Aspekte eine unbedingte Erforderlichkeit im Sinne des § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG respektive Art. 5 Abs. 3 der e-Privacy-RL begründen können.

Der Zugriff auf beziehungsweise die Speicherung einer Information ist in aller Regel kein „technischer Selbstzweck“. Vielmehr erfolgt der Zugriff beziehungsweise das Speichern etwaiger Information, um eine bestimmte Funktionalität im Kontext des Telemediendienstes aus rechtlichen, wirtschaftlichen oder vertraglichen Gründen bereitstellen zu können. Die „technische Erforderlichkeit“ ist daher Konsequenz, nicht aber Begründung der Informationsverarbeitung innerhalb des Dienstes.

Daneben müssen die neuen zivilrechtlichen Regelungen des § 327 ff. BGB, welche sich mit der Bereitstellung digitaler Produkte beschäftigen, mitberücksichtigt werden. Die gesetzliche Zugriffsbefugnis für die Erbringung eines Telemediendienstes nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG muss mit den subjektiven und objektiven Funktionsanforderungen des § 327e BGB in Einklang gebracht werden.⁵

3. Unmissverständliche und eindeutig bestätigende Handlung

Ausführungen der DSK: Auf **Seite 12** wird ausgeführt:

„Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der Nutzenden können demgegenüber keine Einwilligung darstellen.“

⁵ Hanloser, S (2022), ZD, DSK-Orientierungshilfe, Telemedien: Vereinbarkeit mit § 327e BGB

Zudem wird auf **Seite 15** Folgendes aufgeführt:

„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.“

Stellungnahme BVDW: Die obige Auslegung widerspricht dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO: *„Die betroffene Person hat ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben“*. Die Abgabe einer Einwilligung in mehrere Zwecke ist somit, nach dem Wortlaut der Verordnung, bereits möglich. Zudem liegen diverse Rechtsprechungen vor, welche aufzeigen, dass ein Betroffener zu mehreren Sachverhalten in Rahmen einer Einwilligungserklärung zustimmen kann.

Die Bündelung von Einwilligungen in mehrere Verarbeitungsvorgänge kann als eine Erklärung gestaltet werden. Es muss reichen, wenn hierüber granular informiert wird.

4. Anforderung an die Einwilligung

Ausführungen der DSK: Auf **Seite 16** wird ausgeführt:

„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.“

Stellungnahme BVDW: Die Interpretation wird an dieser Stelle nicht geteilt. Der Gesetzgeber hat bewusst geschrieben *„Auch ist zu berücksichtigen“*. Dies zeigt auf, dass der Sachverhalt bei der Abwägung der Freiwilligkeit berücksichtigt werden sollte, jedoch nicht zum Ergebnis führt, dass die Einwilligung bei einer Kopplung regelmäßig als nicht freiwillig angesehen werden kann und damit unwirksam ist. Zudem ist spätestens mit der Digitalen Inhalterichtlinie ersichtlich, dass der Gesetzgeber solche eine restriktive Auslegung der Kopplung nicht im Sinne hatte.

Das Oberlandesgericht Frankfurt vertritt ebenfalls die Auffassung, dass Art. 7 Abs. 4 DSGVO kein absolutes Kopplungsverbot darstellt und führt zu den Voraussetzungen der Freiwilligkeit aus: *„Freiwillig“* ist gleichbedeutend mit *„ohne Zwang. Der Betroffene muss also eine echte oder freie Wahl haben und somit in der Lage sein, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden (Erwägungsgrund 42 DS-GVO). Insbesondere darf auf den Betroffenen kein Druck ausgeübt werden. Ein bloßes Anlocken durch Versprechen einer Vergünstigung, etwa – wie hier – einer Teilnahme an einem Gewinnspiel, reicht dafür aber nicht aus.“* Einer Freiwilligkeit steht nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. GRUR-RR 2016, 421 – Überschaubare Partner- liste, juris-Rn. 18; GRUR-RR 2016, 252 – Partnerliste, juris-Rn. 24) nicht entgegen, dass die Einwilligungserklärung mit der Teilnahme an einem Gewinnspiel (Vertrag) verknüpft ist. Der Verbraucher kann und muss selbst entscheiden, ob ihm die Teilnahme die Preisgabe seiner Daten „wert ist“.

5. Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO – Überwiegende berechnigte Interessen

Ausführungen der DSK: Auf **Seite 31** wird ausgeführt:

„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.“

Stellungnahme BVDW: Den Ausführungen der DSK zum „berechtigten Interesse“ kann so weit gefolgt werden, als eine Prüfung des Vorliegens im Rahmen einer dreistufigen Abwägung erfolgen kann. Die Prüfung erfolgt immer bezogen auf den jeweiligen Anwendungsfall und berücksichtigt eine Vielzahl von Kriterien. Die Einschätzung, dass die Übermittlung von personenbezogenen Daten an Dritte nicht auf die Rechtsgrundlage des „berechtigten Interesse“ gestützt werden kann, beispielsweise bei der Übermittlung einer IP-Adresse, ist rechtlich anders zu bewerten. Der Gesetzgeber hat im Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO die Interessen von Dritten bewusst aufgenommen: *„Die Verarbeitung ist zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten...“*. Zudem wird dem

Generealverdacht, dass Auftragsverarbeiter häufig Daten zu eigenen Zwecken verarbeiten, widersprochen.

6. Übermittlungen personenbezogener Daten an Drittländer

Ausführungen der DSK: Auf **Seite 32** wird ausgeführt:

„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. 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 Ausnahmegesetz und den Anforderungen aus Art. 44 S. 2 DS-GVO.“

Stellungnahme BVDW: Der BVDW lehnt die Position ab, dass regelmäßig keine geeigneten Garantien für die Übermittlung von personenbezogenen Daten in Drittländer im Online-Bereich geschaffen und damit vorliegen können. Insbesondere wird dies abgelehnt, da es sich bei den personenbezogenen Daten in den meisten Anwendungsszenarien um pseudonyme Daten handelt, welche seitens US-Behörden nicht einer natürlichen Person zugeordnet werden können. Zudem ist zu empfehlen, die englische Fassung der DSGVO heranzuziehen. Die restriktive Auslegung der Einwilligung nach Art. 49 DSGVO ist Stand heute nicht so klar, wie von der DSK dargestellt. Der Art 49 Abs. 1 DSGVO verweist auf andere Rechtsgrundlagen und bildet die Ausnahme zu diesen. Daher muss dieser gleichwertig als Rechtsgrundlage angesehen werden. Aus der Überschrift darauf zu schließen, dass Art 49 DSGVO nur in absoluten Ausnahmefällen anwendbar sein soll, ist systematisch abwegig.

7. Differenzierung von Basis- und Zusatzdiensten

Ausführungen der DSK: Auf **Seite 20** wird ausgeführt

„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.“

Auf **Seite 21** wird weiter ausgeführt:

„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.“

Auf **Seite 21** und **Seite 22** wird ausgeführt:

„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 gelegt oder eine Zahlfunktion ausgewählt wird.“

Stellungnahme BVDW: Einen Telemediendienst in Basis- und Zusatzfeatures nach subjektivem Empfinden aufzuteilen und bei einer Bewertung auf den Basisdienst abzustellen, wird seitens des BVDW strikt abgelehnt. Das TTDSG spricht bewusst von Telemedien und sieht ein Telemedium als Gesamtheit. Diese Ausführungen stören massiv die Produkt- und Vertragshoheit und entbehren jegliche rechtswissenschaftlicher Logik. Zudem erwarten die Nutzenden ein funktionierendes Produkt und nicht eine statische Webseite, deren Funktionen die Nutzenden jeweils einzeln freischalten müssen. Dazu sind insbesondere Empfehlungssysteme bereits in die Angebote eingebunden. Kein Nutzender kauft z.B. den Zugang zu einem „Video-Archiv“ von A-Z, sondern möchte von Anfang an ein Produkt mit Suchfunktionen und Empfehlungen, bezogen auf die eigenen Präferenzen vorfinden.

Die Einzelfunktionsbetrachtung der Orientierungshilfe ist für den Privatsphärenschutz kontraproduktiv. Das Ziel des § 25 TTDSG ist es ja gerade, die Anzahl der verwendeten Cookies zu reduzieren. Nach der Orientierungshilfe muss der Anbieter nun aber eine Vielzahl funktionspezifischer Cookies setzen bzw. auslesen, wann immer eine Zusatzfunktion in Anspruch genommen wird. Dies treibt die unerwünschten Speicher- und Zugriffsaktivitäten in die Höhe.⁶

⁶ Hanloser, S (2022), ZD, DSK-Orientierungshilfe, Telemedien: Vereinbarkeit mit § 327e BGB